



Wojciech Zalewski

Uniwersytet Gdański

## SPRAWIEDLIWOŚĆ „SPRAWIEDLIWOŚCI NAPRAWCZEJ”

Pisanie o sprawiedliwości nie jest proste, gdyż jest to pojęcie złożone, obarczone ogromnym ładunkiem emocjonalnym, mające „bogatą aurę skojarzeniową”<sup>1</sup>. Zajmowanie się nim jest jednak zrozumiałe samo przez się. Nie bez powodu wielu filozofów uznaje, że sprawiedliwość jest najważniejszym elementem stosowania prawa. Związek sprawiedliwości z prawem jest ewidentny nawet na poziomie semantycznym i to w wielu językach. W łacinie *ius* to prawo, a derywat – *iustitia* to sprawiedliwość, gdzie *ius* jest podstawą słowotwórczą. Podobnie w języku niemieckim *Gerechtigkeit* – sprawiedliwość pochodzi od *Recht* – prawo. Również polskie pojęcie *sprawiedliwości* ma w swej podstawie *prawo*<sup>2</sup>.

Sprawiedliwość jest uznawana za naczelną zasadę prawa, w tym prawa karnego. M. Cieślak wskazywał nie bez racji, choć nieco tautologicznie, że sprawiedliwość to dyrektywa społeczna nakazująca postępować sprawiedliwie. Mówiąc o dyrektywie społecznej miał na myśli tę okoliczność, iż jej treść daleko wykracza poza granice prawa i odnosi się do szeroko pojętej moralności. M. Cieślak starał się usunąć tautologiczność proponowanej przez siebie definicji wyjaśniając, że „sprawiedliwie” znaczy „zgodnie ze społecznym poczuciem sprawiedliwości”. Zabieg ten miał sprowadzić zasadę sprawiedliwości „na ziemię”. We współczesnym prawie karnym, argumentował M. Cieślak, nie chodzi o sprawiedliwość w jakimś absolutnym, metafizycznym znaczeniu, ale o to, co dane społeczeństwo uważa za sprawiedliwe. Poglądy i odczucia społeczne są zjawiskami, które można zmierzyć<sup>3</sup>.

Intuicyjnie rzecz ujmując, z M. Cieślakiem można się zgodzić, jednak bliższa analiza prowadzi do wniosku, że autor odsyła czytelników pod pusty adres. „Mierzalność” odczuć społecznych na temat sprawiedliwości jest przecież wątpliwa.

<sup>1</sup> Por. M. Ossowska, *Normy moralne. Próba systematyzacji*, Warszawa 1970, s. 138 i n.

<sup>2</sup> Por. J. Woleński, *Prawo i sprawiedliwość*, [w:] *Okolice filozofii prawa*, Kraków 1999, s. 130 i n. Oczywiście, wyprowadzanie stąd jakichś generalizacji jest nieuprawnione, gdyż inaczej jest np. w języku włoskim, francuskim i angielskim, gdzie sprawiedliwość – odpowiednio: *giustizia*, *justice*, *justice* nie pochodzi od słowa prawo; odpowiednio: *diritto*, *droit*, *right*.

<sup>3</sup> Por. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 126 i n.

Jak bowiem uśrednić indywidualne przeświadczenia na ten temat? Na pewno nie jest w stanie zrobić tego sąd, przygotowując swe rozstrzygnięcie w konkretnej sprawie. Sędzia nie prowadzi badań ankietowych, a tym bardziej nie uśrednia ich wyników. Cieślak jest zresztą świadom ograniczeń praktycznych swojego ujęcia. Wskazuje, że społeczne poczucie sprawiedliwości nie funkcjonuje tak precyzyjnie iżby określało jednoznacznie każde zachowanie jako sprawiedliwe albo niesprawiedliwe. Co więcej, oceny indywidualne mogą być tak zróżnicowane, że nie da się ustalić oceny przeciętnej, która byłaby zarazem dominująca w danym społeczeństwie. Cieślak ostatecznie stawia na program minimum: „społeczne poczucie sprawiedliwości wskazuje nam niektóre zachowania jako sprawiedliwe i chyba częściej jeszcze inne – jako niesprawiedliwe”. Wszystko pomiędzy, Cieślak nazywa „strefą tolerancji”<sup>4</sup>.

W ujęciu cieślakowym antonimowa oś sprawiedliwość – niesprawiedliwość ujawnia się w wypadkach skrajnych. Zastanawia obszerna, pozostawiona niejako sama sobie, środkowa „strefa tolerancji”, czyli strefa „indyferentna” sprawiedliwościowo. Oczywiście pogląd taki nie jest odosobniony. Podobnie na przykład A. Kaufmann przyjmował, że w odniesieniu do sprawiedliwości „w zasadzie możliwa jest jedynie fałsyfikacja, czyli uznanie, że coś po prostu jest niesprawiedliwe”<sup>5</sup>. Takie zapatrywanie ma, mówiąc oględnie, wyraźnie ograniczony zasięg eksplikatywny. Potrzebne jest ujęcie sprawiedliwości przydatne nie tylko w trudnych, skrajnych przypadkach, ale skrojone na codzienną praktykę sądową i prawną.

