Michał Peno

Filozofia karania – od prawa naturalnego do liberalnej wolności

Wprowadzenie

Przeprowadzana reforma prawa karnego w Polsce ukierunkowana jest na próbę scalania dwóch elementów: rozbudowy środków opartych na programie obrony społecznej oraz wzmocnieniu pierwiastka restytucyjnego zgodnie z prądem sprawiedliwości naprawczej. Oba rozwiązania wydają się niewłaściwe i są raczej znakiem kryzysu prawa karnego niż odpowiedzią na wyzwania współczesności. Prawo karne i polityka kryminalna od mniej więcej dwóch dekad, czyli od wejścia społeczeństw w okres postindustrialny, znajdują się w kryzysie[1]. Nie chodzi o refleksję dogmatycznoprawną, która w ramach wyznaczanych przez obowiązujące regulacje nieustannie się rozwija – czego dowodem mogą być prace nad reformą kodeksu karnego i ich rezultaty[2]. Interesujące wydaje się pytanie, dokąd nauka prawa karnego zmierza z punktu widzenia jej filozoficznych podstaw i szerszej koncepcji karania. Subtelne konstrukcje teoretycznoprawne nie są bowiem w stanie zapełnić próżni filozoficznej czy aksjologicznej ani braku spójnej koncepcji prawa karnego jako narzędzia zwalczania przestępczości. Prawo karne czy – szerzej – polityka

[1] Zob. O. Górniok, *Pytania o prawo karne w tzw. erze globalizacji*, w: *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, pod red. W. Czaplińskiego, Warszawa 2006, s. 222 i n.

[2] J. Skupiński, *Problemy reformy prawa karnego: nowelizacja czy rekodyfikacja?*, w: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, pod red. Ł. Pohla, Poznań 2009, s. 346–550.

kryminalna osadzona jest w określonych założeniach filozoficznych, które mają wyraźnie rysującą się historię ewolucji[3].

Kryzys szeroko pojętego prawa karnego i polityki kryminalnej można rozpatrywać na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, można badać prawo karne jako narzędzie zwalczania przestępczości i w tym kontekście analizować konstrukcje dogmatycznoprawne[4]. Po drugie, kryzys może być o wiele głębszy i wiązać się z warstwą filozoficzną czy aksjologiczną. Analiza historii prawa karnego nasuwa konstatację, że z reguły właśnie zmiana założeń filozoficznych implikuje zmiany dogmatyczne oraz polityczno-kryminalne, tym samym prowadząc do mniej lub bardziej skutecznych prób rozwiązania problemu przestępczości. W istocie jest to problem budowy sprawiedliwego i uczciwego społeczeństwa. Zastój w namyśle filozoficznym wiąże się natomiast z inercją nauki prawa i polityki kryminalnej oraz brakiem rozsądnych działań reformatorskich. Warto zauważyć, że najnowsze zmiany w prawie karnym reformatorzy określają mianem „zmiany filozofii prawa karnego"[5]. W niniejszym artykule będzie jednak mowa o tym, że w istocie są to zmiany motywowane politycznie i mające niewiele wspólnego z reformą filozofii prawa karnego. Skądinąd, od kilku dekad zmiany w filozofii karania są powrotem do rozwiązań znanych w wieku XIX i w pierwszej połowie XX w. Nawiasem mówiąc, izolacja osób oparta na kategoriach probabilistycznych (tj. idee obrony społecznej) oraz koncepcja sprawiedliwości naprawczej mają podłoże kontestatorskie w stosunku do klasycznego prawa karnego i skutkują rozmontowaniem podstaw prawa karnego – uzasadnienia karania, winy itd.[6] Wielkie idee czy koncepcje w prawie karnym narodziły się w XIX w.[7], zaś druga połowa wieku XX i obecne stulecie nie wniosły niczego nowego do myśli penalnej[8]. Być może

[3] Por. M. Peno, *Nowoczesna polityka kryminalna w świetle koncepcji polityki tworzenia prawa Jerzego Wróblewskiego*, w: *Wpływ teorii Jerzego Wróblewskiego na współczesne prawoznawstwo*, pod red. T. Bekrychta, M. Zirk-Sadowskiego, Warszawa 2011, s. 67–74.

[4] Por. L. Lernell, *Rozważania o przestępstwie i karze na tle zagadnień współczesności*, Warszawa 1975, s. 46.

[5] Por. *Zmiana filozofii karania. Nowelizacja Kodeksu*, https://ms.gov.pl/pl/informacje/news,6717,zmiana-filozofii-karania--sejm-uchwalil.html (dostęp: 28 VIII 2015).

[6] J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 44 i n.; W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Gdańsk 2006, s. 22 i n.

[7] Zob. S. Salmonowicz, *Z wieku oświecenia. Studia z dziejów prawa i polityki XVIII wieku*, Toruń 2001, s. 33 i n.; J. Warylewski, *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*, Gdańsk 2007, s. 42 i n.

[8] Oczywiście, są to okresy umowne. Atmosfera intelektualna wieku XIX nie skończyła się przecież wraz z nastaniem roku 1900, lecz – jak powszechnie wiadomo – mniej więcej po I wojnie światowej.

nastał czas, by podstawy prawa karnego gruntownie przemyśleć. Problemy te zostaną naszkicowane w głównej części artykułu.

Celem opracowania jest jednak przede wszystkim analiza współczesnej (czyli liberalnej i opartej na idei ahistorycznego kontraktu społecznego) nauki prawa karnego, w tym filozofii karania, koncepcji uzasadnienia karania i określonej wizji moralnych granic polityki kryminalnej. Trzeba bowiem pamiętać, że uzasadnienie karania ściśle wiąże się z legitymacją czy autorytetem państwa, i im większe ograniczenia nakłada się na działalność państwa, im mniejszy autorytet i słabsza legitymacja państwa jako takiego, tym poważniejsze trudności rodzi kwestia fundamentów prawa karnego. To samo dotyczy relacji między państwem a moralnością. W dotychczasowym namyśle nad karą (zwłaszcza w polskiej nauce prawa karnego) przeważało podejście niejako unitarne – rozważano wyizolowany problem tak zwanych teorii kary[9]. Wydaje się wszakże, że nie istnieje jeden problem uzasadnienia karania, lecz konglomerat czy kompleks powiązanych zagadnień, wymagających łącznego rozważania (nadmienić należy, że znamienitymi przedstawicielami takiego nurtu w filozofii prawa karnego są: J. Feinberg, A. Duff czy A. von Hirsch)[10]. Współczesna filozofia prawa karnego, oparta na klasycznych teoriach kary, nie jest w stanie wyczerpać problematyki *ius puniendi*. Pojawia się zatem pytanie, co uzasadnia cały mechanizm „sprawiedliwości karnej" bądź pociągania do odpowiedzialności karnej (na każdym etapie tego procesu).

Warto pamiętać, że w sposobie pojmowania odpowiedzialności karnej krzyżują się dwa współokreślające współczesną kulturę prawną pierwiastki, tj. tradycja prawa rzymskiego – nakazująca oddać każdemu, co mu się należy (*suum cuique tribuere*), i tradycja chrześcijańska – odwołująca się przede wszystkim do miłosierdzia i moralnej pokuty. Na owe dwie płaszczyzny nakłada się z kolei modernistyczny scjentyzm[11].

---

[9] W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 413 i n.; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 153 i n.; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 3 i n.; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1982, s. 257; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 240; H.L.A. Hart, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, w: idem, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 2008, s. 1 i n.

[10] Por. J. Feinberg, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton 1970; R.A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford 2001; A. von Hirsch, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, New York 1976.

[11] O podwalinach kultury europejskiej zob. U. Schrade, *Nurty filozofii współczesnej*, Warszawa 2010, s. 14 i n.

1. Karanie jako naturalna konieczność – okres rozkwitu filozofii karania

Kara może być traktowana jako naturalna i konieczna konsekwencja przestępstwa postrzeganego jako naruszenie naturalnego porządku społecznego. Zasadniczo nie kwestionuje się wówczas państwowego *ius puniendi*, bo za prawem karnym stoją normy prawa naturalnego, „wielkie ideologie" czy programy naukowe immanentnie uzasadniające i wyjaśniające karanie. W gruncie rzeczy dopiero druga połowa XX w. przyniosła radykalną zmianę – polegającą na kwestionowaniu autorytetu państwa do karania i silnym oparciu prawa karania na liberalnej i kontraktualistycznej wizji społeczeństwa[12].

Nowożytne prawo karne przechodziło przez trzy główne etapy czy okresy swojego rozwoju. Trudno nie dostrzec przy tym, że prawo, a prawo karne w szczególności, odzwierciedla określony reżim czy układ społeczny bądź polityczny, oparty na określonej ideologii lub założeniach filozoficznych[13]. Prawo stanowi wypadkową określonych koncepcji socjologicznych (społecznych), te zaś uwikłane są etycznie, ideologicznie i politycznie. Filozofia prawa czerpie w mniejszym lub większym stopniu z opartych na mocnych założeniach ideologicznych koncepcji Platona, umowy społecznej Rousseau, utylitaryzmu Milla czy z koncepcji wpływowego np. w amerykańskiej filozofii prawa marksizmu[14].

Skądinąd, najważniejsza przemiana w prawie karnym, mająca olbrzymi wpływ na współczesną filozofię karania, wiąże się z syntezą – swoistą hybrydą myśli kantowskiej z ideałami rewolucji francuskiej. Prawo naturalne przestało wynikać z cech człowieka, stało się zaś kwestią moralnej konwencji i politycznej umowy społecznej[15]. Nie oznacza to, że prawo naturalne jako koncepcja umarło – jego los przypieczętowała modernistyczna potrzeba porządkowania i „odczarowywania świata", która towarzyszyła także pozytywizmowi prawniczemu.

---

[12] Por. A. Marciano, *Introduction*, w: *Constitutional Mythologies*, ed. by A. Marciano, New York–Dordrecht–Heidelberg–London 2011, s. 1 i n.

[13] G. Pavlich, *Criticism and Criminology: In Search of Legitimacy*, „Theoretical Criminology" 1991, no. 3, s. 29 i n.; M. Foucault, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 2009, s. 72, 84; L. Kazemian, C. McCoy, M. Sacks, *Does law matter? An oldbail law confronts the New Penology*, „Punishment & Society" 2013, vol. 15, no. 1, s. 43 i n.

[14] K. Popper, *Społeczeństwo otwarte i jego wrogowie*, t. 1, Warszawa 2007, s. 47 i n.

[15] Zob. T. Hochstrasser, *Natural Law Theories in the Early Enlightenment*, Cambridge 2000, s. 4–5.

Wbrew opinii takich filozofów jak D. Lyons, problem uzasadnienia karania nie ma długiej i burzliwej historii – to problem świata postoświeceniowego[16]. Co prawda, już w starożytności próbowano wyjaśniać sens kary i jej cel, ale nie szukano uzasadnienia dla karania jako takiego – kara była bowiem swego rodzaju naturalną koniecznością. Warunkiem uzasadnienia karania nie była też jej efektywność – jako sprawiedliwa odpowiedź na naruszenie naturalnego porządku nie musiała być efektywnym narzędziem zwalczania przestępczości. Problem uzasadnienia kary pojawił się wówczas, gdy podstawą moralności i prawa stała się konwencja czy umowa i gdy rozpoczęto badania przestępczości jako odpowiednio zaszeregowanego przedmiotu rozważań naukowych[17].

