

ANDRZEJ ZOLL

## Wina i kara

W naszej cywilizacji wina i kara – dwa pojęcia, które mają stanowić przedmiot naszych rozważań, są bardzo silnie ze sobą związane. Można mówić wręcz o pewnym powiązaniu strukturalnym. Przyjmujemy bowiem, że zasadniczo wina nie powinna pozostawać bez konsekwencji, że ten, kto jest winny, powinien z reguły ponieść odpowiedzialność za to czym zawinił. Poczucie naszej sprawiedliwości wymaga, abyśmy winę kwitowali karą. Jeszcze silniej, już nie „z reguły”, ale z zastosowaniem dużego kwantyfikatora, domagamy się, aby kara była odpowiedzią tylko na zawinienie, aby nikt niewinny nie został ukarany. Te zupełnie oczywiste stwierdzenia są bardzo mocno zakorzenione w naszej świadomości prawnej. Mają głębokie podstawy w naszej kulturze. Ten związek winy i kary kształtował się jednak przez wieki. Z punktu widzenia historycznego jeszcze bardzo niedawno, bo w początkach drugiego tysiąclecia, panowała powszechnie tzw. odpowiedzialność obiektywna. Odpowiadało się za skutki swoich zachowań, bez wnikania w to, czy ten, który skutek spowodował, był jego nastąpienia winny. Pytanie oczywiście powstaje następujące, czy można w ogóle mówić o karze, w dzisiejszym tego słowa znaczeniu, jeżeli funkcją konsekwencji ponoszonych przez sprawcę skutku było przywrócenie porządku prawnego, naprawienie szkody, wynagrodzenie wyrządzonej krzywdy. Nie była jednak ocena moralna czynu i jego sprawcy. Związanie kary z winą nastąpiło już w czasach nowszych, w okresie średniowiecza, niewątpliwie pod wpływem prawa kanonicznego, gdzie pojęcie grzechu i pokuty mają swój znacznie głębszy, nie ograniczający się tylko do rekompensacji sens. Związanie winy z karą oznacza uzyskanie przez oba te pojęcia, ale szczególnie przez karę, głębszego etycznego znaczenia.

Nie chcę jednak poświęcać zbyt wiele czasu historii kształtowania się dziś niekwestionowanej w nowożytnych państwach zasady *nulla poena sine culpa* (nie ma kary bez winy). Raczej warto poświęcić więcej czasu treści pojęć będących przedmiotem naszych rozważań oraz funkcjom, jakie mają one do spełnienia. W szczególności chodzić będzie o funkcje, które ma do spełnienia wymierzenie kary.

---

Prof. dr. hab. Andrzej Zoll, rzecznik praw obywatelskich, członek czynny PAU, Uniwersytet Jagielloński, Kraków; wykład inauguracyjny wygłoszony dnia 21 października 2003 roku w Pałacu Staszica w ramach cyklu wykładów *Wszechnica*, zorganizowanego przez Polską Akademię Nauk i Towarzystwo Warszawskie Naukowe

Chce przy tym podkreślić dużą aktualność rozpatrywanej materii. Poczucie sprawiedliwości jest każdemu z nas dane. Nie oznacza to, że *in concreto* będziemy tak samo wszyscy odczuwali, co jest, a co nie jest sprawiedliwe. Każdy z nas posługuje się na co dzień pojęciem winy i pojęciem kary. Wielokrotnie innym przypisujemy winę i wielokrotnie domagamy się wymierzenia winnym sprawiedliwej kary. Od czasu do czasu i my sami mamy poczucie własnej winy, wyrzuty sumienia. Pytanie jest następujące, czy do końca zdajemy sobie dokładnie sprawę, co to znaczy uznać kogoś za winnego? Czy do końca zdajemy sobie sprawę, co to znaczy wymierzyć komuś karę? I czy zadaliśmy sobie pytanie, co usprawiedliwia człowieka, nawet jeśli pełni urząd państwowy, do wymierzenia kary drugiemu człowiekowi? Te pytania zadają nie tylko prawnicy. Są one przedmiotem dociekań wielu szkół filozoficznych i poszczególnych myślicieli. Są one w końcu przedmiotem wielu dzieł artystycznych, szczególnie z zakresu literatury pięknej, i to począwszy od starożytności (Sofokles), poprzez Dantego, Szekspira, Dostojewskiego, Kafkę, aż do czasów nam współczesnych. Powszechność zainteresowania problemami winy i kary, a raczej bezpieczeństwem własnym i rodziny zagrożonym przestępczością, jest wykorzystywana, a wręcz często nadużywana, przez polityków, którzy przekonują obywateli o posiadaniu bezwzględnie skutecznej recepty na likwidację zła i zapewnienie bezpieczeństwa każdemu tzw. porządnemu obywatelowi. Populiście jest wygodnie, że obywatele, do których się zwraca, mają tylko bardzo ogólną i powierzchowną wiedzę na temat przyczyn przestępczości oraz innych społecznych patologii, a także możliwości ich ograniczenia i kontrolowania. Gdyby ta wiedza była głębsza, politykowi trudniej byłoby przekonać słuchaczy do jego racji, narażony byłby na kłopotliwe pytania demaskujące często szarlatanerię.