Socjologowie prawa od dawna zwracają uwagę nie tylko na to, że bez sprawiedliwości prawo jest „martwym wrakiem”, lecz również na społeczne skutki niesprawiedliwości<sup>6</sup>. A. Podgórecki przyznawał co prawda, że nie we wszystkich sprawach społeczne minimum potrzeby sprawiedliwości można dokładnie określić choćby dlatego, że niektóre grupy społeczne mają konfliktowo-przeciwstawne wyobrażenia dotyczące tego, co jest sprawiedliwe i słuszne. Przestrzegął jednak, że jeśli ogólna potrzeba społecznego ładu i sprawiedliwości zacznie być naruszana w sposób poważny, to „wzmaga się z konieczności tendencja do rozbudowywania aparatu kontroli, która wzmacnia nacisk wpływający na wywoływanie zaleceń prawa oraz pojawia się tendencja do powstawania instytucji z punktu widzenia prawnego samorodnych instytucji pozaprawnych, które następnie zaczynają spełniać rolę od prawa oczekiwaną”<sup>7</sup>. Mówiąc nieco inaczej – bez minimum sprawiedliwości rosną koszty. Nie tylko ekonomiczne, związane z rozbudowywaniem aparatu kontroli i opresji, wymuszającego przestrzegania „niesprawiedliwego” prawa, ale również społeczne, zwłaszcza w postaci spad-

<sup>4</sup> Tamże, s. 128.

<sup>5</sup> A. Kaufmann, *Theorie der Gerechtigkeit: Problemgeschichtliche Betrachtungen*, Hermann Luchterhand Verlag 1984, s. 29.

<sup>6</sup> Tak rzecz obrazowo ujmował M. Cieślak, *Polskie prawo...*, s. 127.

<sup>7</sup> Por. A. Podgórecki, *Socjologia prawa*, Warszawa 1962, s. 105.

ku zaufania do państwa i tego, że ludzie są gotowi działać sami – brać sprawy w swoje ręce.

Założenia M. Cieślaka o sprawiedliwości, jako dyrektywie społecznej oraz konieczności poszukiwania społecznej akceptacji dla orzeczeń sądowych są generalnie trafne. Jak wskazano, z powodów praktycznych nie przystają jednak w pełni do obecnego modelu prawa karnego. Cieślak w swym podejściu odrzucał niemal programowo sprawiedliwość w „jakimś absolutnym, metafizycznym znaczeniu”. Wydaje się jednak, że warto cofnąć się o ten metafizyczny krok w dyskusji, aby nabrać właściwej perspektywy.

Czy dotychczasowe urządzenie prawa karnego jest dostateczne i trafne? A co jeśli nie? John Rawls słusznie wskazuje, że sprawiedliwość jest pierwszą cnotą instytucji społecznych. Jest cnotą tak samo doniosłą jak prawda w nauce. Podobnie jak każdą teorię naukową należy odrzucić, jeśli nie jest prawdziwa, tak instytucję społeczną należy zrewidować, a w skrajnym przypadku znieść, jeśli jest ona niesprawiedliwa. Stać się tak powinno nawet wtedy, gdyby dana instytucja społeczna charakteryzowała się sprawnością działania i dobrą organizacją<sup>8</sup>.

Współczesny model prawa karnego ufundowany jest na klasycznych założeniach idealizmu niemieckiego. Czołowy przedstawiciel tego nurtu, niemiecki filozof G.W.F. Hegel, twierdził przewrotnie, że kara zawiera w sobie własne prawo przestępcy do bycia ukaranym. Co więcej: ukaranie sprawcy jest formą okazania przestępcy czci jako istocie rozumnej. Hegel widział karę jako gwałt na przestępcy, które to pogwałcenie jest „sprawiedliwe samo w sobie; jako sprawiedliwe jest ono zarazem wolą samą w sobie przestępcy, jest istnieniem jego wolności, jego prawem. Jest ono prawem przestępcy samego, tzn. założonym w jego istniejącej woli, w jego działaniu”<sup>9</sup>. Dla Hegla przestępstwo sprzeciwia się emanacji najwyższej istoty pojmowanej panteistycznie i nazywanej absolutem. W jego pojęciu kara jest negacją negacji, jaką jest przestępstwo. Pisał: „przestępstwo jako wola, która sama w sobie jest nicością, zawiera w sobie unicestwienie, które przejawia się jako kara”<sup>10</sup>.

Hegel był jedynym przedstawicielem niemieckiego idealizmu XIX w., który stworzył szkołę filozoficzną. Jego spekulatywny system filozoficzny miał obiektywny charakter i układał się w wyraźny schemat. Popularność Hegla znacznie przewyższała popularność drugiego czołowego idealisty niemieckiego, a zarazem fundatora klasycznego myślenia w prawie karnym – Immanuela Kanta<sup>11</sup>.

Poglądy Kanta na karę i jej sprawiedliwy wymiar omawia się zazwyczaj eksponując idealistyczne założenie postulatów rozumu praktycznego, który domaga się (kategoryczny imperatyw), żeby po przestępstwie następowała kara. Kant

<sup>8</sup> Por. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, s. 13.

<sup>9</sup> G.W.F. Hegel, *Zasady filozofii prawa*, Warszawa 1969, s. 108.

<sup>10</sup> Tamże, s. 110.

<sup>11</sup> Por. W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii. Tom drugi. Filozofia nowożytna do roku 1930*, Warszawa 1990, s. 217.

podkreślał jednocześnie wysokie znaczenie jednostki ludzkiej, z którego płynie zakaz wykorzystywania karania do innych celów niż odplata<sup>12</sup>. Kant był idealistą. U Kanta państwo jest instytucją moralną (prawną i cnotliwą), a nadto instytucją rozumną, posiadającą zdolność postępowania rozumnego, a więc również zdolność sądenia według wymagań rozumu. Dla Kanta państwo jest tym, kto nie tylko doznał krzywdy wyrządzonej przez przestępstwo, ale także tym, który zdolny jest ocenić wielkość tej krzywdy. Kant był zwolennikiem sprawiedliwości bezwzględnej, bowiem bez sprawiedliwości istnienie ludzi na ziemi nie miałyby żadnej wartości<sup>13</sup>. Kantowski rozum praktyczny domaga się ukarania każdego przestępstwa<sup>14</sup>.