Nowożytne prawo karne jest źródłowo oświeceniowe, związane z szeroko pojętymi reformami racjonalno-humanitarnymi[18]. W okresie zapoczątkowanym rewolucją przemysłową i pozytywizmem filozoficznym w nauce prawa karnego wzmocniona została baza empiryczna (szkoła socjologiczna, obrona społeczna itd.)[19]. Trzeba mieć stale w pamięci, że okres industrialny (czyli modernizm) jako taki stanowił przedłużenie programu oświeceniowego[20]. Zarówno myśl oświecenia, jak i prądy intelektualne modernizmu, od strony ideologicznej czy filozoficznej, podtrzymywały prawno-naturalny autorytet państwa i homogeniczny porządek społeczny[21], uzasadniający prawo karania za przypadki naruszenia reguł prawnych *per se*. Od strony doktrynalnej wsparcie takiej wizji państwa i prawa było niemal powszechne – od Kanta (sprzyjającego Fryderykowi II) po utylitarystów (będących jak J. Bentham czy J. Austin pierwszymi budowniczymi nowoczesnego pozytywizmu prawniczego). Znany jest pogląd J.S. Milla, że prawo wolno dowolnie krytykować, lecz trzeba go przestrzegać – bez względu na treść norm prawnych[22]. Jednostkowa wolność i autonomia, które

[16] Por. D. Lyons, *Etyka i rządy prawa*, Warszawa 2000, s. 141 i n.

[17] Zob. M. Peno, *Nowoczesna polityka kryminalna*…, s. 67 i n.

[18] Zob. M. Peno, *Wybrane problemy reakcji karnej w społeczeństwie postindustrialnym. Prawo karania – sprawiedliwość – zasada ultima ratio*, „Studia Prawnoustrojowe" 2010, nr 10, s. 143–157; S. Salmonowicz, op. cit., s. 87 i n.

[19] Por. K. Krajewski, *Teorie kryminologiczne a prawo karne*, Warszawa 1994, s. 9, 19 i n.; E. Kaczyńska, *Człowiek przed sądem. Społeczne aspekty przestępczości w Królestwie Polskim (1815–1914)*, Warszawa 1994, s. 40 i n.

[20] J.-F. Lyotard, *Postmodernizm dla dzieci*, Warszawa 1998, s. 109 i n.; A. MacIntyre, *Dziedzictwo cnoty*, Warszawa 2009, s. 253 i n.

[21] Por. T. Hochstrasser, op. cit., s. 4–23, 75–79.

[22] Szerzej S. Wronkowska, Z. Ziembiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 46 i n.; J. Feinberg, H. Gross, *Philosophy of Law*, Belmont 1995, s. 1–6, 31 i n.; J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 21–49.

w XVIII i XIX w. stały się samoistnymi wartościami (w przeciwieństwie do starożytności czy średniowiecza, gdzie były to niejako wartości instrumentalne, wtórne), zakreślały granice działalności państwa, którego zasadniczą rolą miała być ochrona porządku wspartego na wolności obywateli i równości wobec prawa[23].

Rozkwit pozytywizmu prawniczego nie tylko następował równolegle z Weberowskim odczarowywaniem świata[24], co było jego przejawem – pozytywizm prawniczy opierał się na naturalistyczno-przyrodniczej wizji społeczeństwa. Koncepcje prawnonaturalne, pozostawiające prawo raczej rozumowi niż empirii, niedające się empirycznie badać i sięgające do tradycji wielkich systemów filozoficznych, trudne były do pogodzenia z nowoczesną wizją społeczeństwa i państwa. Zapewne z tego powodu J. Austin twierdził, że co prawda prawo naturalne jest prawem we właściwym sensie, lecz przedmiotem nauki prawa może być tylko prawo pozytywne[25]. Z jednej strony, kategorie dobra i zła należało zastąpić czymś mierzalnym – taką rolę pełniły kategorie kryminologiczne[26]. Z drugiej strony, wyłącznie państwo uznawano za podmiot będący w stanie kontrolować i utrzymać porządek społeczny, tj. badać prawidłowości społeczne, przewidywać bieg wypadków i kształtować rzeczywistość społeczną w drodze odpowiednich regulacji prawnych – także za pomocą prawa karnego. Rola państwa jako inżyniera społecznego była niepodważalna[27]. Można powiedzieć, że kontestowane były i ewoluowały formy reakcji karnej, lecz nie państwowe prawo karania (tj. *ius puniendi*) i funkcja sankcji karnej czy

---

[23] Por. D. Dwan, *Modernism and Rousseau*, „Textual Practice" 2013, no. 4, s. 540–545; J.S. Mill, *O wolności*, w: idem, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959, s. 129–130; K. Sójka-Zielińska, *Idea „kodyfikacji" w kulturze prawnej europejskiego Oświecenia*, „Zeszyty Prawnicze UKSW" 2010, nr 10.1, s. 7 i n.; eadem, *Sędzia: automat czy racjonalista? Z dylematów doktryny humanitarnej wieku Oświecenia*, w: *Historia integra. Księga pamiątkowa ofiarowana prof. Stanisławowi Salomonowiczowi w siedemdziesięciolecie urodzin*, pod red. D. Janickiej, R. Łaszewskiego, Toruń 2001, s. 273.

[24] Zob. M. Weber, *Racjonalność, władza, odczarowanie*, Poznań 2004, s. 50–52, 92, 124–129.

[25] Zob. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1832, s. 3–5.

[26] Por. K. Krajewski, op. cit., s. 9 i n.

[27] Ibidem, s. 50 i n.; Z. Bauman, *Globalizacja*, Warszawa 2002, s. 80 i n.; K. Popper, op. cit., s. 115 i n.; U. Beck, *Ponowne odkrycie polityki: przyczynek do teorii modernizacji refleksywnej*, w: U. Beck, A. Giddens, S. Lash, *Modernizacja refleksyjna*, Warszawa 2009, s. 11–54; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 81–102, 361 i n.

środka w swej istocie podobnego (celem tym była faktycznie izolacja przestrzenna sprawcy)[28].

Przekonanie, że porządek społeczny ma charakter naturalny i konieczny, zaś prawo pozytywne powinno być zasadniczo zgodne z prawem naturalnym, wydaje się typowe w dobie kształtowania się nowoczesnej filozofii karania[29], stąd w ówczesnej filozofii nie trzeba było szukać szczególnego uzasadnienia dla karania – przez państwo – osób naruszających reguły rządzące wspólnotą.

Aby lepiej przyjrzeć się zagadnieniu filozofii karania, konieczne wydaje się sięgnięcie do jej nowożytnych – oświeceniowych – źródeł. Najbardziej znaną pracą tego okresu „reformy humanitarnej prawa karnego" jest najpewniej osiemnastowieczne dzieło C. Beccarii[30]. Szeroko pojęta koncepcja karania wykrystalizowana w okresie oświecenia nawiązywała – w zależności do interpretacji – do dwóch zasadniczych idei, tj. (1) zabezpieczenia wolności i (2) ochrony ładu naturalnego, wiązanego zasadniczo z prawem naturalnym. Możliwa jest też naturalistyczna interpretacja, odwołująca się do istnienia prawidłowości w zachowaniach ludzi, stąd zaś wyprowadza się możliwość sformułowania pewnych reguł, które zapewniają w skali społecznej najlepsze warunki funkcjonowania – tak czy inaczej reguły te wymagają ochrony, do której konieczna jest wymierzana przez państwo kara, co z kolei wynika z wizji człowieka jako istoty podatnej wyłącznie na sterowanie typu bodziec–reakcja[31].

Można powiedzieć, że Beccariańska koncepcja prawa karnego była oparta na czysto utylitarnym rachunku, u którego podstaw leżało z punktu widzenia etycznego sensualistyczne założenie, iż to przyjemność i cierpienie jest podstawową siłą kierującą działaniem człowieka[32].

---

[28] Por. G. Rejman, *Teorie i formy winy w prawie karnym*, Warszawa 1980, s. 15 i n.; J. Utrat-Milecki, *Podstawy penologii. Teoria kary*, Warszawa 2006, s. 56 i n.; J. Sawicki, *O „nowej obronie społecznej"*, „Państwo i Prawo" 1955, z. 1; E.S. Rappaport, *Siedmiolecie nowych doktryn „Obrony społecznej" w burżuazyjnym prawie kryminalnym*, „Państwo i Prawo" 1955, z. 1.

[29] Por. B.E. Harcourt, *The Illusion of Free Markets Punishment and the Myth of Natural Order*, Cambridge–London 2011, s. 53 i n.; N. Christie, *Granice cierpienia*, Warszawa 1991, s. 15.

[30] Zob. C. Beccaria, *On Crimes and Punishments*, w: *Beccaria: On Crimes and Punishments and Other Writings*, ed. by R. Bellamy, Cambridge 1995, s. 9 i n.; A. Marek, *Myśl C. Beccaria we współczesnej nauce prawa karnego*, „Palestra" 1994, nr 5–6, s. 35 i n.

[31] B.E. Harcourt, op. cit., s. 55–72; T. Hochstrasser, op. cit., s. 75–79.

[32] C. Beccaria, *On Crimes*…, s. 14–17. We fragmencie poświęconym interpretacji czytamy, że „jest rzeczą użyteczną, by każdy człowiek mógł skalkulować, jaka czeka go kara za dane przestępstwo" – dodajmy: by podjąć decyzję, czy chce narażać się na ukaranie.

Z tego powodu kara miała być tak dobrana, by standardowo odstraszać od popełnienia przestępstwa, do tego musiała być proporcjonalna do ciężaru wyrządzonego zła[33]. Kara była zarazem niejako naturalną koniecznością – w takim ujęciu państwo ma obowiązek zastosować karę wobec osoby popełniającej przestępstwo, będące aktem wymierzonym przeciwko dobru społeczeństwa czy wspólnoty. Kara była zatem złem, ale koniecznym; i sama ta konieczność kary uzasadniała jej wymierzanie przez państwo jako gwaranta wolności, równości i sprawiedliwości[34] – czyli w gruncie rzeczy pewnego ładu prawnonaturalnego[35]. Oczywiście, należało brać pod uwagę fakt, że człowiek jest zdolny do podejmowania racjonalnych decyzji – może wybrać przestępstwo lub go zaniechać, stąd można było zakładać efektywność kary i jej prewencyjnego działania[36]. Kara mogła stać się niesprawiedliwa jedynie wówczas, gdy wykraczała poza granice wyznaczane koniecznością odstraszenia sprawcy[37].

Interesujące jest zagadnienie wiary w porządek czy prawo naturalne. Współczesna literatura prawnicza niewątpliwie w znacznym stopniu czerpie z idei pozytywizmu prawniczego[38]. Jednak – jak wiadomo – przez długi okres, kiedy kształtowało się nowoczesne prawo karne, dominowały koncepcje prawnonaturalne i to one również wpływały na filozofię prawa, w tym na filozofię karania.

Zupełnie naturalne musiało zatem wydawać się twórcom współczesnej filozofii liberalnej, zwłaszcza angielskim utylitarystom, jak Bentham czy Mill, że kara stanowi konieczną, ugruntowaną w porządku naturalnym „odpłatę za przestępstwo" – sprawiedliwą w takim sensie, w jakim za uczciwe uznajemy świadczenie zgodnie z treścią zobowiązania (co

[33] B.E. Harcourt, op. cit., s. 69 i n.; C. Beccaria, *On Crimes*……, s. 19–20, 31–32; W. Mackiewicz, *Filozofia współczesna w zarysie*, Warszawa 2008, s. 16 i n.