Postaram się teraz spróbować kolejno na postawione pytania odpowiedzieć, zastrzegając jednocześnie, że nie jestem politykiem i że nie mam gotowej recepty, jak zapewnić powszechne bezpieczeństwo.

### **Co to znaczy uznać kogoś za winnego?**

Osoby, które choć trochę miały kontaktu z prawem karnym, wiedzą dobrze, że problem: co to znaczy być winnym, zaprzęta głowy teoretykom prawa karnego od bardzo dawna i będzie zaprzęta głowy nadal, bo trudno powiedzieć, aby w nauce prawa karnego dochodziło chociaż do zbliżenia stanowisk. Sądy nie mogą czekać, aż uczeni lub tacy, którzy się za uczonych uważają, dojdą do porozumienia i ogłoszą światu jedną bezsporną definicję winy lub lepiej powiedziawszy – bycia winnym. Codziennie w sądach polskich setki osób uznawanych jest za winnych popełnienia zarzucanych im czynów. Mimo braku jednolitej obowiązującej definicji winy, sądy, na potrzeby praktyczne, przyjmują określone przesłanki, które im pozwalają uznać osobę oskarżoną za winną. Nie znaczy to jednak, że podejmowane próby uzgodnienia stanowisk w sprawie istoty

winy i warunków jej przypisania są niecelowe i zbyt liczne. Brak uzgodnionego stanowiska stwarza zagrożenie niejednolitej praktyki, daleko posuniętej arbitralności w orzekaniu. Każdy sąd, a właściwie każdy orzekający sędzia ma własne zdanie na temat tego, co jest istotą winy i jakie są przesłanki jej przypisania. Zagrożona jest więc w tym punkcie podstawowa zasada demokratycznego państwa prawa takiego samego traktowania przez aparat państwowy obywateli znajdujących się w takiej samej sytuacji.

Za punkt wyjścia musimy przyjąć, zgodne z naszą intuicją, założenie, że uznanie kogoś za będącego winnym, przypisanie mu winy, łączy się z potępieniem, ma więc jednoznacznie ujemne znaczenie. Nie powiemy, że ktoś jest winny osiągnięcia sukcesu. Nie można powiedzieć, że inżynier jest winny wybudowania domu zgodnie z regułami sztuki i dobrze służącego jego mieszkańcom. Możemy powiedzieć, że inżynier jest winny wybudowania domu niezgodnie z zasadami sztuki budowlanej i w związku z tym pęknięcia ścian. Lekarz nie jest winien udanej operacji. Czyli o winie mówimy w relacji do czegoś ocenianego negatywnie. W mojej dyscyplinie – prawie karnym – o winie mówimy jako warunku przyjęcia, że popełnione zostało przestępstwo. Sprawca jest winny popełnienia przestępstwa, a więc czynu zabronionego przez ustawę pod groźbą kary, dlatego, że atakuje ważne dla społeczeństwa lub dla jednostki dobra będące nośnikami akceptowanych przez nas wartości.