Oparta na założeniach idealizmu niemieckiego szkoła klasyczna, co powszechnie wiadomo dominowała co najmniej do lat 70. XIX w. Twierdzono nawet wówczas, że dalszy rozwój prawa karnego nie jest już możliwy. Sławny dogmatyk Francesco Carrara, profesor Uniwersytetu w Pizie, w wykładzie inauguracyjnym w 1873 r. przekonywał swych studentów, by w badaniach zajmowali się raczej prawem karnym procesowym, a nie materialnym, albowiem w tym ostatnim „niewiele już zostało do dodania do tego, co powiedzieli nasi ojcowie”<sup>15</sup>.

Potem przyszło załamanie. I odwrót od idealizmu w stronę empiryzmu, nie tylko w filozofii, ale również w prawie. Pojawił się C. Lombroso ze swoim *L'uomo delinquente*<sup>16</sup>, a wraz z nim włoska szkoła pozytywna. Myśl Lombroso, jak pisał o nim założyciel niemieckiej *Moderne Schule* F. von Liszt, była jak dzwon przebudzenia z klasycznego letargu, w którym znajdowała się myśl prawnicza. Przed Lombroso myśl prawników skupiała się wokół analizy dogmatycznej, po nim wypłynęła na szerokie wody naukowe<sup>17</sup>. Założenia klasyczne były w odwrocie. Obok kar pojawiły się środki zabezpieczające, orzekane niezależnie od winy sprawcy, kary względnie nieokreślone, potem środki dla niepoprawnych przestępców. Nowych środków było tak wiele, że *sprawiedliwość*, klasycznie rozumiana w prawie karnym, stała się „towarem” deficytowym. Doszło do tego, że już na początku XX w. zaczęto kwestionować nazwę „prawo karne”, gdyż stała się nieadekwatna. Niemal dokładnie wiek temu, J. Makarewicz stwierdzał, że: „nazwa

<sup>12</sup> Por. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Lwów–Warszawa 1924, s. 24–25. Na podstawie I. Kant, *Die Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797.

<sup>13</sup> Dosłownie: „Wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen leben auf Erden”, *Die Metaphysik der Sitten*. 1797, s. 332.

<sup>14</sup> Por. szerzej E. Krzymuski, *Teoria karna Kanta ze stanowiska jego ogólnej nauki o rozumie praktycznym*, [w:] *Dzieła wybrane Edmunda Krzymuskiego z przedmową Jana Widackiego*, t. 2, Kraków 2013, s. 60 i n, 88 i n.

<sup>15</sup> F. Carrara, „*Il diritto e la procedura penale*”, [w:] *Opuscoli di diritto criminale*, 1874, t. 5, s. 39, cyt. za L. Radzinowicz, *In Search of Criminology*, Harvard University Press., Cambridge, 1962 r., s. 1.

<sup>16</sup> C. Lombroso, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, Torino 1876, (przekł. Człowiek – zbrodniarz – zbrodniarz w stosunku do antropologii, jursprudencji i dyscypliny więziennej. Zbrodniarz urodzony, obłąkaniec zmysłu moralnego, t. 1–2, 1891, t. 3, 1892).

<sup>17</sup> Por. szerzej W. Zalewski, *Przestępca „niepoprawny” – jako problem polityki kryminalnej*, Gdańsk 2010.

„prawo karne” odpowiada dawniejszemu sposobowi społecznego zapatrywania się na stanowisko: skoro wyrządzono przestępstwo, należy karać. Kultura nowożytna oddala nas od tego stanowiska”<sup>18</sup>. Wskazywał na generalne łagodzenie sankcji, na coraz częstsze odstępowanie od karania. Jak pisał W. Makowski, sędzia orzekający na podstawie kodeksu klasycznego „stał się kupcem, który ściśle według kodeksowego cennika odmierzał każdemu za cenę dokonanej zbrodni odpowiedniej ilości i jakości karę”, co niestety również może prowadzić do niesprawiedliwości, np. w wypadku karania uzależnionych osób ograniczenie poczytalnych. Stąd postulat indywidualizacji i socjalizacji kary<sup>19</sup>.

W naukach penalnych wciąż aktualne są pytania o to, co zyskuje społeczeństwo przez sam fakt ukarania, rozważa się wszystkie korzyści i niekorzyści wymierzenia kary *in concreto*, podkreśla się znaczenie prewencji kryminalnej. Już przeszło stulecie temu pojawiły się propozycje posługiwania się bardziej adekwatnym terminem niż „prawo karne”. Proponowano np. „prawo zwalczania przestępstwa”<sup>20</sup>. Współcześnie mówi się nawet o „zarządzaniu ryzykiem przestępczości” w różnych jego aspektach<sup>21</sup>. Mówi się o bezpieczeństwie poprzez prawo karne (*Sicherheit durch Strafrecht*)<sup>22</sup>. Oczywiście nie oznacza to jeszcze, że tradycyjne prawo karne schodzi do lamusa. Ramy wynikające z przesłanek odpowiedzialności; bezprawności i winy nadal winny obowiązywać. Jednak prewencyjne prawo karne zaczyna przekształcać się w „prawo ochrony przed zagrożeniami” (*Gefahrenabwehrrecht*)<sup>23</sup>.