[34] Por. M. Szerer, *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964, s. 4–25, 208 i n.; A.C. Baier, *Moralizm i okrucieństwo*, w: *Filozofia moralności. Wina, kara, wybaczenie*, pod red. J. Hołówki, Warszawa 2008, s. 354 i n.; B.E. Harcourt, op. cit., s. 55 i n.

[35] Por. T. Hochstrasser, op. cit., s. 4–25.

[36] Por. W. Załuski, *Wolność jako warunek odpowiedzialności*, w: J. Stelmach i in., *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 56–68.

[37] Zob. M. Peno, *Współczesne koncepcje uzasadnienia karania (zarys typologii)*, „Acta Iuris Stetinensis" 2014, nr 5, s. 129 i n.

[38] Mimo pewnego fermentu czy eklektyzmu w nauce prawa można w sposób uprawniony sądzić, że dominujący sposób pojmowania prawa ukształtowany jest pod wpływem szeroko rozumianego pozytywizmu prawniczego. Por. A. Bator, Z. Pulka, A. Sulikowski, *Czy koniec teorii prawa?*, w: *Czy koniec teorii prawa?*, pod red. P. Jabłońskiego, Wrocław 2011, s. 13 i n.

nie oznacza, że kara ma być *stricte* odpłatą[39] lub pozbawiona jest określonego wymiaru teleologicznego) bądź nienaruszalność prawa własności (aczkolwiek prawo własności nie jest chronione przez żadną wyraźną prawnonaturalną zasadę, jest raczej postrzegane jako społeczna konieczność – tak przecież traktowała to myśl Locke'a, Hume'a czy Milla)[40]. Skoro zgodnie z kontrakturalistycznym założeniem, żyjąc (funkcjonując) w społeczeństwie, zobowiązujemy się do przestrzegania pewnych reguł, sprawiedliwe będzie poniesienie ciężaru ich naruszenia – zapłaty za ich naruszenie[41]. Wpisuje się to, rzecz jasna, w koncepcję umowy społecznej[42], współcześnie rozwijanej przede wszystkim na bazie liberalnej teorii sprawiedliwości J. Rawlsa[43]. Taka – retrybutywna i neoliberalna – koncepcja karania znajduje odzwierciedlenie w tzw. nowym retrybutywizmie[44].

Pogląd, że istnieje prawnonaturalne uzasadnienie praktyki karania, z pewnością trudno uznać za martwy czy historyczny. Przyglądając się doświadczeniom europejskim z mniej więcej połowy ubiegłego wieku, łatwo dostrzec, że pewne przypadki naruszeń reguł chroniących uznane za uniwersalne wartości wymagają ukarania ze względu na samo poczucie sprawiedliwości[45]. Formuła *lex iniustissima non est lex* przypisywana G. Radbruchowi jest tego dobrym przykładem[46]. Za niesprawiedliwe uznalibyśmy więc przypadki nieukarania pewnych zbrodni – niezależnie od treści prawa pozytywnego (stanowionego). Co więcej, za niesprawiedliwe gotowi jesteśmy uznać karanie w pewnych sytuacjach, choćby było to zgodne z prawem pozytywnym (tak potraktujemy działalność hitlerowskich policyjnych sądów doraźnych)[47].

---

[39] W sensie retrybutywnym.

[40] Szerzej S. Buckle, *Natural Law and the Theory of Property: Grotius to Hume*, Oxford 1991; M. Szyszkowska, *Europejska filozofia prawa*, Warszawa 1995, rozdz. III.

[41] Por. H. Morris, *Persons and Punishment*, „The Monist" 1968, no. 52, s. 475–501; A. Marmor, *Right-Based Justification of Punishment*, „Israel Law Review" 1987–1988, no. 22, s. 97–98.

[42] Zob. B.E. Harcourt, op. cit., s. 103 i n.

[43] Por. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994.

[44] Zob. R.A. Duff, *Punishment*…, s. 80 i n.; J. Feinberg, *Funkcja ekspresyjna kary kryminalnej*, „Ius et Lex" 2006, nr 1, s. 215 i n.; M. Królikowski, *Sprawiedliwość retrybutywna wobec sprawiedliwości naprawczej*, „Ius et Lex" 2006, nr 1, s. 110–113; D. Lyons, op. cit., s. 107–131, 141–161.

[45] Zob. H. Arendt, *Eichmann w Jerozolimie*, Warszawa 2010, s. 284–322.

[46] Por. G. Radbruch, *Ustawa i prawo*, „Ius et Lex" 2002, nr 1, s. 157 i n.

[47] Zob. J. Feinberg, *Hard Cases for Harm Principle*, w: *Morality and Law*, ed. by R.M. Baird, S.E. Rosenbaum, Buffalo 1988, s. 55–68. Na stronach 47–54 tej pracy zbiorowej znajduje się także interesujący esej H.L.A. Harta pt. *Immorality and Treason*.

O ile w XVIII w. reformatorzy prawa karnego nie negowali samego *ius puniendi*, dążąc jedynie do zmiany formy kary i humanitaryzacji prawa karnego na elementarnym poziomie[48], o tyle druga połowa XX w. przyniosła krytykę i kontestację metody karnej jako sposobu rozwiązywania problemów społecznych wynikających z „przestępczości" (kontestowano też samą kategorię przestępstwa – jako sztuczną i mylącą)[49]. Wiek XIX, niosący fascynację metodą naukową, naturalizm metodologiczny i przedmiotowy oraz wiarę w wielkie rewolucje społeczne[50], wiązał się z rozwojem kryminologii i różnorakich wariantów ochrony społecznej czy resocjalizacji, znajdując swoje naturalne przedłużenie intelektualne i filozoficzne w pierwszych kodeksach karnych sowieckiej Rosji, w nurcie resocjalizacyjnym w Stanach Zjednoczonych czy w krajach skandynawskich.

Mimo oczywistych różnic wspólne dla tego – modernistycznego – prądu w nauce o prawie karnym jest założenie, że przestępczość można opisać w kategoriach *sui generis* choroby[51], dotykającej przestępcę (np. ochrona społeczna, tzw. szkoła socjologiczna czy antropologiczna w nauce prawa karnego), społeczeństwo (np. nurt marksistowski) albo zarówno społeczeństwo, jak i przestępcę (np. nurt rehabilitacji społecznej). Rozwiązaniem była zwłaszcza izolacja (lub eliminacja)[52]. Jak napisał w wydanej w 1883 r. pracy *A History of the Criminal Law of England* J.F. Stephen, „jest rzeczą moralnie słuszną nienawidzić przestępców"; charakterystyczne jest więc dla dziewiętnastowiecznej myśli penalnej traktowanie przestępców niemal jak „insekty pod butem społeczeń-

[48] Z tym z kolei – jak wiadomo – wiązała się określona wizja stosowania i wykładni prawa, tj. zakaz wykładni.

[49] Por. E. Ferri, *Reform of Penal Law in Italy*, „Journal of Criminal Law and Criminology" 1921, no. 12, s. 178 i n.; E. Hansen, *John Howard a współczesna problematyka penitencjarna*, Warszawa 2002, s. 13–26, 80 i n.; N. Christie, *Dogodna ilość przestępstw*, Warszawa 2014, s. 13–23. Szerzej L. Tyszkiewicz, *Doktryny i ruch „Obrony społecznej" we współczesnym prawie karnym*, Poznań 1968; *The Sparking Discipline of Criminology: John Braithwaite and the Construction of Critical Social Science and Social Justice*, ed. by S. Parmentier et al., Leuven 2011.

[50] Również „rewolucje osobowościowe" – wierzono w możliwości „zreformowania" człowieka, przestępcy, skoro społeczeństwo, człowieka i przyrodę mierzono zbliżoną miarą. Por. W. Mackiewicz, op. cit., s. 8–32.

[51] Por. S. Batawia, *Wstęp do nauki o przestępcy. Zagadnienie skłonności przestępczych*, Warszawa 1931, s. 9 i n.

[52] A.S. Kauffman, *The reform theory of punishment*, „Ethics" 1960, vol. 71, s. 49 i n.; J. Lucas, *Responsibility*, New York–Oxford 2004, s. 86 i n.

stwa"[53]. Idąca za izolacją terapia czy resocjalizacja – w gułagu, więzieniu bądź instytucjach w rodzaju ośrodków przystosowania społecznego[54] – miała charakter wtórny i wynikała raczej z wymogów ideologii niż z rzeczywistej potrzeby[55].

Modernizm w nauce prawa karnego musi być zatem wiązany z próbą nowego spojrzenia na prawo karne i przeniesieniem akcentu z prawa pozytywnego na etiologię przestępczości oraz metody jej efektywnego zwalczania[56]. Przecież to wówczas narodziła się nowoczesna kryminologia, która w istocie stanowiła od tego momentu podbudowę nauki prawa karnego, przynajmniej w jej empirycznym czy realnym aspekcie[57]. Przemiany w prawie karnym lat sześćdziesiątych czy siedemdziesiątych XX w. także powodowane były namysłem kryminologicznym, związanym z nurtem krytycznym w naukach społecznych (abolicjonizm), a także z republikańskim konserwatyzmem, odradzającym się jako reakcja na postmodernistyczny ferment połowy ubiegłego wieku (neoklasycyzm)[58].

Wiek XVIII i być może XIX był okresem w nauce prawa karnego, kiedy szczególny akcent kładziono na prawa i wolności obywateli (bądź poddanych), które prawo karne miało zabezpieczać czy gwarantować. Przede wszystkim chodziło o prawa i wolności w relacji między państwem a jednostką, zatem o relacje wertykalne. *Sui generis* materialnoprawna perspektywa dotycząca prawa karnego łączy się z tradycyjną, dogmatyczną, refleksją nad prawem karnym. Natomiast w perspektywie proceduralnej należy traktować prawo karne przede wszystkim jako zespół zasad gwarancyjnych, a także „dobrą praktykę" organów wymiaru sprawiedliwości – praktykę ukierunkowaną na gwarancje dla osób, przeciw którym państwo zamierza kierować sankcje karne,

---

[53] Cyt. za: J.G. Murphy, J. Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge 1990, s. 88 i n.; J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, New York 2001, s. 17 i n.

[54] Zob. A. Baziak, J. Śliwowski, *Przeciwko ośrodkom przystosowania społecznego*, „Państwo i Prawo" 1981, z. 6, s. 82 i n.; C. Roxin, *Nowe kierunki polityki kryminalnej*, „Przegląd Prawa Karnego" 1990, nr 4, s. 93 i n.; A. Applebaum, *Gułag*, Warszawa 2013.

[55] Por. M. Foucault, op. cit., s. 252 i n.; N. Christie, *Granice*…, s. 7 i n.

[56] Zob. M. Peno, *Nowoczesna polityka kryminalna*…, s. 69–72.

[57] Por. K. Krajewski, op. cit., s. 17 i n.; A. Marek, *Prawo*…, s. 36 i n.