Nie wdając się w historyczne rozważania, można dzisiaj stwierdzić, że podstawowy spór dotyczący istoty winy sprowadza się do dwóch podstawowych nurtów teoretycznych. Jedni twierdzą, że wina jest pewną zaszłością psychiczną. Jest stosunkiem psychicznym do popełnianego przez sprawcę czynu i sprowadzić ją można do krótkiego stwierdzenia – ten jest winny, kto chciał zrobić coś złego. Z tym psychologicznym podejściem do istoty winy jest wiele problemów i pytań, na które ta koncepcja ma podstawowe trudności z udzieleniem przekonującej odpowiedzi. Nie da się bowiem wyjaśnić w oparciu o tak ujętą istotę zawinienia, dlaczego nie chcemy przypisać winy niepoczytalnemu, który chciał zabić swojego sąsiada, uroiwszy sobie, że sąsiad ten jest niebezpiecznym wrogiem całej ludzkości. Niepoczytalny może chcieć zrobić coś złego, a mimo to nie uznajemy go za winnego. Tak samo postąpimy z osobą, która znalazła się w stanie bezpośredniego zagrożenia swojego życia i chcąc się ratować, pozbawiła przysłowiowej ostatniej deski ratunku inną osobę, wiedząc, że tym samym skazuje ją nieuchronnie na śmierć. Powiemy jednak, że prawo w zasadzie nie może od człowieka wymagać bohaterstwa. Ktoś, kto poświęcił cudze życie, by ratować swoje, może nie zasługuje na pomnik, ale też nie może zasłużyć na potępienie. Zachował się bowiem zgodnie z przyrodzonym nam wszystkim instynktem samozachowawczym. W końcu musimy podnieść, że w dzisiejszych czasach, statystycznie rzecz biorąc, znacznie częściej przypisujemy winę osobie za popełnienie przestępstwa nieumyślnego, kiedy to sprawca właśnie nie chce zrobić nic złego. Rocznie tysiące skazań za spowodowanie

wypadków drogowych są tego najlepszym przykładem. Są więc kłopoty z przyjęciem, że winnym jest ten, kto chce uczynić coś złego. Chęć dokonania czegoś złego sama winy jeszcze nie przesądza, a także chęć dokonania czegoś złego nie jest konieczna, jak pokazuje przykład z wypadkiem drogowym, do tego, aby być winnym. Istota winy musi polegać więc na zupełnie czymś innym, niż sam stosunek sprawcy do realizowanego przez niego czynu.

Drugi kierunek widzi istotę winy w ocenie procesu decyzyjnego, podjętego przez sprawcę. Nie chodzi więc o to, że sprawca chciał coś złego, ale o to, że w danej sytuacji, w której był sprawca przed popełnieniem czynu zabronionego, można było od niego wymagać podjęcia decyzji zgodnej z nakazem lub zakazem prawa. Wina nie sprowadza się do tego, że sprawca coś złego chciał, ale że w danej sytuacji możemy powiedzieć, iż sprawca nie powinien czegoś chcieć, że mógł się zachować zgodnie z wymogami porządku prawnego. Wina jest więc zarzutem stawianym sprawcy z powodu popełnienia czynu zabronionego, opartym na naszej ocenie, że można było od sprawcy w danej sytuacji wymagać zachowania zgodnego z prawem.

Z tą koncepcją winy jest też jeden podstawowy kłopot, (od którego nie jest zresztą wolna też i poprzednia teoria). Zakłada ona bowiem, że człowiek mógł zachować się inaczej, niż się zachował, że dysponował taką możliwością, że jego decyzja zachowania się niezgodnie z prawem była wyrazem – możliwe, że w ograniczonym zakresie, ale jednak zawsze – wolnej woli. To założenie jest jednak nieweryfikowalne. Nie jesteśmy w stanie udowodnić wolności woli. Spór determinizmu z indeterminizmem towarzyszy ludzkości od samego jej cywilizacyjnego początku i nie ma najmniejszych szans na rozstrzygnięcie poparte dowodem naukowym. Znajdujemy się więc w pewnym sensie w ślepych zaułku. Mówienie w ogóle o winie, jako pojęciu zawierającym moralny osąd zachowania drugiego człowieka, nie ma na gruncie determinizmu żadnego uzasadnienia. Jeżeli człowiek nie ma wolnej woli, to nie może być winny, jeżeli nie może być winny, to nie może odpowiadać za swoje czyny i nie możemy go karać. Byli i są nadal tacy, którzy wychodząc z założeń deterministycznych, nie mówią o winie, tylko o niebezpieczeństwie sprawcy, nie mówią o karze, tylko o środkach zabezpieczających społeczeństwo przed niebezpiecznym sprawcą. Prawo karne przestaje być wtedy w rzeczywistości karnym, a staje się prawem ochrony społecznej. Sąd, stosujący odpowiednie środki, przestaje być organem wymiaru sprawiedliwości i upodabnia się bardziej do konsylium ekspertów, które stawia diagnozę i decyduje o terapii względnie trwałej eliminacji. Nie ma żadnych podstaw, abyśmy sprawcę złego czynu mogli potępiać. Jeśli człowiek jest z góry zaprogramowany i podlega jedynie siłom przyczynowo-skutkowym, to nie ma miejsca nie tylko dla prawa karnego, ale także i dla etyki. Zachowanie człowieka nie podlega wtedy ocenom moralnym, tak samo jak ocen takich nie odnosimy do zachowań zwierząt lub zjawisk przyrody nieożywionej. Nie sposób nie przypomnieć w tym