Trzeba podkreślić, że założenia klasyczne wciąż obecne w prawie karnym dotyczące sprawiedliwości były i są krytykowane. Pod koniec lat 60. XX w. zostało ogłoszone spektakularne pożegnanie z Kantem i Heglem: *Abschied von Kant und Hegel*<sup>24</sup>.

Współczesne prawo karne nawiązuje wprawdzie do klasycyzmu, ale robi to zazwyczaj w sposób ostrożny, albowiem współczesny neoklasycyzm nie w pełni odpowiada założeniom prezentowanym przez Kanta i Hegla, eksponuje się

<sup>18</sup> J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914, s. 1.

<sup>19</sup> W. Makowski, *Środki ochronne wobec recydywistów i przestępców anormalnych*, Kraków 1913 r., s. 3 i n.

<sup>20</sup> Por. A. Thomsen, *Grundriss Des Deutschen Verbrechenbekämpfungsrechtes, Enthaltend Das Deutsche Straf- Und Sonstige Bekämpfungsrechts: Besonderer Teil*, Struppe & Winckler, 1905, podaję według wydania z 2010, J. Makarewicz, *Prawo karne...*

<sup>21</sup> Por. np. L. J. Fennelly, *Handbook of loss prevention and crime prevention*, Butterworth-Heinemann 2004, a także H. Kemshall, *Understanding risk in criminal justice*, Open University Press 2003.

<sup>22</sup> W. Hassemer, *Sicherheit durch Strafrecht*, *Strafrecht* 2006, nr 4, s. 130, <http://www.hrr-strafrecht.de/> podobnie H. Albrecht, *Sanction Policies in Europe. An Introduction.*, <http://www.mpicc.de>.

<sup>23</sup> W. Hassemer wskazuje, że: „Das moderne, präventive Strafrecht entwickelt sich zu einem Gefahrenabwehrrecht. Dieser Trend ist stabil; er antwortet auf normative Desorientierung, Verbrechenfurcht und Kontrollbedürfnisse einer Risikogesellschaft. Es kommt jetzt darauf an, diesen Trend ernst zu nehmen und über ein rechtsstaatliches Sicherheitsstrafrecht nachzudenken. Dieses Recht muß die grundlegenden Traditionen des Strafrechts bewahren: den Bezug auf die Person, die Angemessenheit einer Antwort auf Unrecht und Schuld, die Ziele von Schutz und Schonung. Nur in diesem Rahmen gibt es Sicherheit durch Strafrecht”, *tanze*, s. 143.

<sup>24</sup> U. Klug, *Abschied von Kant und Hegel*, [w:] J. Baumann, (red.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Frankfurt 1968, s. 36.

różnie rozumianą proporcjonalność<sup>25</sup>. Słusznie powiada K. Krajewski, iż określanie współczesnych teorii sprawiedliwościowych „mianem neoklasycyzmu jest w pewnym sensie mylące i może być uznane za nieporozumienie”<sup>26</sup>.

We współczesnym prawie karnym dają się odróżnić dwie odmienne wizje sprawiedliwości. Tradycyjne, retributywne, zakłada odpłatę złem za zło (*malum propter malum*), zrównoważenie wyrządzonego zła proporcjonalną do wagi czynu karą. Chodzi o przywrócenie moralnej równowagi oznaczające degradację sprawcy, który zyskał dzięki przestępstwu korzyść kosztem ofiary lub społeczeństwa. Na tym rozumowaniu opiera się model klasyczny, obecnie rewitalizowany w ramach polityki *just desert* (to, co się należy). Nie da się ukryć, że postrzeganie w mediacji jeszcze jednej formy, czy też drogi do uzyskania kompensacji, mieści się znakomicie w tym tradycyjnym modelu prawnym. Wszak i prawem zobowiązań deliktowych rządzą zasady sprawiedliwości wyrównawczej. Łamiąc zasady, sprawca odniósł korzyść, kara ma to odwrócić<sup>27</sup>. W skrajnej postaci współczesna polityka kryminalna przybiera postać represyjnego populizmu penalnego<sup>28</sup>.

O kompensacyjnym celu kary i funkcji kompensacyjnej prawa karnego pisze się w nauce od dawna. W Polsce prekursorem takiego podejścia był M. Cieślak. Już w swym doktoracie z 1947 r. pisał profetycznie, że „kara może utracić pierwiastek cierpienia. Nie może ona tylko utracić charakteru nagany potępienia czynu. To wynika z siłą konieczności z charakteru kary, jako reakcji na czyn oceniany ujemnie. Kara jest zewnętrznym wyrazem tego ujemnego sądu o czynie sprawcy. Kara jest więc złem o tyle, o ile wszelka nagana zawiera w sobie pewną ujemną wartość. Jest to minimum, do którego może skurczyć się kara”<sup>29</sup>. Później te poglądy rozwijał<sup>30</sup>. Również w filozofii prawa przewidywano ograniczenie znaczenia kary i ewolucję sprawiedliwości. C. Znamierowski podsumował swą rozprawę o odpowiedzialności refleksją, co do przyszłości prawa: „podczas gdy tak znikać będzie z życia zbiorowego kara, odszkodowanie zdobywać będzie zapewne coraz szerszy teren, tak jak zdobywało dotychczas [...]. Technika społeczna, kierowana życzliwością powszechną, nie chce ogólnie, by koszty istnienia jednej jednostki ludzkiej przesuwwały się swoim ciężarem na inne jednostki. Jeśli więc jedna wirem swego życia tak zahaczy wir życia drugiej, iż powstanie dla niej krzywda, to technika społeczna broni tę drugą przed tym, by doznana krzywda

<sup>25</sup> Por. M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005, s. 4 i n.