[58] Por. J. Utrat-Milecki, op. cit., s. 279 i n.; M. Królikowski, op. cit., s. 110; A. von Hirsch, *Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory*, „Criminal Law and Philosophy" 2014, no. 8, s. 245 i n.; M. Peno, *Postmodernizacja nauki prawa karnego – geneza i efekty*, w: *Teoria prawa. Między nowoczesnością a ponowoczesnością*, pod red. A. Samonek, Kraków 2012, s. 267–274; S. Russell, *The Failure of Postmodern Criminology*, „Critical Criminology" 1997, no. 2, s. 61–90.

respektującą podstawowe zasady humanitaryzmu, demokratycznego państwa prawnego i inne wartości uznane za doniosłe. Właśnie taka proceduralna czy wolnościowo-gwarancyjna perspektywa była typowa dla prawa karnego w ubiegłych stuleciach nowożytności. Ucieleśnieniem tak ujętego prawa karnego była procedura karna, która musiała obejmować zestaw gwarancji procesowych. Warto przypomnieć, że w XIX w. z dużą rezerwą odnoszono się do części ogólnej prawa karnego. Uważano bowiem, że zasady ogólne odpowiedzialności czynią prawo karne nieczytelnym, nadmiernie skomplikowanym, podczas gdy – jak sądzono – prawo karne powinno w sposób wyraźny określać czyny, za które zostanie się ukaranym (stąd w dawniejszych kodyfikacjach zasady ogólne odpowiedzialności karnej zamieszczane były wśród przepisów części szczególnej – tak było w Polsce do lat trzydziestych XX w., gdy ukształtowała się nowoczesna technika legislacyjna kodyfikacji karnych)[59]. Dobrze oddają to zapisy dyskusji sejmowej nad projektem Kodeksu karzącego Królestwa Polskiego[60]. Notabene uzupełnieniem proceduralnego i gwarancyjnego ujęcia prawa karnego była koncepcja stosowania prawa, w tym zakaz wykładni prawa[61].

2. Eklektyzm polskiej filozofii karania

Okres postindustrialny i związane z nim zjawiska, takie zwłaszcza jak globalizacja, niewątpliwie wpłynął na filozofię karania. Znaczącą rolę przypisać należy tu prądom intelektualnym postmodernizmu, zapoczątkowanego w znacznej mierze przez krytyczną teorię społeczną. Nurt ten objął także naukę prawa karnego, ogniskując krytykę na państwowym prawie karania w uformowanym przez oświecenie kształcie[62].

[59] Szerzej J. Śliwowski, *Kodeks karzący Królestwa Polskiego (1818 r.): historia jego powstania i próba krytycznej analizy*, Warszawa 1958; W. Makowski, *W sprawie przyszłego kodeksu karnego polskiego*, w: idem, *Rozważania prawnicze*, Warszawa 1928, s. 233 i n.

[60] J. Śliwowski, *Kodeks karzący*…, s. 76 i n.

[61] Warto przy tym pamiętać, że reprezentowane były dwa podejścia do stosowania prawa: Monteskiuszowskie – które oddaje maksyma „sędziowie są ustami ustawy", oraz J.J. Rousseau – głoszące, że sędziowie są szczególnie wrażliwi na sprawiedliwość i niejako intelektualnie predestynowani do wykładni prawa. Zob. K. Sójka-Zielińska, *Sędzia: automat czy racjonalista?*…, s. 273 i n.; J.B. Noone, *Rousseau's Theory of Natural Law as Conditional*, „Journal of the History of Ideas" 1972, no. 1, s. 24–42; C. Beccaria, *On Crimes*…, s. 14 i n.

[62] Szerzej J. Lea, *Crime and Modernity: Continuities in Left Realist Criminology*, London 2002, s. 24–52, 161–190; O. Lizardo, M. Strand, *Postmodernism and Globalization*, http://www3.

W rezultacie nawet konserwatywni liberałowie, tacy jak J. Feinberg, musieli zmierzyć się z problemem uzasadnienia tradycyjnego poglądu, że prawo karne powinno stanowić reakcję na czyny uznane za przestępstwa, zaś rola kary kryminalnej jest unikatowa[63]. Można zatem rozważać, jakie jest źródło poglądu, że kara kryminalna jest sprawiedliwsza niż izolowanie osób naruszających określone reguły na podstawie innych mechanizmów. Pytanie o to, z jakiego powodu społeczeństwo powinno stosować raczej sankcje karne niż innego rodzaju niekarne środki, chociażby izolacyjne, pojawiło się ze szczególnym natężeniem właśnie w najnowszym okresie rozwoju prawa karnego.

W drugiej połowie XX w. państwo i prawo zaczęły przyjmować rolę gwaranta indywidualnych wolności ujętych horyzontalnie[64] – chroniąc zasady kooperacji czy koegzystencji między członkami społeczeństwa. W społeczeństwach liberalnych zasady te obejmują zwłaszcza wolność, tolerancję, równość i bezpieczeństwo[65]. Od państwa oczekuje się ochrony tych najważniejszych reguł kooperacji[66]. W gruncie rzeczy koncepcja minimum treści praw natury Harta oddaje te podstawowe oczekiwania wobec państwa. Prawo niechroniące pewnych podstawowych dóbr czy wolności straciłoby jakikolwiek społeczny sens, mimo że z punktu widzenia państwa – reżimu czy rządu – pełniłoby „patologiczną" rolę środka przeciw wrogom politycznym itd.)[67].

Czy jednak prawo karne nie stało się – ponownie po pięciuset latach – sprawą prywatną, a nie publiczną? Prawo karne ma bowiem chronić w zasadzie prywatną czy indywidualną wolność – prywatną przestrzeń wolności od szkody, przymusu itd.[68] Jeśli odpowiedź jest pozytywna, to spełnił się postulat kontestatorów klasycznego prawa karnego. Postulat ten opierał się na założeniu, charakteryzującym kryminologię krytyczną,

---

nd.edu/~olizardo/papers/ps-pomo-glob.pdf (dostęp: 5 III 2015); M. Peno, *Nowoczesna polityka kryminalna*…, s. 67 i n.; idem, *Postmodernizacja nauki prawa karnego*…, s. 267 i n.

[63] J. Feinberg, *What, If Anything, Justifies Legal Punishment? The Classic Debate*, w: J. Feinberg, H. Gross, op. cit., s. 613–617; N. Walker, *Why Punish*, Oxford 1991, s. 21 i n.

[64] W odróżnieniu od omówionego wyżej osiemnasto- i dziewiętnastowiecznego ujęcia wertykalnego.

[65] Por. J. Gray, *Dwie twarze liberalizmu*, Warszawa 2001, s. 7 i n.

[66] Por. L. Levanon, *Personhood, Equality, and Possible Justification for Criminal Punishment*, „Canadian Journal of Law and Jurisprudence" 2014, no. 2, s. 439–442; A. von Hirsch, *Harm and Wrongdoing*…, s. 246–251; R. Nozick, *Anarchia, państwo i utopia*, Warszawa 2010, s. 75 i n.

[67] Zob. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1990, s. 181–207.

[68] Poza tym prawo karne służy ochronie interesów państwa. Por. W. Zalewski, op. cit., s. 22 i n.

że państwo „ukradło konflikt" między sprawcą a ofiarą i zainteresowaną wspólnotą. Nazywając ów konflikt przestępstwem i karząc sprawców publiczną karą[69], odebrano należne miejsce ofierze, wspólnocie i odkupieniu samego sprawcy[70].

Z punktu widzenia granic i podstaw prawa karnego, które można określić mianem moralnych czy filozoficznych, ideologiczne uzasadnienie karania prowadzi do skonfrontowania dwóch podejść: prawa karnego – jako gwaranta wolności, z prawem karnym – jako instrumentem zapewnienia bezpieczeństwa. Kryminolodzy czy badacze przestępczości, choćby najgłębiej wierzący w siłę krytyki społecznej i dekonstrukcji zjawisk społecznych – w tym przestępczości – nie są w stanie sprawić, by zgwałcenie, zabójstwo czy kradzież z użyciem przemocy stały się problemem wyłącznie społeczno-ekonomicznym, kwestią nieuzasadnionych nierówności w poziomie życia poszczególnych grup ludzi, społecznego przyzwolenia na uprzedmiotowienie kobiet lub propagandy konsumeryzmu[71].

Nie można, oczywiście, zaniedbać odpowiedniej edukacji, polityki społecznej czy ekonomicznej ukierunkowanej na zwalczanie przyczyn przestępczości. Trudno przy tym przeoczyć, że tradycyjna kara pozbawienia wolności rodzi różnego rodzaju problemy, np. generuje koszty, uniemożliwiając walkę z tego rodzaju bolączkami społecznymi, które mogą być źródłem przestępczości. Czy utrzymywanie więzień – przy stwierdzonej przecież badaniami nieskuteczności kary pozbawienia wolności – jest więc uzasadnione?[72] Pewne jest zaś tylko to, że kara ta pozbawia wolności[73].

Pewnym wyjaśnieniem jest potrzeba bezpieczeństwa gwarantowana (rzekomo) przez przestrzenną izolację grupy niepożądanych społecznie osób[74]. Takie podejście reprezentują zwolennicy filozofii krytycznej,

[69] Standardowo kara pozbawienia wolności co najwyżej przestrzennie izoluje sprawców, nie rozwiązując źródłowo i trwale problemu przestępczości.

[70] Zob. N. Christie, *Conflicts as Property*, „British Journal of Criminology" 1977, vol. 17, no. 1, s. 1 i n.

[71] Zob. L.H.C. Hulsman, *Critical criminology and the concept of crime*, „Contemporary Crises" 1986, no. 10, s. 63 i n.

[72] Por. M. Porowski, A. Rzepliński, *Uwięzienie a wartości*, „Studia Prawnicze" 1987, nr 3, s. 95 i n.; S. Snacken et al., *Prisons and punishment in Europe*, w: *The Routledge Handbook of European Criminology*, ed. by S. Body-Gendrot et al., Routledge 2013, s. 422 i n.

[73] Wolność różnie można pojmować; być może niektórzy dopiero w społeczności osadzonych, w warunkach pozbawienia wolności czują się prawdziwie wolni i dla nich prawdziwym zagrożeniem byłaby zmiana warunków bycia.

[74] Por. Z. Bauman, op. cit., s. 132–141.

neomarksistowskiej. Mimo różnic w doborze argumentów R. Nozick dochodzi do podobnych wniosków w *Philosophical Explanations* oraz *Anarchy State and Utopia*, posługując się *implicite* tzw. argumentem ze strachu na poparcie poglądu, że przestępców należy karać, ponieważ każdy rozsądny człowiek boi się stać ofiarą wyrządzanego przez nich cierpienia[75]. Można również – jak przedstawiciele nurtu krytycznego – argumentować, że państwo przeznacza zbyt wiele środków na rozwój prawa karnego i kary, zamiast przeznaczyć te środki na działania faktycznie zmniejszające przestępczość. Mogą być to zintensyfikowane działania zmierzające do podniesienia poziomu życia, zmniejszenia różnic w bogactwie czy niwelowania obszarów biedy lub rozwoju programów walki z wykluczeniem społecznym itp. Jeśli powinno się minimalizować cierpienie i traktować karę jako „rację ostateczną", wówczas trzeba zapytać o powód, dla którego żywa jest wiara w budzącą tak wiele moralnych kontrowersji karę jako skuteczne i pod pewnym względami najlepsze narzędzie zwalczania przestępczości. Skoro zawiodły zwykłe i długotrwałe mechanizmy socjalizacyjne i perswazyjne metody oddziaływania na jednostkę, takie jak rodzina, religia, szkoła, to na jakiej podstawie sądzimy, że więzienie lub przymusowa izolacja w celach terapeutycznych może rozwiązać problem przestępczości?[76] Innego prawa karnego natomiast współczesne kraje rozwinięte nie znają.