kontekście chociaż jednego nazwiska – Cezary Lombroso. Włoski lekarz, antropolog, działający w drugiej połowie XIX w. Wyciągnął najbardziej konsekwentne wnioski z przesiąkniętego determinizmem panującego wówczas powszechnie w nauce, nie tylko przyrodniczej, pozytywizmu. Człowiek rodzi się zbrodniarzem i – jak byśmy to dzisiaj mogli sformułować – popełnianie przestępstw ma zapisane w genach. Lombroso uważał nawet, że na podstawie zewnętrznych cech antropologicznych (np. budowy czaszki) da się ustalić, czy mamy do czynienia z takim urodzonym zbrodniarzem. Stąd prosty wniosek, po co czekać na popełnienie przez urodzonego zbrodniarza zapisanej mu w genach zbrodni, trzeba go unieszkodliwić wcześniej. Lombroso nie przewidział, że w XX w. znajdą się tacy, którzy wyciągną z jego przemyśleń bardzo praktyczne i przerażające wnioski, uznając, że to nie budowa czaszki, ale rasa lub pochodzenie klasowe mogą świadczyć o niebezpieczeństwie danego człowieka dla akceptowanego przez sprawujących władzę porządku prawnego. Pewne zaniepokojenie w świecie naukowym spowodowały w latach 60. i 70. XX w. wyniki badań angielskich i amerykańskich uczonych zajmujących się strukturą krwi, a w szczególności chromosomami. Okazało się bowiem, że statystyczne porównanie krwi sprawców brutalnych, agresywnych przestępstw, z krwią ludzi z ulicy pokazuje istotne różnice. Wśród zbrodniarzy wielokrotnie częściej występowała nieprawidłowość w postaci dodatkowego chromosomu męskiego. Czy oznaczać to ma ożywienie koncepcji Lombrosy o urodzonym zbrodniarzu? Wniosek taki nie został uznany za trafny. Można zresztą podnieść, że ten dodatkowy chromosom może determinować pewne cechy charakteru, które mogą być społecznie dodatnie. Podejrzewa się, nie prowadzono w tym kierunku badań, że również wśród przywódców politycznych ilość osób z dodatkowym chromosomem męskim może się okazać znacząco odmienna od odnoszącej się do ogółu populacji.

W ten nurt wpisują się też te odmiany tzw. ruchu nowej obrony społecznej (*Grammatica*), które – daleko upraszczając – traktują przestępstwo jako objaw społecznego nieprzystosowania. Pojęcie winy jest zasadniczo obce. Reakcja na społeczne nieprzystosowanie ma mieć charakter terapii społecznej, a nie kary. Ten ruch zdobył sobie nawet w połowie zeszłego wieku dużą popularność. Dzisiaj obserwuje się od niego odwrót, tym gwałtowniejszy, im bardziej kierunek nowej obrony społecznej potrafił się na danym terenie zadomowić (Stany Zjednoczone, Skandynawia).

Także i dzisiaj niektórzy karniści, szczególnie niemieccy, wychodząc z założenia, że skoro nie można istoty winy oprzeć na naukowo udowodnionej wolności woli, to ogoławają pojęcie winy z jej etycznej treści i twierdzą, że wina zachodzi wtedy, kiedy z punktu widzenia potrzeb społecznych zachodzi potrzeba ukarania (tzw. funkcjonalne ujęcie winy). Jest to zupełne odwrócenie struktury powiązania winy i kary. Według tej koncepcji to z potrzeby kary wynika wina, a nie z winy wynika potrzeba ukarania. Zdając sobie sprawę z braku możliwości udowodnienia wolności woli, możemy ją jednak

założyć. Człowiek obdarzony wolnością woli lepiej odpowiada naszemu światu wartości opartemu na przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka. Bez wolności woli oparte na godności człowieka jego szczególne miejsce we wszechświecie pozbawione zostałoby jakiegokolwiek uzasadnienia. Wychodząc z założenia przyjmującego wolność woli, uprawnione jest operowanie pojęciem winy. Nie ukrywam, że dla mnie bliższa jest ta koncepcja, która przez winę rozumie zarzut stawiany sprawcy czynu zabronionego, oparty na ocenie, że można było od niego wymagać zachowania zgodnego z prawem.