<sup>26</sup> K. Krajewski, *Teorie kryminologiczne a prawo karne*, Kraków 1994, s. 39.

<sup>27</sup> Por. w polskiej literaturze zwłaszcza: M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania...*, s. 79 i n.; F. Ciepły, *O dowartościowanie retributywnej racjonalizacji kary*, [w:] *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grzeszkowiak*, red. A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałas, K. Wiak, Lublin 2006, s. 231–246; J. Kochanowski, *Powrót do retributywizmu*, „Palestra” 2005, nr 11–12.

<sup>28</sup> J. Pratt, *Penal populism*, Taylor & Francis, 2007.

<sup>29</sup> Por. M. Cieślak, *Kara. Istota. Cel. Uzasadnienie*, Gdańsk 2011, s. 36.

<sup>30</sup> Por. omówienie w R. Skarbek, W. Zalewski, *Funkcja kompensacyjna prawa karnego oraz wybrane zagadnienia egzekucji roszczeń zasądzonych w postępowaniu karnym*, [w:] *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, red. nauk. Wojciech Cieślak, Sławomir Steinborn, Warszawa 2013, s. 545 i n.

nie zmniejszyła trwale jej sumy szczęścia. I w tym znajduje pełne uznanie życzyliwosci powszechnej”<sup>31</sup>.

W nauce niemieckiej od lat debatuje się na temat rosnącej roli funkcji kompensacyjnej prawa karnego<sup>32</sup>. Podobnie w nauce anglosaskiej podejmuje się problem kompensacji poprzez prawo karne, choć czasem rozumuje się specyficznie. Przykładowo R. Burgh wskazywał w 1987 r., że kompensacja w prawie karnym dokonuje się również poprzez potępienie sprawcy oraz poprzez karę przynoszącą cierpienie („*emphatically expressing*”)<sup>33</sup>.

Od lat 60. rozwija się odmienne myślenie na temat sposobu radzenia sobie ze skutkami przestępstwa i wymierzania sprawiedliwości. Rozwija się sprawiedliwość naprawcza (*restorative justice* – RJ)<sup>34</sup>. Siła sprawiedliwości naprawczej we współczesnym świecie bierze się stąd, że ma ona wiele źródeł. Z jednej strony przemawiają za nią przesłanki związane z wymiarem sprawiedliwości karnej (kryzys kary, poszukiwanie alternatywy dla tradycyjnych instytucji), z drugiej racje związane z kryzysem państwa (konieczność upodmiotowienia obywateli poprzez demokrację partycypacyjną), jednocześnie rozwój nauk społecznych; psychologii i socjologii, a także interdyscyplinarnej wiktymologii, które zaczęły postrzegać konflikt jako samodzielną wartość, zaś ofiarę przestępstwa jako osobę, której należy się godność i efektywna pomoc, a także praktyczne działania wyprzedające naukową refleksję, w tym odrodzenie tradycyjnych sprawiedliwości nieeuropejskich.

W literaturze poświęconej sprawiedliwości naprawczej bardzo często wskazuje się na eksperyment podjęty w 1974 r. jako pierwowzór później podejmowanych działań. Otóż w maju 1974 r. dwóch nastolatków znajdujących się pod wpływem środków odurzających dokonało szeregu aktów wandalizmu w małym kanadyjskim miasteczku Elmira. Sprawcy zostali zatrzymani i 28 maja tegoż roku zostali uznani winnymi dwudziestu dwóch umyślnych zniszczeń mienia. Zgodnie z kanadyjską procedurą orzeczenie o karze odroczone o dwa miesiące. Mieli się zgłosić w lipcu, aby usłyszeć wyroki. Mark Yanzi – kurator sądowy z Kitchener, który miał przygotować raporty na ich temat, ściśle współpracujący z MCC (*Mennonite Central Committee*), komitetem powołanym przez protestanci kościół menonitów do poszukiwania nowych form zaangażowania w wymiar sprawiedliwości karnej, postanowił rekomendować sędziemu inne rozwiązanie. Jako menonita był wychowany w pacyfistycznej tradycji niestosowania przemocy, oraz polegania na pozarządowych formach rozwiązywania problemów

<sup>31</sup> C. Znamierowski, *Wina i odpowiedzialność*, Warszawa 1957, s. 157.

<sup>32</sup> Por. W. Zalewski, *Nauka niemiecka o idei kompensacji w prawie karnym – wybrane zagadnienia*, „*Studia Prawnicze*” 2002, nr 2, s. 143–171.

<sup>33</sup> R. Burgh’a, *Guilt, Punishment and Desert, Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, F. Schoeman (ed.), Cambridge 1987, s. 330.

<sup>34</sup> Por. bliżej W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Gdańsk 2006; tegoż, *Sprawiedliwość naprawcza*, [w:] *System prawa karnego*, t. 5: *Nauka o karze: sądowy wymiar kary*, red. T. Kaczmarek, Warszawa 2015, s. 92–129.

w sposób wolny od władzy państwa. Do raportu na temat oskarżonych dołączył nieformalny list, w którym rekomendował propozycję, aby sprawcy (odpowiednio 18- i 19-letni) pojednali się z pokrzywdzonymi i naprawili wyrządzone szkody. Wskazał na terapeutyczny walor osobistego spotkania sprawców z ofiarami.

