



Jarosław Warylewski

Uniwersytet Gdański

KLONDIKE CZY ŻŁOTO GŁUPCÓW WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI KARNEJ?

Na temat sprawiedliwości tyle już zostało napisane, przez tak znakomitych autorów¹, że kolejny artykuł na ten temat może być poczytany za wyraz naukowej pychy i pogłębiania zjawiska redundancji w obszarze informacji dotyczących sprawiedliwości. Zapewniam jednak, że jestem pełen pokory i tylko świadomość, że zagadnienia tego jeszcze satysfakcjonująco nie wyczerpano, a także sprzeciw wobec niektórych tez formułowanych w dyskursie o sprawiedliwości, pozwoliły mi na skreślenie tego szkicu. Szkicu zaledwie, bo prezentującego garść dość luźno powiązanych refleksji skupionych wokół pojęcia sprawiedliwości, ze szczególnym uwzględnieniem sprawiedliwości w prawie karnym.

Sprawiedliwość to jedna z czterech cnót (cnota: łac. *virtus*, gr. *arete*) kardynalnych (obok mądrości <roztropności>, umiarkowania <opanowania> i męstwa <odwagi>), o szczególnym charakterze – harmonizuje bowiem trzy pozostałe². Bez względu na trudności, jakie występują przy próbach definiowania, określenia i opisanie sprawiedliwości (łac. *iustitia*; ang. *justice*; wł. *giustizia*; niem. *Gerechtigkeit*, śl. *pravica*, czes. *spravedlnost*, hiszp. *equidad*) w płaszczyźnie filozoficznej czy też ogólnoprawnej, swoiste problemy występują również w obrębie poszczegól-

¹ Zob. m.in.: Arystoteles, *Etyka Nikomachejska*, Warszawa 1962; *Sprawiedliwość w kulturze europejskiej*, red. W. Kaute, T. Słupik, A. Turoń, Katowice 2011; M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005; *Sprawiedliwość. Wybrane koncepcje*, red. B. Kruszewska, P. Polaczuk, L. Świto, Olsztyn 2010; *Sprawiedliwość – tradycja i współczesność*, red. P. Nowakowski, J. Smołucha, W. Szymborski, Kraków 2006; Ch. Perelman, *O sprawiedliwości*, Warszawa 1959; W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Gdańsk 2006; tenże, *O pojmowaniu sprawiedliwości w prawie karnym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. 14; J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994; W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988; R.A. Tokarczyk, *Rozważania o sprawiedliwości w świetle filozofii prawa*, Lublin 1993; tenże, *Sprawiedliwość jako naczelną wartość prawa*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 6; Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992.

² Zob. J. Pieper, *Aktualność cnót kardynalnych*, „Roczniki Filozoficzne” 1976, nr 2; J.F. Keenen, *Cnoty na co dzień*, Kraków 2003..

gólnych gałęzi prawa. Od poszukiwania odpowiedzi na pytania o treść, istotę czy też funkcję sprawiedliwości również i nauka prawa karnego nie jest wolna.

Sprawiedliwość należy do tych pojęć, których korzenie sięgają dalej (głębiej) niż poglądy i pisma filozoficzne starożytnych Greków. Szukając jej źródła sięgnąć należy bowiem do mitologii. Czym zajmują się rzymskie (Iustitia) i greckie (Temida) uosobienia sprawiedliwości? Różnie przedstawiane, lecz zawsze są to niewiasty. Najczęściej odziane na białą (musi być nieskalana własnym interesem i emocjami), czasami z przepaską na oczach (zmysły, w tym wzrok, nie powinny zakłócać rozumu i symbolizują bezstronność), trzymająca w lewej dłoni wiązkę różeg z toporem (noszone w Rzymie przed Konsulem i Trybunem Ludu) i ogień (umysł sędziego powinien być skierowany ku Niebu) albo miecz i wagę. Z wagą i mieczem zajmują się rozważaniem winy i kary³. Waga jest symbolem sprawiedliwości, równowagi i prawodawstwa, sądenia i publicznego wymierzania sprawiedliwości⁴. W ikonografii chrześcijańskiej wagą posługuje się Archanioł Gabriel, ważąc dusze na Sądzie Ostatecznym⁵.

Już Arystotelowskie rozróżnienie sprawiedliwości ogólnej i szczegółowej, przyrodzonej i stanowionej, rozdzielczej (dystrybucyjnej) i wyrównawczej (komutatywnej) przekreśla szanse na skonstruowanie czy też zdefiniowanie tylko jednego, bezprzymiotnikowego pojęcia sprawiedliwości. Nawet uznając za swego rodzaju ponadczasowy archetyp⁶ sprawiedliwości definicję rzymskiego jurysty Ulpiana, nawiązującą do poglądów Platona i Arystotelesa w brzmieniu: „Sprawiedliwość jest stałą i niezmienną wolą oddawania każdemu tego, co mu się należy” (*Iustitia est firma et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*), musimy się pogodzić z tym, że efektem dociekań nad sprawiedliwością będzie nie tylko ogromne bogactwo pojęciowe, ale i mnożenie wątpliwości.

Nie tylko na potrzeby tego opracowania za uzasadnione uważam posługiwanie się pojęciem wymiaru sprawiedliwości karnej dla nazwania kompleksu zagadnień dotyczących pojmowania i funkcjonowania sprawiedliwości w obszarze prawa karnego⁷. Wymiar sprawiedliwości karnej nie ogranicza się przy tym jedynie do wymierzania kar.

Rozpoczyna się bowiem już na etapie kryminologicznej diagnozy rzeczywistości społecznej, obejmuje projektowanie i stanowienie przepisów określających zasady odpowiedzialności, typy czynów zabronionych i środki reakcji karnej (nie tylko kary), procedurę realizacji tych przepisów, przebieg procesu karnego od postępowania przygotowawczego do wydania prawomocnego wyroku, a koń-

³ Zob. W. Kopaliński, *Słownik symboli*, Warszawa 2006.

⁴ Zob. H. Biedermann, *Leksykon symboli*, Warszawa 2001.

⁵ Zob. M. Oesterreicher-Mollowo, *Leksykon symboli*, Warszawa 1992.

⁶ Oczywiście archetyp niemający charakteru uniwersalnego (globalnego), bo lokujący się jedynie w chrześcijańskiej kulturze europejskiej, sięgającej korzeniami klasyki grecko-rzymskiej.

⁷ Jest to szerokie rozumienie wymiaru sprawiedliwości, w rozumieniu wąskim, zgodnie z Konstytucją RP (art. 175 ust. 1): „Wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe”.

czy się najczęściej dopiero etapem wykonywania orzeczonych kar, środków karnych, kompensacyjnych, środków zabezpieczających i probacyjnych. Zagadnieniem ważnym, ale na tyle odrębnym, że w rozważaniach poniższych zostało ono pominięte, jest międzynarodowy wymiar sprawiedliwości karnej, w szczególności w postaci stałych i doraźnych (*ad hoc*) trybunałów (m.in. Międzynarodowy Trybunał Karny w Hadze, Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii, Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy).

W niektórych przypadkach nawet wykonanie orzeczonych, wspomnianych wyżej środków reakcji karnej nie przerywa działania wymiaru sprawiedliwości karnej w stosunku do określonego sprawcy. Czasami wynika to z tego, że wymiar sprawiedliwości karnej, moim zdaniem, nie ogranicza się do postępowań prowadzonych wyłącznie na podstawie kodyfikacji karnych i tzw. pozakodeksowego prawa karnego.