Co to znaczy, że można było wymagać zachowania zgodnego z prawem? Czy sędzia zdany tu jest wyłącznie na własne doświadczenie, wyczucie, umiejętność postawienia się w sytuacji drugiego człowieka. Nie jest tak źle. Nasza cywilizacja potrafiła ustalić i określić pewne standardowe sytuacje, w których przyjmujemy, że od sprawcy czynu zabronionego, wykazującego pewne określone właściwości lub znajdującego się w pewnej określonej sytuacji, przyjmujemy, że nie można wymagać zachowania zgodnego z prawem, że mimo popełnienia czynu zabronionego nie będziemy mogli mu przypisać winy i to niezależnie od tego, czy w rzeczywistości sprawca mógł, czy nie mógł postąpić inaczej. Tego już w rzeczywistości nie ustalamy, lecz zakładamy, bo właśnie brak nam jest do tego potrzebnych narzędzi. Dlatego nie przypisujemy winy osobom niepoczytalnym, tzn. takim, które w czasie popełnienia czynu zabronionego z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych nie mogły rozpoznać znaczenia czynu lub pokierować swym postępowaniem. Nie przypisujemy winy w zasadzie osobom, które nie ukończyły 17. roku życia, a w każdym razie osobom, które nie ukończyły 15. roku życia. Nie przypisujemy w końcu winy osobom, które działały w anormalnej sytuacji motywacyjnej, wykazującej cechy wyższej konieczności. Nie przypiszemy w końcu winy temu, który w sposób usprawiedliwiony nie mógł rozpoznać, że jego zachowanie narusza normę prawną.

Brak winy skutkować będzie brakiem kary, ale nie oznacza, że działające z upoważnienia obywatele państwo nie ma zabezpieczać się przed naruszeniami prawa ze strony osób niezdolnych do przypisania im winy. Wobec tych osób mogą być stosowane środki polegające na ich izolacji w odpowiednich zakładach leczniczych czy wychowawczych lub inne konieczne środki, jak np. pozbawienie prawa jazdy kierowcy, który ze względu na stan zdrowia stracił zdolność do prowadzenia samochodu.

Wynika z tego, że winę ustalamy w sposób pośredni poprzez wykluczenie sytuacji, które ją wyłączają. Te sytuacje wykluczające winę, chociaż nierzadkie, są jednak wyjątkami. Z reguły nie ma powodów, abyśmy sprawcy czynu zabronionego nie mogli postawić zarzutu opartego na wymagalności zgodnego z prawem zachowania się, abyśmy sprawcy nie mogli przypisać winy. Nawiasem mówiąc, wymaga takie stwierdzenie daleko idącej rewizji stanowisk odnośnie do interpretacji zasady domniemania niewinności. W rzeczywistości domniemanie niewinności oznacza obowiązek takiego trakto-

wania podejrzanego lub oskarżonego, jakby nie on był sprawcą czynu zabronionego. Jeżeli jednak to domniemanie zostaje obalone i przypisujemy danej osobie popełnienie czynu zabronionego, to raczej w miejsce domniemania niewinności wchodzi domniemanie winy, gdyż może być ono obalone tylko przez wykazanie, że zachodziła szczególna okoliczność, która wyłączyła możliwość postawienia sprawcy zarzutu.

Można powiedzieć, że przywiązywanie tak wielkiej wagi do ustalania winy w postępowaniu karnym ma swój głęboki humanistyczny sens. Prawo karne ma służyć zaspokajaniu naszego poczucia sprawiedliwości, ma służyć ochronie ważnych dla funkcjonowania społeczeństwa i ważnych dla poszczególnych obywateli dóbr, ale ma też do spełnienia funkcję gwarancyjną. Ma zapobiec skazaniu osoby niewinnej. Ta funkcja gwarancyjna wymaga pogodzenia się z tym, że mogą się zdarzyć wypadki, w których nie uda nam się obalić domniemania niepopelnienia czynu zabronionego przez oskarżonego, kiedy tym samym nie uda nam się obalić domniemania jego niewinności. Wyrok uniewinniający w wielu wypadkach jest wyrokiem stwierdzającym w rzeczywistości jedynie naszą bezsilność w postępowaniu dowodowym. Zasada domniemania niewinności ma nas ratować jednak przed jeszcze większą groźną porażką, jaką byłoby skazanie osoby niewinnej.