Rozpatrujący sprawę w Provincial Court sędzia Gordon McConnell, zgodnie z obowiązującymi w Kanadzie przepisami proceduralnymi uznał, że propozycja kuratora nie mieści się w ramach prawa i że nie jest możliwe spotkanie ofiar ze sprawcami. Jednak, wychodząc na rozprawę, zmienił zdanie i ostatecznie wyraził zgodę. Jak wspomina obecny na sali sądowej współpracownik Marka Yanztiego Dave Worth; „Nie wiadomo, kto był bardziej zaskoczony. Pamiętam, że oskarżyciel (*the Crown Attorney*), Bill Morrison, miał bardzo zmieniony wyraz twarzy zdający się mówić: o co tu chodzi? Obaj sprawcy wyglądali na skonfundowanych. Sędzia się uśmiechał. Mark i ja spojrzeliśmy na siebie. Co teraz mamy zrobić?”

Po tym wydarzeniu obaj sprawcy razem z kuratorami odwiedzili prawie wszystkie osoby (jedna zmieniła miejsce pobytu), którym wyrządzili szkody. Z każdą z osób rozmawiali osobno, tłumacząc cel wizyty. Towarzyszący im kuratorzy, którzy zostali do tego zobligowani przez sąd, ograniczali się do biernej obecności. Sprawcy odwiedzili kolejno osoby prywatne, dwa kościoły i pijalnię piwa: łącznie 21 miejsc. Łączna wartość ustalonych szkód wyniosła 2189.04 dol. Około połowę tej kwoty pokryli pokrzywdzonym ubezpieczyciele, jednak do spłaty pozostało 1065.12 dol. Kiedy 26 sierpnia oskarżeni trafili ponownie przed oblicze sądu, ten w uznaniu ich działań orzekł grzywnę w wysokości 200 dol. dla każdego oraz po osiemnaście miesięcy próby. W czasie trzech miesięcy od uprawomocnienia wyroku skazani mieli naprawić szkody, które sąd ustalił w wysokości po 550 dol. dla każdego<sup>35</sup>.

Na podstawie uzyskanych doświadczeń Mark Yanzti i Dave Worth stworzyli podstawy programu Victim/Offender Reconciliation Program. Taki był początek w Kanadzie. Później przez ponad 30 lat na całym globie powstały i były doskonałe kolejne metody realizacji założeń RJ na bazie doświadczeń pozyskanych z różnych stron świata, a więc: mediacje, konferencje sprawiedliwości naprawczej, zgromadzenia orzekające i wiele innych. Ostatecznie w 2006 r. opracowano Handbook on Restorative Justice Programmes, w ramach United Nations Office of Drugs and Crime's Criminal Justice Reform Unit (UNODC CJRU)<sup>36</sup>, który następująco określa sprawiedliwość naprawczą<sup>37</sup>: „Programy sprawiedliwości naprawczej są oparte na przekonaniu, że strony konfliktu powinny być w sposób

<sup>35</sup> Opracowano na podstawie D.E. Peachey, *The Kitchener Experiment*, [w:] *A Restorative Justice Reader: Texts, Sources, Context*, G. Johnstone (ed.), Willan Publishing 2003, s. 178 i n.

<sup>36</sup> Zob. [http://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/06-56290\\_Ebook.pdf](http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf)

<sup>37</sup> *Restorative justice programmes are based on the belief that parties to a conflict ought to be actively involved in resolving it and mitigating its negative consequences. They are also based, in some instances, on a will to return to local decision-making and community building. These approaches are also seen as means to encourage the peaceful expression of conflict, to promote tolerance and inclusiveness, build respect for diversity and promote responsible community practices*, s. 5



aktywny zaangażowane w jego rozwiązanie i ograniczenie jego negatywnych konsekwencji. Są również oparte, w pewnych formach, na dążeniu do przywrócenia możliwości podejmowania decyzji na poziom lokalny i wzmocnienie wspólnot lokalnych” [...] programy sprawiedliwości naprawczej oparte są na fundamentalnej zasadzie, że przestępstwo nie tylko narusza prawo, ale również przynosi szkody ofiarom i wspólnocie. RJ odnosi się do przestępstwa poprzez naprawienie szkód ofierze, uczynienie sprawcy odpowiedzialnym za jego czyn, a także angażuje wspólnotę w rozwiązanie konfliktu”<sup>38</sup>.

Ewolucja prawa międzynarodowego i paneuropejskiego w zakresie sprawiedliwości naprawczej została w polskiej literaturze przedmiotu gruntownie omówiona<sup>39</sup>. Warto w tym miejscu wspomnieć o jednym dokumencie. Otóż w 2012 r. w UE przyjęto dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającą normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującą decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW. Dyrektywa wymaga transpozycji do polskiego prawa karnego szeregu rozwiązań. Dla niniejszych rozważań doniosłość zachowują te, które odnoszą się do sprawiedliwości naprawczej, w tym zwłaszcza art. 12 wskazujący na standardy, jakie muszą zostać dochowane w trakcie realizacji procedur sprawiedliwości naprawczej<sup>40</sup>.

Sprawiedliwość naprawcza na tle omawianej dyrektywy, a tym samym w polskim prawie karnym, winna być rozumiana szeroko. W myśl art. 1 lit. d „sprawiedliwość naprawcza” oznacza wszelkie procedury, dzięki którym ofiara oraz sprawca mają możliwość, pod warunkiem wyrażenia przez nich na to dobrowolnej zgody, czynnego udziału w rozwiązaniu kwestii będących wynikiem przestępstwa przy pomocy bezstronnej strony trzeciej. Sprawiedliwość naprawcza nie ogranicza się jedynie do mediacji. Jak wskazano w punkcie (46) preambuły, usługi w zakresie sprawiedliwości naprawczej (ang. *restorative justice services*, niem. *Wiedergutmachungsdienste*, fr. *les services de justice réparatrice*), to m.in.: 1) mediacja między ofiarą a sprawcą, 2) konferencje grup rodzinnych oraz 3) zgromadzenia wyrokujące. Wyliczenie to ma charakter przykładowy. To, co je łączy, to wspólny mianownik w postaci okoliczności, że usługi te mogą być bardzo pomocne dla pokrzywdzonych, ale i dla sprawców.