Przykładem mogą być postępowania prowadzone na podstawie ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz. U. z 2014 r., poz. 24), tzw. *lex Trynkiewicz*⁸. Formalnie, zgodnie z art. 2 ust. 3 tej ustawy mamy do czynienia z postępowaniem cywilnym⁹, jednak w istocie na jej podstawie orzekane są wobec skazanych środki bardzo zbliżone do tzw. postpenalnych środków zabezpieczających¹⁰, a na pewno, ze względu na ogromną dolegliwość polegającą na faktycznym, retroaktywnym, bezterminowym pozbawieniu wolności (w przypadku orzeczenia umieszczenia w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym), mają one charakter karny. Ustawa została uchwalona pomimo niewątpliwej świadomości jej niezgodności z filarami sprawiedliwości karnej¹¹, w tym z zasadą *lex retro severior non agit*, w prawdziwym być może przeświadczeniu, że tylko w ten sposób można zapewnić społeczeństwu bezpieczeństwo prawne. Jej uchwalenie nie było aktem szukania sprawiedliwości, było próbą jej oszukania. Zabrakło przy tym odwagi by wprost powiedzieć, że nie stać nas na przestrzeganie porządku prawnego, w tym konstytucyjnego, że dla zapewnienia bezpieczeństwa musimy poświęcić i wolność, i prawa jednostki, i zasady prawa karnego. Tak byłoby uczciwiej. Tak właśnie byłoby sprawiedliwie, jasno i uczciwie. Niestety, został jedynie cynizm, hipokryzja i populizm¹².

⁸ W 1988 r. czterech chłopców zabił 26-letni Mariusz Trynkiewicz. W 1989 r. został skazany na karę śmierci. W tym samym roku, na mocy amnestii, kara ta została zamieniona na 25 lat pozbawienia wolności.

⁹ Treść ustawy wskazuje na hybrydowy charakter ustawy, sprawę prowadzi sąd cywilny na podstawie przepisów o postępowaniu nieprocesowym, proceduralnie najbliższej temu procesowi do postępowania administracyjnego, a materialnie do sprawy karnej.

¹⁰ Środki takie znał już Kodeks karny z 1932 r. Zob. też J. Długosz, *Obligatoryjna postpenalna izolacja sprawcy przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8.

¹¹ Na co wskazuje lektura stenogramów z posiedzeń Komisji Nadzwyczajnej oraz 46. Posiedzenia Sejmu RP w dniu 25 lipca 2013 r.

¹² Wskazywanie w uzasadnieniu do projektu ustawy, że jej celem jest m.in. dobro i ochrona samych

Jestem przekonany, że wskazana wyżej ustawa, ze względów oczywistych nie wpisuje się w tzw. odwetowe (sprawiedliwościowe) teorie karne, mogłaby być natomiast doskonałym przykładem teorii użytecznych, niestety w ich skrajnym wydaniu, w którym „cel uświęca środki”, kompromitując jednocześnie cały wymiar sprawiedliwości karnej. Na pewno jest idealnym przykładem na to, że wszelkie etykietowanie (np. przeciwstawianie sobie teorii odwetowych i celowościowych, sprawiedliwości retributywnej i naprawczej) i z tego tylko wyprowadzanie daleko idących wniosków (np. że odwet jest zły i niedopuszczalny, a użyteczność dobra i pożądana), jest niebezpieczne i nieuprawnione. Rodzi też wiele pytań, np. o to, czy tylko kara musi być sprawiedliwa, a środkowi zabezpieczającemu wystarczy wyłącznie legitymizacja celowościowa?

Zanim przejdę do następnych zagadnień, chciałbym przedstawić (złożyć) pewną deklarację: „jestem pozytywistą”. Prawdopodobnie moje zdecydowanie pozytywistyczne nastawienie wynika może i z tego, że wprowadzając studia prawnicze rozpocząłem i kończyłem pod rządami systemu totalitarnego, to prawie cały okres pracy dydaktycznej i naukowej w zakresie prawa karnego przypada na rządy demokratycznego państwa prawnego. Skłonności pozytywistyczne są również naturalne dla każdego prawnika, funkcjonującego w systemie prawa stanowionego (zarówno kontynentalnego, jak i anglosaskiego). Nieprzypadkowo pozytywizm jest wciąż, jak sądzę, najbardziej rozpowszechnionym rodzajem poglądów na prawo. Wiele też prawo karne pozytywizmowi zawdzięcza; m.in. zasadę *nullum crimen sine lege*. Inklinacje prawnonaturalne łatwiej zapewne przychodzą filozofom prawa. Jednak sama świadomość pewnych rzeczywistych, a być może jedynie potencjalnych ograniczeń, wynikających z uwarunkowań zewnętrznych, pozwala nie tylko mi, mam nadzieję, na zgodną ze sprawiedliwością, twórczą interpretację prawa stanowionego i dostrzeżenie granicy, za którą prawo staje się bezprawiem. Tak, jak M. Cieślak, jestem przekonany, że „prawo pozytywne nie rezygnuje z pojęcia sprawiedliwości”¹³. Normatywnym tego wyrazem są odwołania w Konstytucji RP (m.in. w art. 2: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”, art. 45 ust. 1: Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”, a na gruncie prawa karnego jest bezpośrednio odwołanie do „społecznego poczucia sprawiedliwości” w art. 53 § 2 k.k. oraz do „rażącej niesprawiedliwości” w art. 440 k.p.k.

Nastawienie pozytywistyczne nie wyklucza uznawania tego, iż prawo pozytywne nie tylko może, co wręcz musi posiadać wartość aksjologiczną. Akceptacja aksjologicznej zawartości prawa nie jest jednoznaczna z uznaniem prymatu

skazanych, ponieważ są oni „po opuszczeniu zakładu karnego, narażeni na silnie negatywne, niekontrolowane reakcje innych osób”, jest wręcz unikatowym przykładnym cynizmem i hipokryzją zarazem (zob. druk sejmowy nr 1577, Sejm RP VII kadencji).

¹³ Zob. M. Cieślak, *Dzieła wybrane*, t. 3, Kraków 2011, s. 109.

prawa naturalnego, które też przecież nie jedno ma imię. Odejdźcie we współczesnym ustawodawstwie od kar bezwzględnie oznaczonych i wręcz nakazanie sądom orzekanie na podstawie nie tylko ustaw, ale i własnego sumienia, pozwala z nadzieją spoglądać na wciąż dokonującą się ewolucję pozytywizmu prawnego. Współcześnie na pewno odeszliśmy już od XIX-wiecznego pojmowania pozytywizmu, gdy ideałem było prawo wolne od wartościowania i czasów, gdy sądy (sędziowie) mieli być jedynie „ustami ustawy”.

Nie mogę się zgodzić ze stwierdzeniem „Uznaje się, iż przyjęta w art. 31 ust. 3 obowiązującej Konstytucji RP zasada proporcjonalności wyklucza absolutne teorie kary, w tym teorie odплаты”¹⁴. Rozumiem, że ktoś może mieć takie poglądy, ale sprzeciwiam się twierdzeniu, że są one powszechnie uznane, stosowane i wynikają z obowiązujących przepisów (w tym Konstytucji RP). Moje zdanie nie jest osamotnione, zbliżone stanowisko prezentuje m.in. Sąd Najwyższy, który w postanowieniu z dnia 13 stycznia 2009 r. stwierdził: „Kaźda kara wymierzona przez sąd w następstwie procesu karnego zwiera element odwetu Państwa na sprawcy naruszenia reguł rządzących funkcjonowaniem danego społeczeństwa. Zaistnienie przestępstwa pociąga więc za sobą konieczność wymierzenia kary, która jest odpowiedzią (odwetem) na czyn sprawcy” (V KK 366/08; LEX nr 478166). Przy okazji warto sprostować pewien drobiazg: absolutne teorie kary to właśnie teorie odплаты (odwetu). Po prostu grupę tych teorii zamiennie nazywa się absolutnymi, odwetowymi, retrospektywnymi lub sprawiedliwociowymi¹⁵. Ta ostatnia nazwa jest nieprzypadkowa. Bez odwetu sprawiedliwość karna nie istnieje. Wymiar sprawiedliwości karnej nie ogranicza się tylko do tego, ale głównie polega na orzekaniu kar. Istotą tej reakcji karnej był, jest i pozostanie odwet¹⁶. Odwet, ponieważ za wyrządzone zło (przestępstwo) odpłaca się złem (karą, która jest dolegliwością). Proces karny uruchamia popełnione przestępstwo, a nie projektowane do osiągnięcia cele.