### **Przypisanie winy rodzi aktualnym pytanie o wymiar kary**

Musimy więc przejść teraz do drugiego pytania, dotyczącego kary i jej istoty. Powiedziałem przed chwilą, że osobę niepoczytalną, która jest groźna dla porządku prawnego, można izolować w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym. Brak winy uniemożliwia jej ukaranie. Ale czyż takie zamknięcie nie jest karą i czym się różni od pozbawienia wolności w zakładzie karnym, w którym warunki przebywania nie muszą być gorsze niż warunki, w których znajdują się niekiedy pacjenci zakładów psychiatrycznych? Czym się różni kara od środka zabezpieczającego przed niebezpiecznym sprawcą? Można powiedzieć, że zarówno karę, jak i środek zabezpieczający charakteryzuje dolegliwość odczuwana przez osobę, wobec której zastosowano taki środek. Karę, w odróżnieniu od środka zabezpieczającego, charakteryzuje jednak to, że zadanie dolegliwości było celem wymierzającego karę. W przypadku środka zabezpieczającego dolegliwość jest czymś towarzyszącym zastosowanemu środkowi, ale traktowanym jako zło konieczne, które należy minimalizować. Wymierzenie kary jest celowym zadaniem dolegliwości osobie karanej i to dolegliwości osobistej i indywidualnej, skierowanej wobec osoby karanej i która powinna być w pierwszym rzędzie odczuwana przez tę osobę. Dotknięcie dolegliwością związaną z karą wymierzoną sprawcy osób trzecich nie jest już zamiarem wymierzającego karę, chociaż może być też jej koniecznym następstwem. Także i w tym wypadku wskazane jest minimalizowanie tych niezamierzonych dolegliwości, jak np. przez objęcie opieką socjalną członków rodziny osoby pozbawionej wolności.

Ustalenie, że kara jest celowo zadaną dolegliwością osobie karanej, stawia jako nadzwyczaj aktualne pytanie o usprawiedliwienie karania. Czym uzasadnić zadawanie dolegliwości, a nawet cierpienia drugiej osobie? Tak jak sama kara, jako odpowiedź na winę, zawiera w sobie aspekt etyczny, tak jeszcze bardziej konieczne jest znalezienie etycznego uzasadnienia, a może nawet usprawiedliwienia także dla wymierzania kary.

Skoro kara jest dolegliwością zadaną człowiekowi, to można powiedzieć, że w swej istocie jest czymś złym. Jeżeli jest czymś złym, to należałoby ze świadomego wyrządzenia tego zła po prostu zrezygnować. Tak twierdzą nierzadcy zarówno w historii, jak i współcześnie przeciwnicy reagowania na przestępstwo za pomocą kary. Kiedyś Nietzsche powiedział, że kara bardziej brudzi, niż przestępstwo, na które jest reakcją. Wielu autorów zajmujących się prawem karnym sprzeciwiało się stanowczo stosowaniu kar jako reakcji na przestępstwo, i to nie tylko kary śmierci; ten kierunek, jak wiemy, znalazł szerokie uznanie także w postaci ustaw i dokumentów prawa międzynarodowego, ale przede wszystkim kary pozbawienia wolności. Karę uznawano za „niemoralną samą w sobie jako polegającą na zadawaniu cierpienia drugiemu człowiekowi” (Barth). Nie można, zdaniem przeciwników karania, reagować na zło, jakim jest przestępstwo, przez wyrządzenie innego zła (Tołstoj). Zniewalanie drugiego człowieka przez wymierzanie mu kary jest działaniem przeciwko jego godności, która powinna być nienaruszalna (Vargha).