Wskazany model sprawiedliwości postrzega przestępstwo przede wszystkim jako zakwestionowanie wartości społecznych, które wymaga przywrócenia na-

<sup>38</sup> *Restorative justice programmes are based on the fundamental principle that criminal behaviour not only violates the law, but also injures victims and the community. [...] Restorative justice refers to a process for resolving crime by focusing on redressing the harm done to the victims, holding offenders accountable for their actions and, often also, engaging the community in the resolution of that conflict*, s. 6.

<sup>39</sup> Por. zwłaszcza D. Wójcik, *Dokumenty i standardy międzynarodowe dotyczące mediacji (rekomendacje Rady Europy, decyzja ramowa Unii Europejskiej)*, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 1: *Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 371 i n.

<sup>40</sup> Por. szerzej, W. Zalewski, *Komentarz do art. 12*, [w:] *Komentarz do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującą decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW*, red. E. Bieńkowska i L. Mazowiecka, Warszawa 2014.

ruszonych norm i naprawę wartości (*value restoration*). Proces ten może się odbyć poprzez odnowienie społecznej zgody dotyczącej zasad i wartości. Chodzi o durkheimowską rewalidację wartości poprzez społeczną zgodę<sup>41</sup>. W tym ujęciu sprawiedliwość oznacza naprawę wartości, kształtowanie społecznych postaw i jako takie wpisuje się w model prewencji integracyjnej znakomicie prawu kar-nemu znanej<sup>42</sup>. Więc, o ile sprawiedliwość retributywna może się mieścić w ramach sprawiedliwości naprawczej, to nie odwrotnie, gdyż ta druga jest pojęcio-wo znacznie szersza. Wydaje się nawet, że wariant włączający sprawiedliwość retributywną w ramy sprawiedliwości naprawczej jest optymalny i pożądany, jeśli w oparciu o konferencje w RJ mają być rozpatrywane sprawy o poważne przestępstwa<sup>43</sup>.

Obecny stan dyskusji nad sprawiedliwością naprawczą charakteryzuje po-szukiwanie *modus vivendi* z tradycyjną sprawiedliwością karną. Dyskutuje się przynajmniej kilka sposobów koegzystencji<sup>44</sup>. Jedno pewne: zacierają się różni-ce paradygmatów. Prawo karne staje się coraz bardziej inkluzywne, coraz mniej klasycznie rozumianej „kary w karze”. Jak trafnie zauważył jeden z największych współczesnych karnistów C. Roxin, kara powinna służyć wszystkim indywidual-nym i generalnym celom prewencyjnym w danej sprawie. Realizacja celów kary jest usprawiedliwiona, gdy czyni się odpowiedzialnym sprawcę za przywrócenie spokoju społecznego (*civil peace*) naruszonego przez przestępstwo<sup>45</sup>.

Sprawiedliwość naprawcza, mimo swych romantycznych założeń, okazuje się niezwykle skuteczna, również w zakresie przeciwdziałania recydywie. Me-taanaliza przeprowadzona przez J. Bonta, S. Wallace-Capretta, J. Rooney i K. McAnoya<sup>46</sup> wykazała, że w 46 różnych badaniach prowadzonych na temat efek-tywności *restorative justice* w zakresie zapobiegania recydywie, którymi objęto

<sup>41</sup> Por. M. Wenzel, I. Thielmann, *Why We Punish in the Name of Justice: Just Desert versus Value Restoration and the Role of Social Identity*, „Social Justice Research” 2006, t. 19, nr 4, s. 450 i n.

<sup>42</sup> Por. T. Kaczmarek, *O pozytywnej prewencji ogólnej w ujęciu projektu kodeksu karnego z 1994*, „Palestra” 1995, z. 3–4.

<sup>43</sup> Por. wyniki badań, D. M. Gromet, J. M. Darley, *Restoration and Retribution: How Including Retributive Components Affects the Acceptability of Restorative Justice Procedures*, „Social Justice Research” 2006, t. 19, nr 4, s. 424 i n.

<sup>44</sup> Por. szerzej, K. Daly, *The Punishment Debate in Restorative Justice*, [w:] J. Simon, R. Sparks (eds.), *The Handbook of Punishment and Society*, London, Sage Publications. 2012, s. Autorka omawia trzy niezwykle ważne współczesne publikacje: A.R. Duff, *Restoration and retribution*, [w:] Andrew von Hirsch, Julian Roberts, Anthony E. Bottoms, Kent Roach and Mara Schiff (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford: Hart Publishing. 2003, s. 43–59; R. London, *Crime, Punishment, and Restorative Justice: From the Margins to the Mainstream*. Boulder: Lynne Rienner Publishers, Inc. 2011; L. Walgrave, *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*. Cullompton: Willan Publishing, 2008.

<sup>45</sup> Por. C. Roxin, *Prevention, Censure and Responsibility*, [w:] *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, A. P. Simester, U. Neumann, A. du Bois-Pedain (eds.), Oxford, Portland 2014, s. 41 i n.

<sup>46</sup> J. Bonta, S. Wallace-Capretta, J. Rooney, K. McAnoya, K. *An outcome evaluation of a restorative justice alternative to incarceration*, „Contemporary Justice Review” 2002, nr 5, s. 319–338.