Kodeks karny z 1997 r. nie dekretuje w żadnym przepisie, jaką teorią kary należy się kierować, żadnej ze znanych nie daje pierwszeństwa, żadnej wprost nie wyklucza. Natomiast analiza obowiązujących przepisów kodeksu karnego, w szczególności tych, które określają rodzaje kar i ich wysokość, inne środki reakcji karnej, takie jak środki karne, kompensacyjne, zabezpieczające i probacyjne, dyrektywy wymiaru kary oraz brzmienie zakazów karnych (tzn. przepisów typi-

¹⁴ Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w brzmieniu: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

¹⁵ Na temat teorii kary, klasyfikacji i rodzajów zob. J. Warylewski, *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*, Gdańsk 2007, s. 24–74.

¹⁶ Przyjmuje się, że powrót do klasycznej koncepcji odwetu w ramach neoklasycyzmu nastąpił za sprawą A. von Hirscha. Zob. A. von Hirsch, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, New York 1976; A. Marek, „Nowy realizm” w prawie karnym Stanów Zjednoczonych. Założenia i efekty, „Państwo i Prawo” 1980, nr 7.

zujących zwierających zagrożenie karne na wypadek popełnienia czynu zabronionego w nich opisanego) ewidentnie wskazują, że ustawodawca, nawet jeżeli świadomie żadną z teorii karnych się nie kierował, to zrealizował podstawowe założenia doktrynalne zarówno teorii odwetowych (absolutnych, sprawiedliwościowych, represyjnych), jak i celowościowych (utyliitarnych).

Niewątpliwie obok przeważających elementów sprawiedliwości retributywnej w kodeksie karnym znajdują się elementy sprawiedliwości naprawczej, np. art. 53 § 3 k.k. i art. 59a § 1 k.k. odwołujące się do mediacji i ugody oraz art. 46, 47 i 48 k.k., które regulując środki kompensacyjne, pozwalają m.in. na orzekanie zadośćuczynienia i odszkodowania na rzecz pokrzywdzonego (ofiary przestępstwa). W kodeksie postępowania karnego z 1997 r. kluczowy pod tym względem jest art. 23a dotyczący postępowania mediacyjnego i wydane na podstawie art. 23a § 5 (aktualnie § 8) k.p.k. rozporządzenie z dnia 13 czerwca 2003 r. w sprawie Postępowania mediacyjnego w sprawach karnych.

Wymiar sprawiedliwości należy w Polsce do wyłącznej kompetencji sądów, a niezawisli sędziowie podlegają tylko konstytucji oraz ustawom (zob. art. 177 i 178 Konstytucji RP). Sędzia jest zobowiązany wymierzać sprawiedliwość zgodnie z „przepisami prawa” i bezstronnie według sumienia (zob. art. 66 ustawy z 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych). W ramach wymiaru sprawiedliwości karnej potwierdzeniem tego jest brzmienie art. 53 § 1 kodeksu karnego z 1997 r., rozpoczynającego się słowami: „Sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę”. Między maksimum dolegliwości, które faktycznie może wyznaczać (limitować) stopień zawinienia, a jego minimum wyznaczanego przez zdatność do wypełniania funkcji prewencyjnej jest jeszcze tak szerokie spektrum możliwości, że sądowy wymiar kary musi się odwoływać do dyrektywy sprawiedliwościowej, rozumianej jako proporcjonalność nie tylko w stosunku do społecznej szkodliwości czynu, ale i do stopnia winy.

Źle się jednak dzieje, gdy sądy te lekceważą zasadę sprawiedliwości, która w praktyce sprowadza się m.in. w realizowaniu jednej z podstawowych funkcji prawa karnego, polegającej na zaspokajaniu społecznego poczucia sprawiedliwości. Dlaczego piszę o lekceważeniu? Jak inaczej potraktować tezę sformułowaną w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 grudnia 2007 r. (II AKa 223/07, KZS 2008/3/27): „Dla wymiaru kary nie ma żadnego znaczenia «społeczne poczucie sprawiedliwości». Jak to i dawniej formułowano, pojęcie to wyraża raczej własne wyobrażenia osób nim się posługujących, tak bardzo jest owo «poczucie» nieprecyzyjne i niezbadane, bo nikt nie zbadał jak społeczeństwo ocenia sądzone przestępstwa. Nie ma też powodu, by niezawisły sąd podporządkowywał swój wyrok nastrojom jakiejś grupy ludności z natury rzeczy nieprawidłowym, bo opartym zwykle o niepełną znajomość realiów zdarzenia, wyrażanym bez poczucia odpowiedzialności za losy osób w nim uwikłanych. Po to obdarzono sędziów niezawisłością, by orzekali sprawiedliwie, a nie po to, by spełniali

doraźnie powstające, czasem umyślnie kreowane nastroje jakichś grup mieszkańców, nie zawsze zgodne, rzadko stabilne, zwykle nieracjonalne. Nie byłyby sprawiedliwe wyroki oparte na domniemywaniu takich nastrojów”.

Być może zaprezentowany wyżej fragment wyroku to jedno wielkie nieporozumienie. Społeczne poczucie sprawiedliwości bowiem to nie „nastroje jakiejś grupy ludności”, to poczucie podzielane przez większość społeczeństwa, a sądy wydają wyroki w konkretnej rzeczywistości społecznej, a nie z niej wyalienowane.

Realizacja funkcji sprawiedliwościowej umacnia szacunek dla prawa karnego i spełnia społeczne oczekiwania w zakresie funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych – uspokaja negatywne emocje związane z reakcją na popełnione przestępstwo. Wprawdzie faktycznie trudno jest ocenić oczekiwania społeczeństwa i poziom zaspokajania społecznego poczucia sprawiedliwości¹⁷, ale zjawiska te mogą być empirycznie badane i wbrew twierdzeniom SA w Krakowie są badane. Od lat różne ośrodki badania opinii publicznej przeprowadzają ankiety na reprezentatywnej grupie ludności, które badają np. oczekiwania co do rodzaju i wysokości kar za poszczególne przestępstwa¹⁸.

Na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. i interpretacji zawartego w art. 53 § 1 k.k. stwierdzenia, iż „Sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy” wielu przedstawicieli nauki prawa karnego twierdzi, że klasyczna zasada wymagająca, by kara była proporcjonalna do stopnia winy, już nie obowiązuje. Ze słów „nie przekraczała stopnia winy” wyprowadza się tezę o wyłączeniu limitującej wymiar kary funkcji winy¹⁹. Warto w tym miejscu odwołać się do brzmienia art. 50 § 1 k.k.²⁰ z 1969 r., w którym to przepisie nie było nawet ani słowa o winie, a jednak nie wyprowadzano z tego tezy o zerwaniu łączności między stopniem winy i wysokością kary, a kompleksowa (holistyczna) teoria społecznego niebezpieczeństwa czynu (lokująca zawinienie w ramach społecznego

¹⁷ Szczególne trudności mogą pojawić się zwłaszcza w społeczeństwie zróżnicowanym kulturowo, zob. T. Snarski, *Znaczenie wielokulturowości dla prawa karnego*, [w:] *Interdyscyplinarność badań w naukach penalnych*, red. I. Sepiolo, Warszawa 2012, s. 249–268; J. Warylewski, *Wybrane zagadnienia problemów wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce wobec zróżnicowania kulturowego społeczeństwa*, „*Studia Iuridica Toruniensia*” 2014, t. 15, s. 195–209.

¹⁸ Zob. np. badanie TNS OBOP z października 2002 na temat „Jak karać przestępców”, Warszawa 2002, s. 1–15. Sondaż przeprowadzono w dniach 3–5 sierpnia 2002 r. na reprezentatywnej losowej próbie osób. Pytano m.in. jak karać za eutanazję, jakie stosować kary, czy i jak karać sprawców kradzieży mienia wielkiej wartości, jak sprawców kradzieży z włamaniem, jak sprawców pobicia, a jak sprawców zbrodni zabójstwa. Konkretnie pytania, konkretne odpowiedzi, tylko sąd nic o tym nie wie. Badanie to niewątpliwie daje obraz tego, jak przedstawia się społeczne poczucie sprawiedliwości.

¹⁹ K. Buchała, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz*, s. 670; W. Wróbel, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz t. 1*, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 670.