Trzeba mieć stale w pamięci, że krytyczne podejście do prawa karnego nie jest tożsame z postulatem przeprowadzenia eksperymentu polegającego na, chociażby czasowej, rezygnacji z regulacji karnych i metody karnej. Tyle tylko, że nie należy całej sfery korygującej i sprawiedliwościowej działalności państwa sprowadzać do karania w ścisłym czy klasycznym sensie[77]. W większości nurty w nauce prawa karnego akcentują, że prawo karne i polityka kryminalna powinny pozostawać przypisane państwu – sferze publicznej – na zasadzie wyłączności. Nieliczne nurty, w szczególności radykalne kierunki w kryminologii, jak abolicjonizm czy minimalizm penalny, dążą do ograniczenia lub zniesienia prawa karnego[78]. W nauce prawa karnego istnieje także prąd

[75] R. Nozick, *Philosophical Explanations*, Cambridge, MA 1982, s. 363 i n.; idem, *Anarchia*…, s. 29 i n.; N. Walker, *Nozick's Revenge*, „Philosophy" 1995, no. 274, s. 581–582. Określenia „argument ze strachu" używa A. Marmor w artykule *Right-Based Justification*…, s. 97–98.

[76] Por. J. Dressler, op. cit., s. 20–21.

[77] Por. J. Lucas, op. cit., s. 86 i n.; H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*…, s. 4–5.

[78] Por. N. Christie, *Dogodna ilość*…, s. 87.

zwolenników zastąpienia prawa karnego – czy raczej standardowych metod karnych – formami sprawiedliwości naprawczej[79]. Zwolenników sprawiedliwości naprawczej nie można współcześnie utożsamiać z ruchem radykalnej krytyki prawa karnego, a proponowane rozwiązania kompensacyjne są stopniowo włączane do polityki kryminalnej[80]. Na poziomie deklaracji nauka prawa karnego realizację sprawiedliwości naprawczej ujmuje jako jedną z funkcji prawa karnego, tzw. funkcję kompensacyjną[81].

Mniej radykalni, lecz refleksyjni, przedstawiciele nauki czy filozofii prawa karnego przesunęli akcent na problem kary – ten bowiem musiał powrócić ze zdwojoną siłą. Skoro bowiem „klasyczne" kary kryminalne nie są efektywne (np. pozbawienie wolności) lub są skrajnie niehumanitarne (np. kary mutylacyjne – odcięcie rąk złodziejowi byłoby być może efektywne, lecz nie jest w Europie do zaakceptowania; z tego samego powodu nie akceptuje się zasadniczo tzw. kary głównej)[82], należy zastąpić metodę karną innymi formami reakcji na czyny przestępne albo wykazać szczególny charakter kar kryminalnych.

3. Dlaczego karać?

Kryzys współczesnej filozofii prawa karnego, a tym samym prawa karnego i polityki karnej wraz z moralnymi podstawami, wynika z dwóch powodów. Po pierwsze, za pomocą regulacji karnych nie sposób rozwiązać problemów przestępczości (zaś nie poszukuje się i nie wdraża metod alternatywnych wykraczających poza dotychczasowy stan wiedzy). Po drugie, oparta na cierpieniu kara może budzić – w pewnym zakresie – moralny sprzeciw[83]. Kluczowe jest to, że trudno udzielić odpowiedzi na pytanie, dlaczego sprawca przestępstwa **powinien** zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Była już wyżej mowa o tym, że problem ze znalezieniem akceptowalnej odpowiedzi jest stosunkowo nowy – nie był znany oświeceniowym reformatorom, skoro uważali karanie za naturalną konieczność, nie był również przedmiotem zainteresowania filozofów

[79] Por. R.E. Barnett, *Restytucja: nowy paradygmat sprawiedliwości karnej*, w: *Filozofia moralności*…, s. 287 i n.; I. Aertsen et al., *Laudatio for John Braithwaite*, w: *The Sparking Discipline of Criminology* …, s. 7– 11; W. Zalewski, op. cit., s. 184–204.

[80] J. Warylewski, *Prawo karne*…, s. 31 i n.; W. Zalewski, op. cit., s. 173–180, 184 i n.

[81] Zob. W. Wróbel, A. Zoll, op. cit., s. 45; A. Marek, *Prawo*…, s. 17.

[82] Szerzej T. Ślipko, *Kara śmierci. Za czy przeciw?*, Kraków 2009.

[83] M. Porowski, A. Rzepliński, op. cit., s. 95 i n.

modernizmu (pozytywizmu filozoficznego), dla których nie należało karać, lecz reorganizować społeczeństwo, sprawców leczyć lub w ostateczności eliminować. Standardowe tzw. teorie kary nie dostarczają rozwiązania problemu uzasadnienia karania. Przede wszystkim służą one racjonalizacji, czyli wyjaśnieniu przyczyn, zadań bądź funkcji stosowania kary.

Jednak w czasie, gdy owe koncepcje się kształtowały czy przybierały nowożytną postać, nie ulegało wątpliwości, że sama kara jest konieczna. Można zatem uznać – jak retrybutywiści, że sprawca powinien być pociągnięty do odpowiedzialności karnej, ponieważ wyrządził zło, za które należy mu się odpłata. Odpłaty, czyli kary, wymaga zasada sprawiedliwości (jak się z reguły przyjmuje: retrybutywna albo wyrównawcza).

Niesprawiedliwe natomiast byłoby niekaranie sprawcy. Z punktu widzenia utylitarnych koncepcji karania karanie ma w taki sposób wpłynąć na sprawców lub inne osoby, aby nie popełniały one (ponownie nie popełniały) przestępstw. Wobec tego karanie zorientowane jest na realizację określonych celów społecznych zarówno w wymiarze jednostkowym (resocjalizacja), jak i ogólnospołecznym (kształtowanie postaw posłuszeństwa prawu). Nie sposób odmówić odrębnego miejsca w filozofii karania stanowisku, że społeczeństwo należy chronić przed jednostkami niebezpiecznymi, stąd sprawcę trzeba izolować lub uniemożliwiać mu wyrządzenie zła (fizycznie czy farmakologicznie pozbawiać możliwości popełniania przestępstw)[84].

Decydujący w nauce prawa karnego jest wciąż typowy sposób myślenia o prawie, wyznaczany wzorcem pozytywistyczno-oświeceniowego prawa wyłącznie karzącego – dyscyplinującego[85]. Wobec tego we współczesnej filozofii karania przeważa pogląd, że należy skoncentrować się na wykazaniu szczególnego charakteru kary kryminalnej. Wydaje się jednak, iż współczesne, genetycznie postoświeceniowe, podejście do roli prawa karnego opiera się na poglądzie zbliżonym do idei bronionych przez C. Beccarię, zgodnie z którym wybaczenie i pokazanie ludziom, że kara nie jest koniecznym następstwem zbrodni, podsyca nadzieję bezkarności, co w konsekwencji nadweręża autorytet prawa i prowadzi do zburzenia naturalnego porządku – *ordo iuris*[86]. Kara jest więc, zgodnie z tym typem poglądów, koniecznym instrumentem ochrony porządku prawnego czy społecznego przed swego rodzaju

[84] Szerzej M. Tunick, *Punishment. Theory and Practice*, Berkeley–Los Angeles–Oxford 1992; R. Dressler, op. cit., s. 16–23.

[85] Zob. T. Ślipko, *Zarys etyki ogólnej*, Kraków 1974, s. 312 i n.; M. Szerer, op. cit., s. 176.

[86] Por. C. Beccaria, *On Crimes*…, s. 9–31.

wynaturzeniami, tj. zwalczania przestępczości i zapewnienia bezpieczeństwa jednostkom[87]. Takie stanowisko jest jednak – w kontekście kierunku przemian prawa karnego – coraz trudniejsze do obrony.

Odpowiedzią na wyzwania współczesności mają być przemiany prawa karnego, odzwierciedlające rzekomo zmianę filozofii karania. Czy jednak zmiany te prowadzą do wyjścia z impasu osiemnastowiecznych idei, czy prowadzą do nowych problemów? W pracach nad reformą prawa karnego w Polsce[88] dostrzec można wpływ idei związanych z ochroną społeczną, chociaż w gruncie rzeczy opartych na „strachu przed przestępcą". *Implicite* przyjmuje się, że pewne osoby faktycznie nie mogą kierować swoim zachowaniem w taki sposób, by nie popełnić przestępstwa, i to łączącego się z przemocą lub groźbą jej użycia. Taka argumentacja podważa samą ideę winy w prawie karnym, jako że winna może być tylko osoba, która zdecydowała się naruszyć porządek społeczny poprzez popełnienie przestępstwa (miała więc możliwość działania alternatywnego)[89]. Uznaje się, że na sprawcę wpływają czynniki zewnętrzne, w pewnym stopniu „powodujące" zachowania przestępne.

Zachowanie „sprawcy" nie jest do końca wolne. Ryzyko popełnienia przez kogoś przestępstwa ma uzasadniać stosowanie środków izolacyjno-leczniczych i wiązać się z koniecznością zapobieżenia (ponownemu) popełnieniu czynu zabronionego. W takim przypadku jednak pojawia się nie tylko problem uzasadnienia karania, ale również **uzasadnienia winy w prawie karnym**. Wina jako zasada odpowiedzialności karnej ma uniemożliwić stosowanie nieuzasadnionych moralnie represji za okoliczności, na które karany nie miał wpływu. Zgodnie z kierunkiem zmian prawa karnego w Polsce wina jako warunek odpowiedzialności przybiera postać **winy *prima facie***, bowiem powodem mówienia o „winie sprawcy" coraz wyraźniej stają się racje polityczno-kryminalne lub ochronno-prewencyjne. Osłabia to moralny wymiar winy, jako legitymującego warunku karania. Zasadniczo wina legitymizuje karę i stanowić ma wyznacznik stopnia dolegliwości tej kary. Czy można pogodzić karę i winę z prewencyjną izolacją uznanych za winnych

[87] M. Foucault, op. cit., s. 93.

[88] Zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393 (dostęp: 13 IV 2015).

[89] Nie ma mowy o retrybutywizmie bez takiego założenia. Zob. J. Dressler, op. cit., s. 16–17; R. Nozick, *Philosophical…*, s. 363 i n.; D. Pereboom, *Living Without Free Will*, Cambridge 2003, chapter 6.

oraz ukaranych osób? W pierwszym wypadku (wina i kara) zakłada się bowiem, że sprawca mógł wybrać działanie nieprzestępne. W drugim natomiast przyjmuje, że ten sam sprawca nie może nie wybrać przestępstwa. Widoczna jest tu więc sprzeczność w kształtowaniu polityki kryminalnej. Równie trudno odpowiedzieć na pytanie, z jakiego powodu właściwsze, tj. sprawiedliwsze lub bardziej użyteczne, jest stosowanie środków zabezpieczających lub izolacyjno-leczniczych aniżeli stosowanie bardzo surowych kar[90].

4. Krytyka kontraktulizmu. Czy jesteśmy winni przestępcom coś więcej niż humanitarna wyrozumiałość?

Karanie jest jednym z nielicznych wypadków, o których wiadomo, że potencjalnie można uzasadnić celowe zadawanie cierpienia. Jeżeli nie jest możliwa obrona poglądu, iż źródłem kary jest naturalna konieczność, niezbędne jest wskazanie innych racji przemawiających za stosowaniem kar kryminalnych zamiast innego rodzaju środków. Tak jak XVIII w. ugruntowywał prawo karne w koncepcjach prawnonaturalnych, a wiek XIX konieczność kary w idei naturalnej, tak współczesna filozofia prawa karnego jest ściśle powiązana z wartościami i funkcjonowaniem społeczeństwa liberalnego. Dzieje się tak przede wszystkim z tego powodu, że uzasadnienie karania nie jest możliwe bez próby ugruntowania instytucji społecznych w określonym, akceptowanym, systemie zasad i w określonej aksjologii. Inaczej mówiąc, uzasadnienie karania zawsze osadzone jest w określonej wizji „dobrego społeczeństwa". Można również zapytać, czy kompletna koncepcja służąca uzasadnieniu karania nie jest powiązana z określoną teorią obowiązywania prawa lub koncepcją pozwalającą uznać normy za wiążące. Trudno zgodzić się z tym, że odwołanie do pozytywizmu prawniczego jako określonej wizji prawa i jego źródeł powinno rozwiązywać problem uzasadnienia karania. Gdyby tak było, wystarczającym uzasadnieniem karania byłoby to, że określona przez prawo osoba zostałaby pociągnięta do odpowiedzialności zgodnie z przewidzianą przez prawo procedurą i przez kompetentny podmiot[91].