łącznie ponad 23 tys. osób, stwierdzono większą skuteczność sprawiedliwości naprawczej w porównaniu z tradycyjnymi programami np. probacyjnymi. Autorzy wskazują, że w ich badaniach w pierwszym roku wskaźnik recydywy w wypadku zastosowania RJ wynosił 15% w porównaniu do 38% dla grupy poddanej jedynie probacji. W drugim roku było 28% do 54%, a w trzecim 35% do 66%” na korzyść sprawiedliwości naprawczej. Wcześniejsze badania wskazały na spadek recydywy już w wypadku, gdy sprawca naprawił jedynie szkodę<sup>47</sup>. W innych badaniach stwierdzono efektywność metod RJ w odniesieniu do przestępczości menadżerów (*white – collar – crimes*)<sup>48</sup>.

W niezwykle obszernych badaniach Lawrence W. Shermana i Heather Strang stwierdza się znaczący spadek recydywy w odniesieniu do przestępstw z użyciem przemocy, a także przestępstw przeciwko mieniu<sup>49</sup>. Dr P. McCold napisał trafnie o wynikach tych badań, że „wyniki tego raportu zamykają debatę na temat tego, czy sprawiedliwość naprawcza działa. Te wyniki zamykają również drogę wątpliwościom, czy sprawiedliwość naprawcza działa lepiej niż sprawiedliwość karna. Debata przesuwana się teraz w stronę ustalenia, który model sprawiedliwości naprawczej działa najlepiej i jak mierzyć szersze efekty (*wider effects*) sprawiedliwości naprawczej”<sup>50</sup>.

Sprawiedliwość restaurująca to odmienne od powszechnie stosowanego podejście do reakcji na przestępstwo<sup>51</sup>. Nie chodzi tu o poszukiwanie innej metody wyrażania proporcji między złem wyrządzonym, a złem wymierzonym, jak to w prawie karnym miało miejsce w podejściu klasycznym. Trzeba otworzyć oczy i umysł. Uznaje się, że termin retribucja znaczy tyle co odpłata. Tymczasem łaciński źródłosłów jest tymczasem bardziej pojemny znaczeniowo. *Retribuo* oznacza *oddać na powrót, dostawić, przydzielić*<sup>52</sup>. Znaczeniowo, semantycznie termin *retribuere* nie przesądza negatywnych konsekwencji. Większość spraw karnych ma zazwyczaj bogaty kontekst społeczny. Zwykła kradzież roweru może być uwarunkowana brakiem pracy, zaniedbaniem rodzinnym, upośledzeniem umysłowym. Czy perspektywa uproszczona *malum propter malum* dominująca w sądach jest prawidłowa? W jakim celu jest podejmowana? Co więcej, wymiar kary rozdarty jest między różnorakie cele. Czy faktycznie sprawiedliwość ma wymierzać organ państwowy, gwarant niezależności. Czy faktycznie organ państwowy jest takim

<sup>47</sup> H. Zehr, *Restitution Reduces Recidivism*, Crime and Justice Network Newsletter. Oct 1990 - Mar 1991. s. 7., autor wskazywał na spadek o 18%.

<sup>48</sup> K. Murphy, N. Harris, *Shaming, Shame and Recidivism. A Test of Reintegrative Shaming Theory in the White-Collar Crime Context*, „The British Journal of Criminology” 2007, nr 47, s. 900–917.

<sup>49</sup> W. Sherman, H. Strang, *Restorative Justice: The Evidence*, The Smith Institute, 2007.

<sup>50</sup> Cyt. za J. Wachtel, *Restorative Justice: The Evidence – Report Draws Attention to RJ in the UK*, Restorative Justice eForum, 16 May, 2007 r., <http://www.iirp.org>, s. 2.

<sup>51</sup> Jak to nieco prowokacyjnie wyraził Bernd Schünemann: prawo karne oddziela obywateli od kryminalistów, wolnych mężczyzn i kobiety od tych, którzy podobni do zwierząt trzymani są w klatce, tak B. Schünemann, *Can Punishment be Just?*, [w:] *Liberal Criminal Theory*, s. 269 i n.

<sup>52</sup> *Słownik łacińsko-polski*, oprac. K. Kumaniecki, Warszawa 1985, s. 436.

gwarantem niezależności? Czemu ma służyć owa niezawisłość? Czy jest celem samym w sobie? Kant przyjmował jedynie sprawiedliwość formalną, określał jej granice, lecz nie przesądzał jej treści. Cieślak każe kierować się dyrektywą społeczną. W obu wypadkach podmiotem działającym jest państwo. To ono wymierza sprawiedliwość poprzez swoje *ius puniendi*. W sprawiedliwości naprawczej chodzi o coś więcej i inaczej. Więcej, bo chodzi o pojednanie i naprawę krzywd. Inaczej, bo działają nie państwo, a głównie sami zainteresowani. Sprawiedliwość naprawcza „dzieje się” sama, tylko trzeba jej na to pozwolić.

**Wojciech Zalewski**

### JUSTICE OF „RESTORATIVE JUSTICE”

The contemporary debate on justice in criminal law is looking for points of contact between retributive and restorative paradigms. The borders of the two opposing approaches, which were clear until recently, have become blurred. The Author presents two main issues of the dispute and seeks their common denominator. The primary aim seems to be creating solutions beneficial to all entities, building trust in public institutions and a sense of legal security of citizens included in the process of achieving justice that is less frequently understood purely formally in favor of greater importance of the restoration of public confidence.