²⁰ W brzmieniu: „Sąd wymierza karę według swego uznania, w granicach przewidzianych w ustawie, oceniając stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu i biorąc pod uwagę cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma ona osiągnąć w stosunku do skazanego”.

niebezpieczeństwa czynu), sformułowana przez M. Cieślaka, wcale nie była tak powszechnie przyjmowana²¹.

Zgadzać się z tym, że wina pełni funkcję limitującą i dlatego kara przekraczająca stopień winy byłaby zbyt surowa (niesprawiedliwa zatem), uważam jednocześnie, że kara sprawiedliwa musi być również karą adekwatną (proporcjonalną) do stopnia winy. Dlaczego? Ponieważ żaden przepis kodeksu karnego tego nie zabrania, ani nawet nie sugeruje, ale przede wszystkim dlatego, że system polskiego prawa karnego, to nie tylko przepisy (w tym przepisy kodeksu karnego), to również zasady, a sprawiedliwość silniejsza jest od prawa (przepisów). Tak też wywiódł Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 6 lipca 1999 r.: „Niezbymalna godność człowieka wymaga bowiem, aby każda osoba była traktowana przez prawo sprawiedliwie, tj. według jednakowej miary i bezstronnie. Dotyczy to godności tych osób, które popełniły czyn zabroniony i mają prawo do sprawiedliwego osądu, jak i tych, które wprawdzie czynu karalnego nie popełniły, ale odbierają reakcję prawa na to jako sprawiedliwą, tzn. taką, jaka odnosiłaby się w podobnej sytuacji do nich samych. Chodzi tu także o to, by sprawiedliwość, która występuje w sposobie znoszenia bezprawia, była wolna od subiektywnych interesów i subiektywnej postaci oraz przypadkowej siły, a tym samym by była sprawiedliwością nie mszczącą się, lecz karzącą. W tym ujęciu sprawiedliwość jest silniejsza nawet od prawa”²².

Wina jest stopniowalna, do różnych stopni winy odwołuje się nawet wprost kodeks karny z 1997 r. i kara oraz inne środki reakcji karnej powinny być od stopnia winy uzależnione, tak co do rodzaju, jak i wysokości (oczywiście w ramach przewidzianych przez ustawę). Nie wszyscy oczywiście skłaniają się do tezy, iż zasada proporcji winy do kary przestała obowiązywać z dniem 1 września 1998 r. Na przykład A. Marek twierdził, że „Sformułowanie art. 53 § 1 eksponuje limitującą funkcję winy, ale z tego nie wynika, że uwzględnienie winy przy wymiarze kary może ograniczać się do tej funkcji. Kara bowiem, aby była sprawiedliwa, musi być współmierna do stopnia winy każdego indywidualnego sprawcy przestępstwa. Nie można zgodzić się z poglądem, że stopień winy nie wyznacza wysokości kary, jaka powinna być sprawcy wymierzona, a tylko górną granicę jej dolegliwości”²³.

Treść art. 53 § 1 k.k. ma określone brzmienie dzisiaj, nikt nie wie, czy za rok będzie ono nadal aktualne. Świadomy tego, jak wygląda w Polsce proces legislacyjny, zaryzykuję twierdzenie, że niekiedy treść określonych przepisów kodeksu

²¹ Zob. M. Cieślak, *Dziela...*, s. 116. Wedle tej koncepcji czyn społecznie niebezpieczny to czyn zarazem obiektywnie antyspołeczny (tzn. niezależnie od psychicznego nastawienia sprawcy naruszający lub narażający na niebezpieczeństwo „dobro prawne”) i zawiniony.

²² P 2/99, OTK ZU 1999, nr 5, poz. 103.

²³ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Lex 2010. Tak też: J. Wojciechowska, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. G. Rejman; M. Budyn-Kulik, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa; T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2002, s. 213; V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie*, Toruń 2002, s. 82.

karnego wcale nie wyraża ustalonych poglądów doktryny i wskazań praktyki, lecz jest wypadkową decyzji i sympatii politycznych oraz wykładnią indywidualnych poglądów wybranych przedstawicieli nauki prawa karnego. Przecież niewiele brakowało do uchwalenia tzw. prezydenckiego projektu nowelizacji kodeksu karnego z grudnia 2001 r., opracowanego przez Komisję pod przewodnictwem prof. zw. dr hab. A. Wąska²⁴. Zgodnie z tym projektem art. 53 § 1 k.k. miał otrzymać brzmienie: „Sąd wymierza karę według swego uznania, bacząc, by jej dolegliwość odpowiadała stopniowi społecznej szkodliwości czynu i winy oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć wobec skazanego, a także jej cele w zakresie społecznego oddziaływania”. To proponowane brzmienie wynikało z głębokiego przekonania o prymacie dyrektywy sprawiedliwościowej i podkreślać miało sprawiedliwościową funkcję kary – sprawiedliwa kara wymaga współmierności do stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu. Można oczywiście z poglądami profesorów A. Wąska i A. Marka się nie zgadzać, ale nie można ich pomijać czy też lekceważyć.

Wskazane wyżej kontrowersje (spory, różnice zdań) o charakterze doktrynalnym, przekładają się niestety również na praktykę wymiaru sprawiedliwości karnej, na judykaturę. W wielu wyrokach odnajdujemy stwierdzenia mówiące wprost o konieczności „dostosowania kary do stopnia winy sprawcy” (zob. m.in. wyrok SA w Szczecinie z dnia 6 lutego 2014 r., II AKa 1/14, LEX nr 1441560; wyrok SA w Gdańsku z dnia 14 maja 2014 r., II AKa 112/14, LEX nr 1477030; wyrok SA w Lublinie z dnia 27 marca 2012 r., II AKa 13/12, KZS 2012/9/54), w innych zaś zwrócenie uwagi wyłącznie na limitującą funkcję winy (zob. m.in. wyrok SA w Krakowie z dnia 30 czerwca 2011 r., II AKa 107/11, KZS 2011/9/42; wyrok SA w Krakowie z dnia 2 marca 2005 r., II AKa 33/05, KZS 2005/4/30; wyrok SA w Krakowie z dnia 14 maja 2013 r., II AKa 33/13, KZS 2013/6/81).

Stanowisko reprezentowane m.in. przez A. Zolla i W. Wróbla²⁵ odbiera winie rolę wyznacznika kary sprawiedliwej i nawiązuje do skrajnego w swym wyrazie pozytywizmu, a mianowicie do czystej teorii normatywnej. Żaden przepis o proporcjonalności kary do winy nic nie mówi, sprawa jest więc przesądzona. Można oczywiście w ten sposób „uprawiać” naukę prawa karnego, ale z niewątpliwą szkodą dla sprawiedliwości, w szczególności dla wymiaru sprawiedliwości karnej. Nie chodzi tu bowiem wyłącznie o różnice w interpretacji art. 53 § 1 k.k., ale o zrozumienie, na czym polega sprawiedliwość. Przepisy kodeksu karnego powinny być dostosowane do zasad prawa karnego, a wyprowadzane z tych przepisów zasady powinny być niesprzeczne z tymi regułami (zasadami). Jeżeli jest inaczej, to jest to raczej powód do zmiany przepisów, a nie do porzucenia albo rewizji zasad.

²⁴ Zob. treść projektu, CzPKiNP 2001 nr 1 oraz CzPKiNP 2003 nr 1.

²⁵ Zdaniem W. Wróbla: „Kodeks karny nie daje więc podstaw do wyprowadzenia dyrektywy nakazującej orzekanie kary odpowiadającej swojej dolegliwością stopniowi winy sprawcy (współmiernej do stopnia winy)”.

Celem prawa karnego nie jest oczywiście wymierzanie kar. Celem prawa karnego jest ochrona dóbr prawnych, a szerzej zapewnienie bezpieczeństwa prawnego. Kara jest jednym ze środków służących temu celowi, co nie zmienia faktu, pewnej naturalnej właściwości, powodującej, że istotą kary jest dolegliwość wymierzana w odpowiedzi na popełnione przez człowieka zło. Trzeba też pamiętać, że tak jak prawo karne nie realizuje tylko jednego celu, tak i kara spełnia wielorakie cele, często zależne od rodzaju kary, jej wysokości oraz etapu funkcjonowania. Jako zagrożenie karne zawarte w ustawie kara realizuje głównie cel ogólnoprewencyjny, wymierzana konkretnemu sprawcy za konkretne przestępstwo pełni funkcję sprawiedliwościową (odwetową), zaś kara już wykonywana przede wszystkim ma charakter szczególnoprewencyjny.