Nie jest specjalnie trudno odeprzeć te argumenty. Nawet jeżeli się uznaje, że kara jest złem, co nie musi być do końca stwierdzeniem trafnym, to i tak nie wyklucza to usprawiedliwienia karania poprzez wykazanie, że dzięki temu złu jesteśmy w stanie zapobiec złu znacznie gorszemu. Do tych kwestii będzie nam wypadało jeszcze powrócić. Wymaga ustosunkowania się argument kwestionujący dopuszczalność karania ze względu na nienaruszalność godności człowieka. Wydaje mi się, że rzecz ma się dokładnie odwrotnie. Kara jest potwierdzeniem odpowiedzialności człowieka za jego czyny. Jest więc potwierdzeniem też jego wolności, wynikającej z przyrodzonej godności. Właśnie rezygnując generalnie z karania, pomijam w tym miejscu ocenę poszczególnych, konkretnych wypadków, czynimy z człowieka istotę nieodpowiedzialną za swoje czyny i w ten sposób negujemy jego godność. W tym znaczeniu kara ma swój głęboki humanistyczny sens. To stwierdzenie nie uniemożliwia jednak domagania się uzasadnienia kary. Pozwala jedynie, moim zdaniem, na sprzeciw wobec tych nurtów abolistycznych, które negują w ogóle dopuszczalność karania.

Tak, jak jest wiele szczegółowych koncepcji winy, tak jest jeszcze więcej szczegółowych koncepcji, starających się udzielić odpowiedzi na pytanie, jakie jest uzasadnienie kary, po co karzemy? Sprowadzę je też, tak jak w przypadku teorii winy, do podstawowych nurtów: teorii retrybutywnych i prewencyjnych. Tak, jak ma to miejsce w wielu naukach społecznych, tak też i w tym wypadku niepoślednie znaczenie będą



miały kombinacje tych dwóch podstawowych nurtów, czyli teorie mieszane. Zasadnicza różnica między wskazanymi teoriami, starającymi się znaleźć uzasadnienie karania, sprowadza się do tego, że teorie retrybtywne uzasadnienie kary widzą w popełnionym poprzednio przestępstwie. Karze się dlatego, że przestępstwo zostało popełnione, natomiast teorie prewencyjne uzasadnienia kary dopatrują się w potrzebie zapobieżenia kolejnym przestępstwom. Możemy sprowadzić te różnice, naturalnie bardzo upraszczając całe zagadnienie, do dylematu, czy kara ma być sprawiedliwa, czy kara ma być celowa? Czy Temida, wyważająca na jednej szali ciężar przestępstwa i na drugiej szali dolegliwość zawartą w karze, ma mieć opaskę na oczach, by nie widzieć kogo karze i w jakich okolicznościach zewnętrznych, czy też ma mieć oczy szeroko otwarte i patrzeć także w przyszłość? Dylemat ten zaprzęta głowę wielu myślicieli budujących naszą cywilizację. Dyskusja na ten temat absorbowała już zarówno Arystotelesa, jak i Platona, Kanta i Hegla, a także współczesnych nam filozofów.

Przypatrmy się bliżej teom poszczególnych koncepcji, zaczynając od nurtu retrybtywnego. Kara w sensie retrybtywnym jest odpłatą za wyrządzone przestępstwem zło. Swoimi korzeniami sięga niewątpliwie instytucji zemsty krwawej. Organizacja państwowa spowodowała ucywilizowanie stosunków międzyludzkich i eliminację, a w każdym razie znaczne ograniczenie, prywatnego wymiaru sprawiedliwości. Miara krzywdy i miara kary została w tym procesie zobiektywizowana. Najwcześniej znalazło to zobiektywizowanie wyraz w zasadzie talionu. Talion wprowadził bowiem miarę dla orzekania kary. Kara ma swoją dolegliwością odpowiadać dokładnie złu spowodowanemu przez sprawcę przestępstwa. W czasach nam zdecydowanie bliższych myślicielem, który wywarł bardzo poważny wpływ na rozwój retrybtywnej koncepcji kary, był Kant. Dla Kanta kara jest wyrazem idei sprawiedliwości, domagającej się odpłaty złym za wyrządzone zło. Postulat ukarania sprawcy przestępstwa jest imperatywem kategorycznym nie wymagającym żadnego uzasadnienia, w szczególności nie wymagającym uzasadnienia z punktu widzenia korzyści płynących z faktu ukarania, tak w stosunku do samej osoby ukaranej, jak i w stosunku do społeczeństwa. Kara jest w tym ujęciu celem samym w sobie. W jej istocie znajduje się jej uzasadnienie sprowadzające się do reakcji na przestępstwo. Popełnienie przestępstwa, i tylko ono, jest więc ostatecznym uzasadnieniem kary. Znany jest przytaczany przez Kanta przykład wyspy, której społeczność postanowiła się rozwiązać i rozpierzchnąć się po świecie. Obowiązkiem moralnym ciężącym na tej społeczności byłoby wykonanie wyroku śmierci na zabójcy. Wymaga właśnie tego idea sprawiedliwości wyrażana przez karę. Kant nawiązuje do koncepcji talionu, rozumianej już oczywiście nowocześnie, i domaga się, aby kara pod względem jej ciężaru odpowiadała ciężkości popełnionego przestępstwa.