Filozoficzne uzasadnienie współczesnego prawa karnego programowo opiera się na liberalnej i demokratycznej wizji społeczeństwa

[90] Oczywiście w granicach zasady humanitaryzmu.

[91] Por. K. Huigens, *The Jurisprudence of Punishment*, „William & Mary Law Review" 2007, vol. 48, s. 1793 i n.

jako wspólnoty osób zgadzających się na podporządkowanie pewnym regułom kooperacji. Współczesna polska nauka o prawie karnym pozostaje, rzecz jasna, pod wpływem koncepcji liberalnych[92]. Liberalne podejście do karania dobrze odzwierciedlają słowa J. Rawlsa, że „celem prawa karnego jest stać na straży podstawowych obowiązków naturalnych, tych, które zabraniają nam nastawać na życie i zdrowie innych ludzi albo pozbawiać ich własności"[93]. Z liberalnego punktu widzenia granica karania powinna być wyznaczana wymogiem ochrony wolności osób[94]. W warunkach demokratycznych i liberalnych nie ma interesu państwa wykraczającego poza interes jednostek tworzących daną wspólnotę. Nawet jeżeli jest jakieś dobro wspólne[95] wymagające ochrony prawnokarnej, to zasadniczo jego ramy wyznaczane są wymogiem tworzenia takich warunków, w których możliwie najpełniej realizowałaby się wolność każdego obywatela. Stąd zapewne stwierdzenie R.A. Duffa, że w demokratycznych i liberalnych warunkach to obywatele karzą obywateli, w ramach kooperującej wspólnoty. Obywatele tworzą wspólnotę, w której każdy jest w stanie i pragnie aktywnie uczestniczyć[96]. Celem kary jest w tym ujęciu przekonanie czy też zakomunikowanie sprawcy, że postąpił w sposób niewłaściwy (karanie jest więc zbliżone do rozmowy), potępienie sprawcy, a ostatecznie przywrócenie go do społeczeństwa[97]. Teorie komunikacyjne wychodzą przy tym z założenia, że prawo karne oraz cały system wymiaru sprawiedliwości zaangażowany w pociąganie do odpowiedzialności karnej służy komunikacji[98]. Niezależnie od tego kara ma być odpłatą polegającą na tym – używając

---

[92] Por. J. Hampton, *Liberalism, retribution and criminality*, w: *In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg*, ed. by J.L. Coleman, A. Buchanan, Cambridge 2007, s. 159 i n. Por. B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 369–370; M. Królikowski, op. cit., s. 110–113.

[93] J. Rawls, *Teoria*…, s. 432.

[94] Por. D. Lyons, op. cit., s. 141–150, 165 i n.; J. Hampton, op. cit., s. 159 i n.

[95] Por. A. Wellmer, *Warunki kultury demokratycznej. W sprawie debaty między „liberałami" i „komunitarystami"*, w: *Filozofia w dobie przemian*, pod red. T. Buksińskiego, Poznań 1994, s. 233.

[96] Zob. R.A. Duff, *Karanie obywateli*, „Ius et Lex" 2006, nr 1, s. 37.

[97] Szerzej J. Dressler, op. cit., s. 18–19; B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne*…, s. 285 i n.; M. Peno, *Uwagi o monografii Bartosza Wojciechowskiego „Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych"*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2011, nr 2, s. 94 i n.

[98] R.A. Duff, *Punishment* …, s. 80 i n.; I. Primoratz, *Punishment as Language*, w: J. Feinberg, H. Gross, op. cit., s. 602–612.

merkantylistycznego języka – by sprawca zapłacił za to, co – popełniając przestępstwo – w sposób nienależny uzyskał[99]. Czy zatem kara – jak krytycznie zauważa A. Ross – ma być czymś w rodzaju „ceny za bilet do kina" dla osób czerpiących przyjemność z zabijania, kradzieży i gwałtów?[100]

Jak wiadomo, J.S. Mill starał się łączyć dwa pierwiastki wynikające z ideologii oświeceniowych, tj. (1) uznanie i ochronę indywidualnych praw oraz (2) koncepcję społeczną czy polityczną o charakterze naukowym, opartą na empirii. Kluczowa dla realizacji takiej wizji była zasada szkody, oparta przecież na utylitarnej – sensualistycznej – etyce. *Prima facie* klasyczna zasada szkody rozwiązuje problem karania, jako że wyznacza wzajemne granice wolności działania – zakazując wyrządzania drugiemu szkody, czyli wkraczania w sferę wolności innego człowieka w celach innych niż zapobieżenie wyrządzeniu szkody[101]. Ideałem demokratycznym i liberalnym, przynajmniej współczesnym, jest bowiem równość czy symetria wolności (praw i obowiązków)[102]. Z liberalnego punktu widzenia zadaniem państwa jest gwarantowanie pewnej równowagi w „przestrzeni publicznej" – ochrony równości podmiotów (ich praw i wolności). Przestępcy, naruszając tak pojętą równość, zasługują na karę – wyrządzają „zło" (*mala per se* lub *mala prohibita*), którego nie sposób powetować inaczej niż za pomocą kary. Wybaczenie, potępienie czy naprawienie szkody nie stanowi w tych przypadkach należytej reakcji społecznej[103]. Skądinąd takie kategorie nie pasują do sytuacji tych osób, które ze względu na swoje skłonności czy inne czynniki wpływające na dokonywane przez nie wybory faktycznie **muszą** popełnić przestępstwo, a przynajmniej jest to wysoce prawdopodobne.

Prawo karne – by nawiązać do A. Ripsteina – powinno dotyczyć takich przypadków, w których nie jest możliwe proste naprawienie szkody, bo zło wyrządzone przez sprawcę jest tak wielkie, że zasługuje na szczególne potępienie, zaś przywrócenie stanu równowagi wymaga zadania sprawcy dolegliwości odpowiadającej wyrządzonemu złu[104]. Przez dolegliwość, jak z kolei pisze R.A. Duff, komunikuje się czy wyraża

[99] Zob. M. Peno, *O odpowiedzialności karnej, uzasadnieniu kary i koncepcji komunikacyjnej karania*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2014, nr 2, s. 95–107.

[100] Por. A. Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Berkeley–Los Angeles 1975, s. 33 i n.

[101] Zob. J.S. Mill, *O wolności*…, s. 129; J. Feinberg, *Harmless Wrongdoing*…, s. 3 i n.

[102] Por. W. Kymlicka, *Współczesna filozofia polityczna*, Warszawa 2009, s. 77 i n.

[103] W. Zalewski, op. cit., s. 184–203.

[104] A. Ripstein, *Equality, Responsibility and the Law*, Cambridge 2001, s. 140–163.

i urealnia dezaprobatę, wymuszając niejako przyjęcie przez sprawcę postawy pokutnej („świecka pokuta")[105]. Trzeba z całą mocą podkreślić, że dodawanie do zadań prawa karnego tzw. funkcji kompensacyjnej jest niewłaściwe; prawo karne nie służy naprawianiu szkody, choćby to było pożądane, lecz reakcji na przypadki rażącego zła. Wydaje się jednak, że prawo karne nie powinno pełnić funkcji kompensacyjnej – to płaszczyzna prawa prywatnego[106]. Prawo karne narodziło się z przekonania, że istnieją takie dobra czy wartości, których nie sposób naprawić przez zwykłe *restitutio in integrum* czy też inne sposoby naprawienia szkody. Stąd z kolei postulat, by prawo karne miało za przedmiot tylko przypadki intencjonalnie wyrządzonego zła. Intencjonalnie wyrządzone zło powinno stanowić podstawę kryminalizacji i w konsekwencji karania, tyle że nie każde przestępstwo jest złem (tj. *mala per se*)[107]. Kryteria oceny moralnej czynów, ale i zadania państwa (oraz prawa) mogą być rozmaicie zakreślane. W pewnych sytuacjach karanie jest niejako intuicyjnie uzasadnione. Punktem wyjścia powinno być zatem określenie, które spośród niepożądanych społecznie i dezaprobowanych zdarzeń zasługuje na reakcję państwa w postaci sankcji. Kolejne rozstrzygnięcie powinno dotyczyć tego, który czyn spośród tych sankcjonowanych zasługuje na sankcję karną, tj. na karę kryminalną. Zwalczanie lub zapobieganie czynom powodującym wyrządzenie drugiej osobie zła, w szczególności w przypadkach „złej woli" sprawcy, jest podstawowym obszarem prawa karnego. Prawo karne wykorzystywane jest, rzecz jasna, również do kontroli ryzyka związanego z funkcjonowaniem współczesnych – uprzemysłowionych i zglobalizowanych – społeczeństw lub nawet do narzucania określonych reguł moralnych (co może być kontestowane[108]). Jeżeli ktoś intencjonalnie zadaje drugiej osobie cierpienie, to być może zasługuje na to, by cierpienia doświadczyć. Pojęcie intencjonalnie wyrządzonego zła nie jest jednak ostre, pomijając nawet problem uzasadnienia penalizacji konkretnych czynów w społeczeństwach pluralistycznych. Czy kara za to, że sprawca naruszył prawo, jest *per se* sprawiedliwa w sytuacji, gdy nie wyrządził zła ani nie stworzył

[105] R.A. Duff, *Karanie*…, s. 38 i n.

[106] Syntetyczny przegląd stanowisk: W. Zalewski, op. cit., s. 164–167; B. Janiszewski, *Kompensacja szkód jako zadanie prawa karnego*, w: *Księga jubileuszowa z okazji 15-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego*, pod red. Z. Ofiarskiego, Szczecin 2004, s. 313–330.

[107] Por. R.A. Duff, *Answering for Crime*, Oxford 2007, s. 79 i n.

[108] Zob. M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy: An Examination*, Dordrecht–Boston–London 1992, s. 191 i n.

ryzyka wyrządzenia zła, nie skrzywdził nikogo i nie zagroził funkcjonowaniu wspólnoty państwowej? Sprawca może nie chcieć wyrządzić zła. Takie przypadki obejmuje nie tylko wina nieumyślna, ale też chociażby przekroczenie granic obrony koniecznej. W normalnych czy standardowych warunkach sprawca nie popełniłby czynu, za który ma zostać ukarany, np. gdy sprawca zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu.