Dlatego też twierdzenie np., że „Wina pełni głównie funkcję limitującą, której granic sędziemu nie wolno przekroczyć. Ujęcie to jasno wskazuje na utylitarny cel kary. Ogólnym celem wymiaru kary jest tu bowiem ochrona porządku prawnego, a nie retrybucja w postaci wyrównania winy, pokuty czy odpłaty” jest tyleż ogólne i uproszczone, co nieprawdziwe. Nawet zgadzając się co do funkcji limitacyjnej winy, nie sposób z faktu tego wyprowadzić twierdzenia wykluczającego retrybucję i o ile dobrze rozumiem zanegować teorie sprawiedliwościowe (odpłaty) na rzecz dopuszczalności jedynie teorii celowościowych. Twierdzenie to pojawia się bowiem w cytowanym fragmencie *deus ex machina*, a przedstawione ujęcie nie tylko cechuje brak jasności, co brak koniecznego ciągu argumentacyjnego. I jeszcze jedno: gdy wskazujemy na realizację jakiegoś pożądanego celu, to oczywiście prawdziwe będzie twierdzenie nadające tej realizacji utylitarystyczny charakter. Taka jest po prostu istota celu. Trudno bowiem wyobrazić sobie planowanie celu, który nie będzie się cechował żadną użytecznością. Natomiast sprawiedliwość (odpłata) nie wymaga realizacji jakiegokolwiek celu – odwet (odpłata) jest koniecznością, a nie celem. Celem kary zajmują się wyłącznie utylitarne teorie karne (zwane też inaczej celowościowymi; mają być bowiem pożyteczne właśnie poprzez realizację jakiegoś celu), teorie absolutne zaś co do zasady celem kary się nie interesują, choć niekiedy wskazują na możliwy, akcesoryjny charakter jakiegoś celu. Wprawdzie zwrot „uitylitarny cel” nie jest klasycznym pleonazmem, ale bardzo mu do niego blisko, pozostając dość zgrabną figurą retoryczną.

Pod koniec XIX w., w czasach tzw. gorączki złota (1896–1899), złotonośna rzeka Klondike w Kanadzie była mekką tysięcy poszukiwaczy i źródłem wielu fortun. Nie wszyscy znajdowali złoto, wielu poszukiwaczy za ten cenny kruszec brało inny minerał: nadsiarczek żelaza (piryt), z wyglądu ładząco do złota podobny (nie bezwartościowy, ale i nie tak cenny jak złoto), a nazywany dlatego „złotem głupców”.

W XXI w. nauka prawa karnego wciąż poszukuje jak najlepszych, najdoskońszych, najbardziej efektywnych sposobów reakcji na te zachowania człowieka, które są oceniane, używając terminologii obowiązującego kodeksu karnego z 1997 r., jako społecznie szkodliwe i wypełniające znamiona czynu zabronio-

nego. Towarzyszy temu brak bezpośredniego przełożenia formułowanych przez naukę postulatów na kształt legislacji karnej. Wprawdzie Nils Christie (1928–2015, norweski kryminolog) twierdził, że konflikty międzyludzkie (przestępstwo postrzegane jako konflikt karny do rozwiązania) zostały zawłaszczone przez prawników²⁶, to przy wszystkich zastrzeżeniach do tej koncepcji (konflikt karny został przecież „zawłaszczony” przez państwo już wieki temu, w drodze rozwoju prawa karnego i upaństwowienia kary), chyba bardziej adekwatnym byłoby powiedzenie, iż obecnie zawłaszczenia tego dokonują politycy (ci, którzy sprawują realną władzę ustawodawczą i wykonawczą), a nie prawnicy (czyt. przedstawiciele nauki prawa karnego, a nie praktycy pracujący w wymiarze sprawiedliwości).

Ci ostatni, nie pozbawieni wprawdzie głosu, mają jednak niewielki, realny wpływ na tworzenie i funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości karnej.

*Iustitia fundamentum regnorum est*²⁷. Sprawiedliwość, obok wolności i równości, to fundament demokracji. W jakiej kondycji jest sprawiedliwość? Kondycja demokracji, zwłaszcza w Polsce jest zła, bardzo zła. Przyczyną jest i to, że źle się dzieje ze sprawiedliwością, w szczególności z wymiarem sprawiedliwości karnej. Próchniejący fundament sprawiedliwości sprawił, że na polskim gmachu demokracji pojawiły się rysy i pęknięcia. Niewyjaśnione i nie rozliczone afery z udziałem polityków z pierwszych stron gazet, trwające po kilkanaście lat procesy, podatna na polityczne manipulacje prokuratura, populizm penalny²⁸, legislacyjne rozpasanie – to tylko wybrane przyczyny tak niskiej oceny demokratycznego państwa prawnego. Dopóty istnieje szansa na zmianę tej oceny w kierunku pozytywnym, dopóki można o tym pisać.

Od penalnych populistów można i należy się uczyć, jednak nie treści zawartej w ich przekazie, ale formy. Formy przystępnej, zrozumiałej dla większości społeczeństwa, pozbawionej hermetyzmu wysublimowanych konstrukcji teoretycznych. Oczywiście, nie każdą kwestię można uprościć i pozbawić naukowego warsztatu. Jeżeli nie chcemy pozostawić tabloidom i telewizji kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa przez pryzmat sensacji i najcięższych zbrodni, co m.in. popycha wymiar sprawiedliwości karnej na tory walki z przestępczością medialną, a nie rzeczywistą²⁹, o sprawiedliwości należałoby, mówić i pisać bardziej zrozumiale, ciekawiej, a nawet ekspresyjnie i emocjonalnie. Po części postulat ten w tym tekście starałem się realizować, co niech będzie uzasadnieniem użycia niektórych niekonwencjonalnych zwrotów, a nawet tytułu, który *prima facie* może sprawiać wrażenie zbyt swobodnego i krotochwilnego.

²⁶ Zob. N. Christie, *Conflicts as Property*, „The British Journal of Criminology” 1977, t. 17, nr 1, s. 1–15; tenże, *Crime Control as Industry: Towards Gulags: Western Style*, London–New York 2000; tenże: *Granice cierpienia*, Warszawa 1991; tenże, *Dogodna ilość przestępstw*, Warszawa 2004.

²⁷ Pięknie przetworzył tę Ulpianowską sentencję A. Frycz-Modrzewski: „Sprawiedliwość jest ostoją mocy i trwałości Rzeczypospolitej”. Ta inskrypcja umieszczona jest na froncie (od strony alei Solidarności) Sądu Okręgowego w Warszawie.

²⁸ Zob. *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce*, red. Z. Sienkiewicz, R. Kokot, Wrocław 2009.

²⁹ Zob. *Media a opinie i postawy społeczne*, red. Z. Pucek, J. Bierówka, Kraków 2011, s. 50–55.