Pojawia się zatem szczególna wątpliwość dotycząca sprawców, którzy nie chcieli wyrządzić zła. Inny problem dotyczy ochrony dobra wspólnego jako pewnego systemu wartości konstytuujących wspólnotę i stanowiących o jej tożsamości. Jako osoba kształtowana pod wpływem określonej kultury, tradycji, w określonym kontekście społecznym itd., zasadniczo każdy człowiek jest w stanie zidentyfikować taki rdzeń wartości[109]. Na przykład można założyć, że z europejskiego punktu widzenia życie człowieka czy nawet wolność słowa jest w jakimś sensie ważniejsze od dobrego imienia proroka Mahometa. Tak pojęte dobro może wymagać działań państwa, nawet jeżeli prawny moralizm jest niebezpieczny, zaś granica między perswazją a represją – krucha[110]. Poza tym nie każdy sprawca przestępstwa chce lub może zmienić swoją wizję „dobrego życia" i nie można go do tego zmusić. Może przecież odbyć karę, odpokutować za popełniony czyn, lecz pozostać w przekonaniu, że postąpił właściwie i jedyne czego chce, to popełnić znów przestępstwo, np. zabić przypadkową osobę. Sprawca może też popełnić przestępstwo na tle religijnym czy kulturowym, np. zabić siostrę lub córkę (w przekonaniu o hańbie, jaką sprowadziła na rodzinę) i pozostawać w przekonaniu, że postąpił słusznie (z religijnego czy moralnego punktu widzenia), a nawet świadomie argumentować za słusznością tego czynu. Natomiast nie będzie mieć powodu, by po opuszczeniu zakładu karnego dalej popełniać przestępstwa. Nie będzie więc wówczas dla społeczeństwa zagrożeniem, choć przecież pozostanie przeświadczony o słuszności swojego działania, które powszechnie jest potępiane i oceniane jako zbrodnia. Nie trzeba dodawać, że w tym drugim przypadku również względy prewencyjne zawodzą – sprawca nie ma powodu, by takie przestępstwo popełnić po raz drugi, zaś racje religijne czy kulturowe będą w każdym wypadku przeważać nad dolegliwością kary. Trudno też założyć, że kara może odstraszyć osoby działające z takich samych

[109] Por. J Griffin, *Sąd wartościujący*, Warszawa 2000, s. 4 i n.

[110] Por. A. Buchanan, *Liberalism and Group Rights*, w: *In Harms Way…*, s. 1 i n.; L. Morawski, op. cit., s. 167 i n.; R. Dworkin, op. cit., s. 429 i n.

powodów, skoro każda przeciętnie rozsądna i świadoma osoba wie, że morderstwo jest surowo karane. Kara więc nie odstraszy osób dokonujących świadomych i motywowanych religijnie czy kulturowo wyborów[111].

Podkreślmy, że można bronić twierdzenia, iż mimo wszystko sprawcy zasługują na karę, ponieważ konieczna jest ochrona wartości konstytuujących moralny kręgosłup wspólnoty. Być może – jak stwierdził E. Burke – świat nie istnieje poza sprawiedliwością, poza normami prawnonaturalnymi, wywodzonymi w naszym kręgu kulturowym, w mniejszym lub większym stopniu[112], od chrześcijańskiego Boga[113].

Przyglądając się źródłom nowoczesnej i liberalnej filozofii prawa karnego, łatwo dostrzec wyraźne ślady kontraktualizmu[114], którego najpełniejszą współczesną postacią jest koncepcja J. Rawlsa. Mówiąc w pewnym uproszczeniu, sprawiedliwą instytucją jest ta, którą wybraliby rozsądni i bezinteresowni ludzie, znajdujący się w sytuacji zapewniającej im bezstronność. Taką wyobrażoną sytuację J. Rawls charakteryzuje jako „zasłonę niewiedzy"[115]. Za zasłoną niewiedzy pozostają zdolności, pozycja społeczna, skłonności czy koncepcja dobra. W takich warunkach zostaje „urządzone społeczeństwo", które będzie – ogólnie mówiąc – sprawiedliwe. Z jednej strony „umawiający" się muszą podzielać pewne minimum wartości (bo inaczej nie zgodziliby się na dialog w takich warunkach i na takich zasadach)[116]. Z drugiej wszakże strony muszą zakładać, że ustalone reguły zostaną jednak przez kogoś z nich naruszone. Wydaje się zatem, że w tak dogodnych warunkach, jakie stwarza „zasłona niewiedzy", trzeba byłoby wykluczyć podczas ustaleń tych, którzy mają skłonność do naruszania reguł – reguł tych bowiem nie powinni ustalać ci, którzy uczciwie nie godzą się na owe minimalne wartości stojące za ideą kontraktu. Można jednak powiedzieć, że kontrakt społeczny zawierają osoby świadome i podzielające określone wartości. Godzą się na to, że wśród nich jest osoba mogąca naruszyć reguły, i godzą się na bycie ukaranym za takie naruszenie. Wydaje

[111] Por. V. Tadros, *The Ends of Harm*, Oxford 2011, s. 44 i n.

[112] Niekiedy tylko nieuświadomionym.

[113] Nie ma powodu – w pluralistycznym świecie – by akceptować wyższość liberalizmu Locke'a czy Milla nad konserwatyzmem Burke'a czy Tocqueville'a.

[114] Por. S. Dimock, *Contractarian Criminal Law Theory and Mala Prohibita Offences*, w: *Criminalization: The Political Morality of the Criminal Law*, ed. by R.A. Duff et al., Oxford 2014, s. 151 i n.

[115] Ogólnie zob. J. Rawls, *Teoria …*, s. I i n.; M. Drwięga, *Człowiek między dobrem a złem. Studia z etyki współczesnej*, Kraków 2012, s. 112 i n.

[116] Por. M. Drwięga, op. cit., s. 112 i n.; J. Rawls, *Prawo ludów*, Warszawa 2001, s. 9–12.

się wszakże, że pod wieloma względami słuszniejszym oraz racjonalniejszym rozwiązaniem (z punktu widzenia tworzącej się wspólnoty) byłoby takie zmodyfikowanie reguł, aby nikt nie miał powodu do ich naruszania. Skoro bowiem wiadomo, że jest reguła, którą można – potencjalnie rzecz biorąc – naruszyć, w idealnych warunkach starano by się ją zmienić. Wydaje się to korzystniejsze aniżeli ponoszenie ujemnych konsekwencji przestępstwa, tj. ryzyko pociągnięcia do odpowiedzialności. Dla wspólnoty z kolei kompromis czy ustępstwo polegające na modyfikacji pewnych reguł byłyby korzystniejsze niż utrzymywanie systemu sprawiedliwości karnej. Jeżeli są jakieś reguły niemodyfikowalne, to tylko z tego powodu, że uważane są za nienaruszalne, przyrodzone czy mające źródło w sprawiedliwości. Takich reguł jednak nikt rozsądny, podzielający owo minimum wartości, nie chciałby przecież zmieniać. Można wszakże przyjąć, że za „zasłoną niewiedzy" są osoby domagające się przestrzegania określonych reguł przez „innych" i wymuszające posłuch. Chodzi zatem o sposób postępowania z osobami niejako „z zewnątrz".

Każda koncepcja odwołująca się do idei umowy społecznej musi zakładać, że ludzie są racjonalni i zasadniczo świadomi swoich słabości, w tym skłonności do naruszania reguł dla własnych korzyści. Ludzie są więc tyleż skłonni do kooperacji, co egoistyczni – zauważają to już sofiści, najpełniej zaś T. Hobbes[117]. Mogą zatem podejrzewać, że oszukają lub nie uiszczą podatku, w najgorszym razie popełnią jakiś czyn nieumyślny, lecz nikt rozsądny nie zakłada, że popełni zbrodnię. Jednak prawo karne dotyczy przede wszystkim tych czynów, które wynikają ze złej woli i krzywdy wyrządzonej drugiemu człowiekowi – do prawa karnego należy zatem przede wszystkim reakcja na intencjonalnie wyrządzone moralne zło i krzywdę wyrządzoną ofierze. Nawet jeżeli prawo karne służy także do przeciwdziałania różnego rodzaju ryzyka towarzyszącego funkcjonowaniu społeczeństw industrialnych czy raczej postindustrialnych, to przecież ryzyko to dotyczy zwłaszcza zdrowia i życia ludzi[118].

Można argumentować, że to wspólnota określa reguły, zaś sprawca powinien tym regułom się podporządkować, tyle tylko że z punktu widzenia karania trzeba przyjąć perspektywę nie prawa, ale sprawcy. Trzeba mianowicie założyć, że sprawca jest podmiotem o określonych

[117] Szerzej A. MacIntyre, *Krótka historia etyki*, Warszawa 2012, s. 46–60, 267–295.
[118] Por. U. Beck, *Społeczeństwo ryzyka*, Warszawa 2004, s. 25 i n.

cechach czy przymiotach; jest podmiotem moralnym, zdolnym do podejmowania autonomicznych decyzji i ich realizowania, a także gotowym ponosić odpowiedzialność za swoje czyny lub być na tyle elastycznym, by przyjąć wartości danej wspólnoty (np. pod wpływem określonej terapii). Ponadto trzeba przyjąć, że sprawca czuje się na tyle związany ze wspólnotą (czy raczej państwem) i jej deklarowanymi wartościami, aby odczuwać wstyd z powodu popełnienia przestępstwa i przez to dążyć do zmiany swego postępowania.

We współczesnej filozofii prawa przyjmuje się *implicite*, że zasadniczo ludzie są zdolni do ponoszenia odpowiedzialności i w związku z tym można uzasadnić praktykę sprawiedliwego karania[119]. Możliwość ukarania sprawcy warunkowana jest winą jako pewną konstrukcją prawną, natomiast wina ta możliwa jest dlatego, że człowiek jest zdolny do dokonywania wyborów moralnych i realizacji swoich postanowień[120]. Przestępstwo jest realizacją wolności sprawcy, który naruszając prawo, dokonuje wyboru i musi mocą swej decyzji uznać prawo wspólnoty do ukarania go. Skądinąd jest to wyraźna konsekwencja wpływów etyki Kantowskiej i Heglowskiej na współczesną filozofię prawa karnego[121]. Nie oznacza to, że w sprawie karania konieczne jest uzyskanie konsensusu. Nie można zatem zgodzić się tu z klasyczną i liberalną interpretacją umowy społecznej. Człowiek, który w sposób intencjonalny wyrządza zło i narusza uznane wartości, w istocie musiałby być traktowany jako wyłączony ze wspólnoty. Podobnie jak imigrant[122], który choć powinien jako człowiek spotkać się z humanitarną wyrozumiałością czy życzliwością, jako obcy musi podporządkować się decyzji wspólnoty i nie ma roszczenia do podejmowania decyzji dotyczących reguł, którym będąc karanym, podlega. Musi zatem liczyć na uczciwość czy sprawiedliwość państwa i prawa. Taki sposób uzasadnienia karania może zostać określony jako ideologiczny, ponieważ jego jedyną podstawą jest założenie, że przestępca zasługuje na karę zadekretowaną przez tego, kto sprawuje władzę. W ujęciu tym przeplatają się dwa pierwiastki: pozytywistyczny i liberalny (jeżeli tylko przyjmie się, że

[119] J. Hampton, *Liberalism*…, s. 159 i n.

[120] Por. L. Gardocki, op. cit., s. 8; J. Woleński, *Wolność, determinizm, indeterminizm, odpowiedzialność*, „Śląskie Studia Teologiczno-Historyczne" 1996, nr 29, s. 176 i n.

[121] Por. B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne*…, s. 282–285, 296, 303 i n.; idem, *Hegla filozofia kary*, „Ius et Lex" 2006, nr 1, s. 291 i n.; W. Warylewski, *Kara* …, s. 21 i n.; A. Ross, op. cit., s. 1–13.