Nie mam wątpliwości, że niektóre fundamentalne założenia prawa karnego, bez których runąłby gmach sprawiedliwości karnej, są jak złote samorodki znajdowane nad rzeką Klondike. Na przykład: w prawie karnym zasada czynu i zasada winy zachowały swój szlachetny blask. Chyba też wciąż istotą wymiaru sprawiedliwości karnej jest wymierzanie kary adekwatnej do stopnia zawinienia sprawcy czynu zabronionego, zgodnie z zasadą kardynalną *nulla poena sine culpa*. Zręby tej sprawiedliwości tworzą też pozostałe zasady kardynalne: *nulla poena sine lege* oraz *nullum crimen sine lege poenali anteriori*. Nie mam też wątpliwości, że te dwie ostatnie zasady wpisują się w istotę praworządności karnej, przerzucając pomost między zasadą sprawiedliwości i zasadą praworządności. Musimy jednak pamiętać, że pomost ten może okazać się nie tyle wątlą, co bardzo zwodniczą konstrukcją, jeżeli przypomnimy sobie stanowisko G. Radbrucha wyrażone w artykule „Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo” (1946). Stanowiska tego nie można lekceważyć, jak sądzę należy je zaakceptować i przyjąć za Radbruchem, iż kryterium oceny prawa pozytywnego jest właśnie sprawiedliwość. Powoduje to oczywisty dyskomfort dla każdego, kto zajmuje się dogmatyką prawa karnego, bo dopuszcza sytuację w której prawo pozytywne (ustawa) może być uznane za nieobowiązujące na skutek jego rażącej sprzeczności z zasadą sprawiedliwości³⁰. Formule Radbrucha³¹ (*lex iniustissima non est lex*) podobna jest sformułowana dużo wcześniej przez św. Augustyna teza, iż prawo niesprawiedliwe (niesłuszne) nie jest prawem (*lex iniusta non est lex*). Najczęściej za kryterium oceny sprzeczności z zasadą sprawiedliwości przyjmowano tzw. prawo natury (naturalne) lub uniwersalne normy moralne. Argumentacja prawnonaturalna miała przy tym zwykle antypozytywistyczny charakter. Jednak naiwnością byłoby sadzić, iż „wzorzec” sprawiedliwości ma charakter odwieczny i niezmienny. Treść zasady sprawiedliwości jest zmienna, zależy od czasu i miejsca, od systemu społeczno-politycznego, poziomu rozwoju cywilizacyjnego, a nawet od treści prawa pozytywnego³². Istota i treść sprawiedliwości nie są możliwe do opisania jedynie za pomocą refleksji filozoficznej.

Prawidłowością historyczną jest to, iż do napięć (konfliktów) między zasadą sprawiedliwości i zasadą praworządności dochodzi zwykle w okresach przesileń społeczno-politycznych, którym towarzyszą zmiany (przekształcenia) ustrojowe i destabilizacja, a nawet likwidacja dotychczasowego systemu społeczno-prawnego. Tak działo się po drugiej wojnie światowej w Niemczech w związku z denazyfikacją i procesami niemieckich zbrodniarzy wojennych, po zburzeniu Muru Berlińskiego w związku z dekomunizacją i procesami tzw. strzelców przy

³⁰ Zob. G. Radbruch, *Filozofia prawa*, Warszawa 2009.

³¹ „Formułą Radbrucha” posługuje się doktryna na nazwanie teorii sformułowanej na podstawie opublikowanych przez Radbrucha trzech artykułów: *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, *Pięć minut filozofii prawa i Ustawa i prawo*. Zob. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha – geneza, treść, zastosowanie*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 6; tenże, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

³² Por. L. Petrażycki, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, Warszawa 1959.

Murze Berlińskim (*Mauerschutzen-Urteil*)³³, i np. w Polsce po zmianie ustrojowej z 1989 r.³⁴, w związku m.in. z ustawodawstwem stanu wojennego. Co więcej, wskutek tych napięć, formułowane bywa specyficzne pojęcie sprawiedliwości transformacyjnej, wynikającej z przeobrażeń ustrojowych i związanej z nimi zmianą paradygmatu sprawiedliwości w systemie prawnym³⁵.

Sprawiedliwość, nie tylko w prawie karnym, bardzo często jest traktowana, jak już wyżej wspomniałem, jako swego rodzaju wzorzec, na podobieństwo wzorca metra czy też sekundy i projektowane lub funkcjonujące w prawie rozwiązania do takiego wzorca są często porównywane. Z tą wszakże różnicą, że wzorce metra i sekundy mają być rzeczywiste (fizyczny i bardzo precyzyjny), natomiast wzorzec sprawiedliwości ma wyłącznie być idealny, nieprecyzyjny i dużo bardziej zależny od kontekstu społeczno-kulturowego, a przez to zmienny³⁶. Co więcej, współcześnie bywa kwestionowane nawet istnienie jednej formuły sprawiedliwości jako punktu odniesienia.

Wprawdzie w niektórych ujęciach sprawiedliwość jest identyfikowana jako postępowanie zgodne z prawem (na co zresztą wskazuje m.in. polska etymologia tego słowa), jednak utożsamianie zasady sprawiedliwości z zasadą praworządności, która to właśnie zasada wymaga zgodnego z prawem postępowania, byłoby błędem. Formułując to stwierdzenie, zdaję sobie sprawę z pewnego uproszczenia polegającego na pominięciu złożonego zagadnienia wzajemnych relacji między ustawą i prawem (łac. *lex i ius*, niem. *Gesetz i Recht*). Oczywisty związek między prawem i sprawiedliwością można chyba ująć w ten sposób, iż ostatecznym celem prawa jest właśnie sprawiedliwość.

Wymiar sprawiedliwości karnej, podobnie jak samo prawo karne, może być rozpatrywany w płaszczyźnie (ujęciu) materialnej i formalnej. Normatywnym wyrazem takiego rozróżnienia są przede wszystkim przepisy kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego. Jestem przekonany, że sprawiedliwość formalna, czyli proceduralna ma nie mniejsze znaczenie co sprawiedliwość materialna. Mając za sobą nie tylko pracę dydaktyczną i naukową, ale i doświadczenie praktyczne dotyczące przebiegu postępowania przed sądem karnym dochodzę do wniosku, że wtedy gdy przestępstwo zostanie już popełnione, sprawiedliwość proceduralna ma nawet większe znaczenie niż jej materialna strona. To, w jaki

³³ Zob. J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa*, Warszawa 2008.

³⁴ Dobrym przykładem próby rozwiązania takiego konfliktu i oddania sprawiedliwości skazanym zgodnie z prawem jest ustawa z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego (Dz. U. Nr 34, poz. 149) dotycząca orzeczeń wydanych między 1 stycznia 1944 r. a 31 grudnia 1989 r.

³⁵ Zob. R.G. Teitel, *Transitional justice*, Oxford 2000; T. Snarski, *Sprawiedliwość transformacyjna, filozofia prawa i rozliczanie przeszłości przez demokratyczne państwo prawa*, „Pamięć i Sprawiedliwość” 2010, nr 2, s. 211–228.

³⁶ Fizyczne wzorce miar i wag też podlegają zmianie, jednak stają się one po prostu coraz bardziej precyzyjne. Kiedyś np. wzorzec metra był wykonany z platyny i irydu i przechowywany w Sevres k. Paryża, obecnie przyjmuje się, że jest to odległość, jaką pokonuje światło w próżni w czasie 1/299 792 458 s.

sposób postępowanie jest prowadzone, wpływa w nie mniejszym stopniu na ocenę wymiaru sprawiedliwości karnej niż ostateczne rozstrzygnięcie (wyrok)³⁷.

Biorąc powyższe pod uwagę można stwierdzić, że istnieje rewolucyjna wręcz zmiana w kodeksie postępowania karnego, która weszła w życie 1 lipca 2015 r. Z tym dniem został zmieniony m.in. art. 2 k.p.k., najważniejszy jeżeli chodzi o określenie celów postępowania karnego, a pośrednio również celów całego wymiaru sprawiedliwości karnej. Przez kilkadziesiąt lat (dokładnie 45), zgodnie z brzmieniem art. 2 § 1 pkt. 1 k.p.k., przepisy kodeksu postępowania karnego miały na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby: „sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności” (zasada trafnej reakcji karnej). Wcześniej identyczne brzmienie miały odpowiednie postanowienia k.p.k. z 1969 r. Po zastosowanej zmianie chodzi już tylko o to, by „osoba, której nie udowodniono winy, nie poniosła tej odpowiedzialności”. Było: „niewinna”; jest: „nie udowodniono winy”. Pomimo wielu krytycznych opinii, w tym Rady Legislacyjnej i Rządowego Centrum Legislacji, przeprowadzono zmianę (tak radykalne działanie dotyczące modelu postępowania wymagało zmiany przeszło 200 przepisów k.p.k., w tym jednego z kluczowych dla postępowania dowodowego art. 167 k.p.k.), która wraz z deklarowanym celem zwiększenia kontrydiktoryjności procesu karnego rodzi wątpliwości co do możliwości realizacji zasady sprawiedliwości i prawdy materialnej. Na czym polega finalne niebezpieczeństwo wprowadzonych zmian? Czy na tym, że osoba niewinna zostanie skazana? Nie, przeciwnie, w konsekwencji wprowadzonych zmian zwiększa się niebezpieczeństwo tego, że uniewinniony zostanie sprawca przestępstwa³⁸. Jeżeli nawet tak się zdarzy, to w pełni zgadzam się z M. Cieślakiem, który twierdził, iż „większym złem społecznym jest ukaranie osoby niewinnej niż bezkarność osoby winnej”³⁹.