[122] Por. W.R. O'Neil SJ, *And You Welcomed Me: Solidarity with Migrants*, „Political Theology" 2014, vol. 15, s. 88–99.

prawo w jakimś sensie „pochodzi" od obywateli). W umiarkowanym ujęciu nawet ideologiczne uzasadnienie karania może stanowić wyraz **minimalizmu penalnego** zakładającego, że kara uzasadniona jest tylko wówczas, gdy dotyka sprawców czynów budzących powszechny strach i jednocześnie stanowiących naruszenie podstawowych praw jednostek. Obawa przed przestępczością czy, ściśle, przed cierpieniem związanym ze staniem się ofiarą przestępstwa dotyczy zwłaszcza czynów stanowiących zło samo w sobie (*malum per se*)[123]. Co prawda, w ramach prawa karnego pozostaje wiele czynów będących jedynie naruszeniem porządku publicznego (*mala prohibita*), ale też trudno część z tych czynów zabronionych pod groźbą kary odróżnić od deliktów administracyjnych, co dotyczy również natężenia dolegliwości sankcji. Bez wątpienia ów „argument ze strachu" ma charakter emocjonalny, nie jest jednak pozbawiony mocniejszych podstaw. Łatwo dostrzec, że kontestowanie przez liberałów idei prawnego moralizmu jest bardzo powierzchowne – mimo akceptacji dla pluralizmu i relatywizmu etycznego – liberałowie muszą bowiem bronić wartości liberalnych[124], przeciwstawiać się ideologiom teokratycznym czy marksistowskim itd.[125]

Podsumowanie

Kształtowanie się nowoczesnej filozofii prawa karnego jest ściśle związane z ideologią liberalizmu opartego na prawach (wolnościach) człowieka[126] i pewnym pierwiastku demokratycznym. Ważną przyczyną takiego stanu rzeczy jest wpływ koncepcji polityczno-kryminalnych czy ujęć teoretycznoprawnych o anglosaskiej proweniencji, co dotyczy polskiej myśli penologicznej *sensu largo*[127]. Należy jednak pamiętać o różnicach między anglosaskim systemem prawa karnego, osadzonym

[123] Por. R. Nozick, *Anarchia*…, s. 156.

[124] Zob. J. Gray, op. cit., s. 7 i n.; M. Królikowski, R. Zabłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 1–6.

[125] Por. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 401 i n.

[126] Por. np. M.J. Lubelski, *Czy karanie może być humanistyczne?*, w: *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, pod red. W. Cieślaka, S. Steinborna, Warszawa 2003, s. 315 i n.

[127] Łatwo dostrzec, że zwłaszcza tzw. teoria komunikacyjna karania, wpisująca się w nowy retrybutywizm i uwzględniająca komponenty kompensacyjne, jest szeroko komentowana w polskiej literaturze karnistycznej.

w pragmatycznej i realistycznej (w sensie realizmu prawniczego) tradycji *common law*, a tradycją kontynentalną. Przede wszystkim prawo karne anglosaskie (zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych) jest zorientowane utylitarystycznie; karanie musi mieć silny wymiar instrumentalny[128]. Pierwiastka takiego poszukuje się nawet na gruncie klasycznych koncepcji retrybutywnych czy sprawiedliwościowych. Poza tym anglosaskie teorie prawa karnego dopasowane są do realiów anglosaskiego wymiaru sprawiedliwości. Kluczowe dla pojmowania realizmu przez anglosaską naukę prawa jest założenie, że sędziowie, rozstrzygając sprawy, podejmują decyzje w przestrzeni konkurencyjnych idei i wartości, w szczególności takich, jak: efektywność i celowość prawa, ludzka – indywidualna – autonomia, sprawiedliwość, słuszność czy równość praw i obowiązków w relacjach między ofiarą a sprawcą. Takie podejście jest zasadniczo odmienne od tego, które charakteryzuje „zdogmatyzowaną" naukę o prawie karnym w systemach prawa stanowionego.

Nowożytne prawo karne narodziło się we względnie przejrzystej moralnie rzeczywistości społecznej, lecz jego rozwój (tak jak i rozwój pozytywizmu prawniczego) ukierunkowany został przez zasadę utylitaryzmu, a także pluralizm czy nawet relatywizm aksjologiczny. Pierwotna funkcja prawa karnego – strażnika podstaw moralnych pokojowej kooperacji obywateli (tu można już z powodzeniem sięgać do Hobbesa)[129] – zastąpiona została doktryną umowy społecznej, wysuwającej na plan pierwszy ochronę liberalnej wolności i tolerancji. Nie należy postrzegać tak zakreślonych przemian negatywnie, jednak bez wątpienia prowadzą one do rozmycia moralnej ostrości prawa karnego, co stanowi główny powód kwestionowania państwowego *ius puniendi*. Prawo karne traci szczególną rolę narzędzia służącego ochronie tych fundamentów aksjologicznych, które pozwoliły rozwijać się liberalnej demokracji. Pojawia się zatem pytanie, czy możliwa jest ochrona wartości liberalnych i demokratycznych bez prawa karnego i kary i jak daleko można odejść od moralnie uzasadnionej kary jako odpłaty na rzecz metod kompensacyjnych czy ochronnych. Kolejne pytanie, na które należy odpowiedzieć, dotyczy tego, czy stosowanie kary w przypadkach nieuzasadnionych moralnie nie prowadzi do jej istotnej dewaluacji. Uwagi dotyczące ewolucji prawa karnego – od kary jako naturalnej

[128] Można powiedzieć, że jest to orientacja na realizację instrumentalnych korzyści społecznych.

[129] T. Hobbes, *Lewiatan, czyli forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, Warszawa 1954, s. 234–285.

konieczności do karania jako rezultatu kontraktu społecznego – prowadzą do konstatacji, że filozoficznie interesującą odpowiedzią na wyzwania współczesności jest koncepcja prawa karnego opartego na klasycznej triadzie, obejmującej moralnie pojętą winę, karę traktowaną przede wszystkim jako odpłatę oraz przedmiotowe ograniczenie zakresu regulacji karnej poprzez zastosowanie klasycznej zasady szkody. Oznacza to postulat rezygnacji z elementów sprawiedliwości naprawczej oraz idei obrony społecznej, a zatem zarzucenie funkcji kompensacyjnej prawa karnego oraz ograniczenie środków zabezpieczających i im podobnych[130]. Jest to również pewien projekt kryminalno-polityczny. Postulat ten ma charakter abolicjonistyczny. Jego istotą jest to, by prawo karne stanowiło rzeczywistą rację ostateczną, środek reakcji na przypadki naruszenia prawa o szczególnym ciężarze. W tym zaś zakresie nawet surowa kara mogłaby być uzasadniona, z pewnością zaś byłaby sprawiedliwa. Katalog czynów, które powinny być karane, można określić poprzez sięgnięcie do teorii prawnonaturalnych i uniwersalnych wartości. Odpowiedź na pytanie o wartości można znaleźć w pracach pozytywistów prawniczych, a także w tym, co liberałowie niekiedy nazywają granicami tolerancji dla nietolerancji lub w empirycznie podbudowanej zasadzie szkody Milla. Prawo karne powinno ograniczać się do czynów stanowiących *malum per se*, pozostałe zaś należałoby być może (zgodnie z postulatami nurtów restytucyjno-odszkodowawczych) przesunąć do deliktów, względnie przyjąć inny rodzaj regulacji[131]. Podkreślmy przy tym, że tak pojęta zasada szkody miałaby wyznaczać zakres reakcji karnej niejako negatywnie. W razie wątpliwości dotyczących uzasadnienia moralnego czy niemożności wskazania, komu dany czyn wyrządza (lub może wyrządzić) dającą się określić szkodę, należałoby zaniechać penalizacji i posłużyć się inną metodą regulacji.

Zarazem negatywnie należy oceniać cały szereg regulacji o charakterze *quasi*-karnym czy – w nawiązaniu do orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego (TK) – represyjnym[132]. Tego typu regulacje osłabiają moralny przekaz płynący z ukarania. Otwarte pozostaje także pytanie o to, czy

[130] Inaczej: W. Zalewski, op. cit., s. 10–22, 297–307; B. Janiszewski, op. cit., s. 313 i n.; E.A. Wdzięczna, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego w świetle koncepcji sprawiedliwości naprawczej*, Toruń 2010, s. 23–80, 285–290.

[131] Por. S. Garvey, *Alternatives to Punishment*, w: *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, ed. by J. Deigh, D. Dolinko, Oxford 2011, s. 493 i n.; W. Zalewski, op. cit., s. 164 i n.

[132] Por. orzeczenie TK z 3 XI 2004 r., sygn. K 18/03, „OTK" 2004, nr 10, poz. 103; orzeczenie TK z 1 III 1994 r., sygn. U 7/93, „OTK" 1993, cz. II, poz. 42.

w istocie odpowiedzialność karna jest jedyną dającą się uzasadnić formą przeciwdziałania ryzyku popełniania czynów przestępnych. Czy umieszczenie środków izolacyjno-leczniczych, stosowanych na podstawie kategorii probabilistycznych w kodeksie karnym, daje w istocie lepsze gwarancje aniżeli odrębna – być może równoległa do prawa karnego – regulacja w duchu obrony społecznej czy sprawiedliwości naprawczej?[133] Wydaje się bowiem, że obecny kierunek przemian prawa karnego osłabia funkcję winy i kary oraz wpływa negatywnie na moralny wymiar odpowiedzialności karnej, podczas gdy ten ostatni element powinien znaleźć się na pierwszym miejscu przy kształtowaniu przyszłego modelu prawa karnego, którego opracowanie jest coraz wyraźniej rysującym się zadaniem nauk penalnych.

THE PHILOSOPHY OF PUNISHMENT: FROM NATURAL LAW TO LIBERAL LIBERTY

Summary

Contrary to what one might expect, the problem of the justification of punishment is relatively new. It was the explanation of the role of punishment that was problematic, not the issue of the state's legitimization of punishment. The issue of punishment has been greatly influenced by the evolution of liberal and positivist philosophies and particularly by the marginalization of concepts of *ius natural*. This article describes the evolution of penal law philosophy and its influence on the state of the modern science of penal law as well as reforms of the penal law in Poland. The penal law of the 18th century was influenced by the idea of natural law – it perceived punishment as a necessity following a certain natural order. The philosophy of the penal law of the second half of the 19th and the beginning of the 20th centuries emphasized, that punishment was necessary because of a vision of the society supported by science. The second half of the 20th century brought a challenge to the classical concept of punishment, the development of a liberal view of the social contract and the trends of restorative justice or communication concepts of punishment. These trends are the subject of reflective analysis in this article. All changes in a spirit of social defence or restorative justice blunt the moral dimension of the penal law as an instrument which serves to protect particular values. In spite of appearances, it is neither liberal freedom nor "ethics without codes" but the establishment of a catalogue of values requiring strong defense that leads to penal minimalism which means actually treating the penal law as the final rightness. Apart from that, the idea of an ahistorical social contract in its classical form does not constitute grounds for punishment. The majority may impose certain

[133] Jako alternatywne rozwiązanie, odnoszące się np. do czynów, które nie wzbudzają strachu i oburzenia moralnego na tyle znacznego, by uzasadniona była kara.

rules of behaviour, or defend a particular moral stance. There is no reason in this pluralistic world why we should accept the superiority of Locke's or Mill's liberalism over Burke's or Tocqueville's conservatism. In this article I propose to move the emphasis to the other side, as it would seem that in the reality of our legal culture it is or may be a more accurate approach.

Keywords: philosophy of punishment – punishment – liberalism and liberal values – natural law – justification of punishment