Kluczowe jest tu brzmienie art. 167 k.p.k., który aktualnie znakomicie ogranicza sądowni możliwość prowadzenia z urzędu postępowania dowodowego. Trochę paradoksalnie, ale w konsekwencji na poziomie ustawy wzmocniono konstytucyjną zasadę domniemania niewinności. Każdego roku w Polsce wyroki uniewinniające zapadają w niej więcej niż 2,5% wszystkich osądzonych spraw (3% nie przekracza liczba umorzonych postępowań; 5,5% liczba warunkowych umorzeń). Skazania to finał prawie 90% wszystkich spraw karnych. Już chociażby z tego powodu nie podzielam obaw co do „zalewu uniewinnień”. Zwrot w kierunku zwiększenia kontrydiktoryjności należy ocenić pozytywnie: im więcej kontrydiktoryjności tym więcej sprawiedliwych wyroków⁴⁰.

³⁷ Zob. J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.

³⁸ Na temat możliwych skutków tejże nowelizacji dla ustalenia prawdy materialnej w procesie karnym zob. J. Duży, *Zasada prawdy w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 5, s. 61–70.

³⁹ Zob. M. Cieślak, *Dzieła wybrane*, t. 2: *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Kraków 2011, s. 174.

⁴⁰ Zob. M. Cieślak, *Dzieła wybrane*, t. 1: *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2011.

Wielkie nadzieje, a nawet przekonania, lokowane są niekiedy w tzw. sprawiedliwości naprawczej⁴¹, mającej być, według niektórych, alternatywą dla sprawiedliwości retributywnej. Sprawiedliwość naprawcza odwołuje się przede wszystkim do rozwiązywania konfliktu między sprawcą i ofiarą, poprzez zadośćuczynienie i ugode, a jej głównym instrumentem jest mediacja⁴². Najczęściej pomija się przy tym fakt, że konflikt między sprawcą i ofiarą nie ma charakteru ściśle prywatnego. Zwykle jest jak najbardziej publiczny, powoduje nie tylko stan napięcia między dwoma stronami, ale narusza także bezpieczeństwo prawne całego społeczeństwa. Nie można mówić o przywróceniu naruszonego ładu i uzdrowieniu konfliktu (np. poprzez klasyczną trójstronną mediację z udziałem obu stron i mediatora), tracąc szerszą perspektywę, która obejmować musi tak szeroki krąg podmiotów, że nawet żadna konferencja czy też tzw. krąg, które ma teoretycznie do zaoferowania sprawiedliwość naprawczą, nie są w stanie ich objąć.

Swoista światowa „kariera” mediacji, jako sposobu na uzdrowienie wymiaru sprawiedliwości karnej, rozpoczęła się w latach 80. XX w. Do polskiego systemu prawa karnego została wprowadzona w kodyfikacjach karnych uchwalonych w 1997 r. Należy przy tym pamiętać, że mediacja (postępowanie mediacyjne) nie jest żadną alternatywą dla postępowania karnego, takiej możliwości po prostu nie ma⁴³. Mediacja jest częścią (elementem) postępowania karnego i odbywa się w jego ramach. Jest przy tym elementem obowiązkowym od czasu wstąpienia Polski do Unii Europejskiej, zgodnie z art. 10 decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej (2001/220/WSiSW) z 15 marca 2001 r. w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym. Na poziomie europejskim dokumentem o największym znaczeniu dla postępowań mediacyjnych, zawierającym międzynarodowe standardy tych postępowań, jest Rekomendacja Nr R (99) 19 Komitetu Ministrów [Rady Europy] dla Państw Członkowskich o mediacji w sprawach karnych (przyjęta przez Komitet Ministrów 15 września 1999 r.)⁴⁴.

W dyskursie dotyczącym tego zagadnienia brakuje odwagi, by jasno powiedzieć, że *restorative justice* to raczej „złoto głupców” niż szlachetny kruszec (użyteczny, ale złota nie zastąpi). Jaki jest bowiem definitywny koniec zakończonej z powodzeniem mediacji? Zwykle będzie to m.in. orzeczenie kary grzywny albo kary ograniczenia wolności zamiast kary pozbawienia wolności do lat 5 (art. 58 § 3 k.k.), orzeczenie środka karnego zamiast kary (art. 59 § 1 k.k.), nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 60 § 2 pkt 1 k.k.) albo warunkowe umorzenie postępowania (np. art. 66 § 3 k.k.) – czyli stosowane od dawna klasyczne środki reakcji karnej.

⁴¹ Zob. *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, red. M. Fajst, M. Płatek, Warszawa 2005; W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza – początek ewolucji polskiego prawa karnego*, Gdańsk 2006.

⁴² Zob. W. Zalewski, *Mediacja w polskim prawie karnym – teoria i praktyka*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 6.

⁴³ Jedynie w sprawach ściganych z oskarżenia prywatnego mediacja jest alternatywą dla obowiązkowego posiedzenia pojednawczego.

⁴⁴ Archiwum Kryminologii, Warszawa 1999–2000, t. 25, s. 228–243.

Wyrażane niekiedy aspiracje sprawiedliwości naprawczej do tego, by nie tylko być uzupełnieniem, ale i alternatywą dla sprawiedliwości retrybtywnej, a nawet zapowiadające wchłonięcie albo koniec tej ostatniej, doskonale podsumowuje przysłowie: „Konia kują, a żaba nogę podstawia”. Pytanie „Czy sprawiedliwość naprawcza jest alternatywą dla sprawiedliwości retrybtywnej?” nie jest pytaniem ważnym, jest pytaniem naiwnym. O ile klasyczna sprawiedliwość retrybtywna mogłaby się obejść i funkcjonować bez uwzględniania instrumentów oferowanych przez tzw. sprawiedliwość naprawczą, o tyle ta ostatnia bez całego instrumentarium sprawiedliwości retrybtywnej w praktyce po prostu nie istnieje i pozostaje jedynie konstruktem teoretycznym.

Dość rzadko albo nigdy w polskich opracowaniach dotyczących sprawiedliwości naprawczej podawane są liczby wskazujące na rzeczywiste rozmiary mediacji w Polsce. Można mówić oczywiście o oszałamiającym wzroście, porównując dane z 1998 r. (w tym roku przeprowadzono pierwsze mediacje) z tymi z 2012 r. W roku 1998 załatwiono bowiem w drodze mediacji 10 (dziesięć) spraw w sądach powszechnych, z czego 7 zakończyło się ugodą, a 3 jej brakiem, a w 2012 r. w drodze mediacji zakończono aż 3252 postępowania, z czego do zawarcia ugody doszło w 2251 sprawach, a brakiem ugody zakończono 874 spraw (127 spraw zakończono w inny sposób)⁴⁵. Dużo to czy mało? Wzrost liczby spraw w okresie kilkunastu lat jest oczywisty, jednak trudno liczyć, że tak będzie w przyszłości. Maksimum spraw zakończonych mediacją, w postępowaniu przed sądem, przypada na 2006 r. (5052), w ostatnich latach liczba mediacji utrzymuje się na stałym poziomie i nie przekraczała 4000 rocznie w latach 2008–2012. Jeżeli chodzi o postępowanie mediacyjne w powszechnych jednostkach prokuratury (na podstawie art. 23a k.p.k.), to w 1998 r. były 2 (dwa) postępowania mediacyjne, a w 2010 r. w wyniku postępowania mediacyjnego zakończono w prokuraturze 1326 spraw (do ugody doszło w 960 sprawach). W sprawach nieletnich sprawców czynów karalnych w 2002 r. przeprowadzono 40 postępowania mediacyjnych, a w 2010 – 340 (75% zawartych ugód). Co ciekawe, w sprawach cywilnych i gospodarczych postępowania mediacyjnych jest jeszcze mniej niż w sprawach karnych (np. w sprawach cywilnych, w 2010 r., łącznie we wszystkich sądach było 2196 postępowania mediacyjnych). Zapewne można jeszcze w sferze normatywnej i praktycznej zrobić wiele, by spowodować zwiększenie tej liczby, jednak na pewno nie można liczyć na to, że będzie to np. kilkadziesiąt tysięcy spraw rocznie zakończonych mediacją (udaną lub nie).

Z czego to wynika? Jak sądzę z naturalnych ograniczeń wpisanych w mediację i pozostałe instrumenty tzw. sprawiedliwości naprawczej. Mediacja sprawdza się najczęściej jako uzupełniający (dodatkowy) sposób zakończenia postępowania karnego jedynie w przypadku popełnienia określonych typów czynów zabronionych, a zwłaszcza takich, jak: bójki i pobicia (art. 158 k.k.), uszkodzenie ciała (art. 157 k.k.), groźby karalne (art. 190 k.k.), zmuszanie do określonego za-

⁴⁵ Na podstawie danych Ministerstwa Sprawiedliwości.

chowania (art. 191 k.k.), przestępstwa przeciwko mieniu (art. 278, 279, 284, 286 i 288 k.k.), zniesławienie (art. 212 k.k.), zniewaga (art. 216 k.k.), naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.), znęcanie się (art. 207 k.k.).

Dodatkowo spełnionych powinno być szereg warunków, m.in.: 1) musi istnieć i być ujawniony pokrzywdzony, 2) sprawca nie był wielokrotnie karany, 3) strony nie powinny być pozbawione wolności w tej lub innej sprawie, 4) nie występuje wielość sprawców i pokrzywdzonych, 5) okoliczności sprawy nie budzą wątpliwości⁴⁶. Ze względów oczywistych nie we wszystkich przypadkach mediacja jest możliwa. Na przykład należy ją całkowicie wykluczyć w odniesieniu do występku znęcania się nad zwierzętami, łapówkarstwa, handlu narkotykami czy też posiadania broni palnej bez zezwolenia.

W pierwszej dekadzie XXI w. każdego roku było w Polsce w sądach powszechnych w sprawach karnych nie mniej niż 400 000 wyroków skazujących. Tym samym postępowania zakończone w wyniku mediacji stanowią ok. 1% wszystkich prawomocnie zakończonych spraw karnych. Po prawie 20 latach od momentu jej wprowadzenia, mediacja i sprawiedliwość naprawcza nie są już eksperymentem, ani nowością w polskim prawie karnym. Stały się jego trwałym elementem, jednym z kilkunastu form reakcji karnej na popełniony czyn zabroniony. Miejsce instrumentów sprawiedliwości naprawczej w systemie polskiego prawa karnego jest trwałe i ważne. Nie powinno jednak towarzyszyć temu deprecjonowanie sprawiedliwości retributywnej, która tak jak kiedyś, tak i obecnie bierze na siebie główny ciężar walki z przestępczością. W dającej się przewidzieć przyszłości nic się diametralnie nie zmieni. Nadal kara będzie stanowiła dominującą formę reakcji karnej na przestępstwo, a spośród kar wiodące będą te, które polegają na pozbawieniu wolności. Jako ciekawostkę jedynie podam, że po wpisaniu do Internetowej wyszukiwarki Google słowa „kara” otrzymujemy ok. 183 000 000 odesłań, a wpisując, wydawałoby się najbardziej popularne wśród internautów hasło „seks”, odesłań tych otrzymujemy „zaledwie” ok. 135 000 000 – czyli prawie 50 milionów mniej.

E. Bienkowska, zgadzając się ze sformułowaną wyżej tezą o małym znaczeniu praktycznym mediacji, zwraca też słusznie uwagę na to, że „Należy się jednak do niej odwoływać z dużą rozważą, nie jest ona bowiem sposobem uniwersalnym, mogącym mieć zastosowanie w każdym przypadku”⁴⁷. W związku ze sprawiedliwością naprawczą można podnosić szereg innych wątpliwości, zadawać pytania np. o to, czy bardziej ma ona charakter materialny czy proceduralny? czy ważniejszy jest sposób rozwiązywania konfliktu przez mediację, czy może uzyskanie satysfakcjonującego obie strony konfliktu wyniku? Ze względu na charakter i ramy tego opracowania nie sposób odnieść się do tych kwestii, poprzestając na sygnalizacji problemu i odesłaniu do innych tekstów⁴⁸. Sam często sięgam pamięć-

⁴⁶ Zob. A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym*, Warszawa 2011.

⁴⁷ E. Bienkowska: *op. cit.*, s. 15–16.

⁴⁸ W szczególności zob. M. Królikowski, *Sprawiedliwość retributywna wobec sprawiedliwości naprawczej*,

cią do jednego z wysłuchanych przeze mnie wykładów mojego Mistrza M. Cieślaka⁴⁹, na którym ten zdecydowany zwolennik kary celowościowej stwierdził, iż w przypadku możliwego przecięż konfliktu między zasadą sprawiedliwości, a pozostałymi zasadami i celami prawa karnego, w tym z celem prewencyjnym i kompensacyjnym (restytucyjnym albo naprawczym), pierwszeństwo należy oddać sprawiedliwości.

Fakty są takie, jak je wyżej przedstawiono, i żadne zaklinanie rzeczywistości, żadne wieszczona końca retributywizmu tego nie zmieniają. Powód tej mało satysfakcjonującej tendencji (bowiem im mniej prawa karnego i kar tym lepiej) i braku podatności systemu prawa karnego na zmiany o charakterze rewolucyjnym jest chyba dość prosty. W centrum zainteresowania prawa karnego jest człowiek, który najmniej jest podatny na wszelkie zmiany. Ludziom od wieków towarzyszą te same emocje i uczucia, wyzwalające te same zachowania, powielane w kolejnych pokoleniach. Żadna inżynieria społeczna nie doprowadzi do tego, że ludzie przestaną popełniać przestępstwa, a socjologiczna diagnoza rzeczywistości społecznej jednocześnie potwierdza, że ludzie – tak jak w przeszłości – łakną i łaknąć będą sprawiedliwości. A w razie wątpliwości: *In dubio pro iustitia (nec pro lex)*.

Jarosław Warylewski

KLONDIKE OR THE FOOL'S GOLD OF CRIMINAL JUSTICE?

The article is devoted to criminal justice in Poland. It has a fragmentary and multi-thread nature. The Author aims to define the notion of justice both at the level of general law and criminal law through the prism of philosophy, symbolism and even myths.

The system of criminal justice is not limited to imposing penalties. It already starts at the stage of criminological diagnosis of social reality, includes drafting and enacting legal provisions concerning the rules of liability, the types of criminal offenses, the measures of criminal response (not just penalties), the procedure for implementing these provisions, the course of the criminal trial from criminal investigations to final judgments. It usually ends at the stage of execution of the imposed penalties, punitive measures, compensatory safeguards and probation. An important issue is the international criminal justice system, in particular in the form of permanent and temporary (ad hoc) tribunals. However, as relatively separate the latter issue has not been discussed in the article.

The Author has presented the paradigm of criminal justice and related questions: retributive justice and restorative justice. The Author refers to the constitutional principles

[w:] J. Kochanowski (red.) „IUS ET LEX” 2006, nr 1, Współczesny retributywizm. Powrót kary sprawiedliwej”.

⁴⁹ Wykłady kursowe z prawa karnego na WPIA UG w roku akademickim 1983/1984. Zob. też M. Cieślak, *Kara. Istota–Cel–Uzasadnienie*, Gdańsk 2010, s. 88.

of criminal law and the understanding of the so called "sentencing directives". The importance of the public's sense of justice and the possibility of its empirical testing have been also pointed out.

Finally, the Author has presented and evaluated some of the solutions introduced in the amendment of criminal codification adopted on 1 July 2015.