Zdecydowanym zwolennikiem kary retrybtywnej był także Hegel. Przestępstwo jest zaprzeczeniem woli ogólnej wyrażonej w prawie, kara jest zaprzeczeniem przes-

tępstwa, a więc powrotem do woli ogólnej, przywróceniem prawa. Także w tym wypadku brak jest, poza logicznymi, podstaw do szukania uzasadnienia dla kary.

Obaj wielcy myśliciele niemieccy położyli podwaliny pod wielką szkołę prawa karnego, zwaną szkołą klasyczną, której symbolem może być bogini sprawiedliwości z opaską na oczach. Przedstawiciele tej szkoły, których najwybitniejszym reprezentantem w nauce polskiej był Edmund Krzymuski, przyjmując podstawową tezę o uzasadnieniu kary samej w sobie, dostrzegali także jej wartości zewnętrzne. Stosowanie kary wpływa na świadomość społeczną (Birkmayer). Członkowie społeczeństwa nabierają przekonania, że popełnienie przestępstwa pociąga za sobą karę i że ta odpłata jest też realizacją ich poczucia sprawiedliwości. Stosowanie kary wzmacnia poczucie odpowiedzialności i służy umacnianiu społecznych wartości oraz społecznej integracji. Te spostrzeżenia, wyrażane już w okresie szkoły klasycznej, a więc przede wszystkim w XIX w., warto zapamiętać. Sądzę, że zachowały bardzo dużą aktualność i dzisiaj, chociaż szkoła klasyczna już dawno przeszła do historii.

Trzeba podkreślić, że retributywne koncepcje kary, oparte na idei sprawiedliwości i doszukujące się uzasadnienia kary w niej samej, tzn. w reakcji na popełnione przestępstwo, zawierają bardzo wiele wartościowych stwierdzeń, nad którymi nie da się przejść do porządku dziennego. Ta koncepcja wymiaru kary w sposób zasadniczy dowartościowuje człowieka jako osobę charakteryzującą się przyrodzoną godnością. Fundamentem koncepcji filozoficznej Kanta jest twierdzenie, że człowiek musi być zawsze traktowany jako cel wszelkich oddziaływań, nigdy nie może być ich środkiem. „Postępuj tak, byś człowieczeństwa tak w swej osobie, jak też w osobie innego używał zawsze jako celu, nigdy jako środka” (Kant). Wymiar kary uzasadniany tylko faktem dokonania przestępstwa nie traktuje człowieka karanego jako środka do uzyskania jakiegoś celu leżącego poza osobą karaną. Jest natomiast potwierdzeniem odpowiedzialności osoby karanej za jej czyny. Hegel uważał nawet, że „kara jako gwałt na przestępcy jest nie tylko sprawiedliwa sama w sobie. Jako sprawiedliwa jest ona zarazem wolą samą w sobie przestępcy, jest potwierdzeniem jego wolności, jego prawa. Jest ona prawem samego przestępcy, to znaczy założona jest w jego istniejącej woli, w jego działaniu. (...) dzięki temu działaniu ustanowione zostało pewne prawo, które przestępca uznał za prawo dla siebie”. Nie można chyba znaleźć wyraźniejszego powiązania ze sobą wolności człowieka (jego wolności woli) z jego odpowiedzialnością.

Retributywne koncepcje kary są atrakcyjne także z jednego powodu. Dają bowiem pewną podstawę wymiaru kary – empirycznie stwierdzalny fakt popełnienia przestępstwa. Kara jest reakcją na coś, co się wydarzyło. W sposób więc przykładowy odzwierciedlają, wspomniany przeze mnie na wstępie, ugruntowany przez naszą cywilizację związek winy i kary. Teorie retributywne stwarzają więc silny fundament dla gwarancyjnej funkcji prawa karnego. Jeżeli określone zostaną także, co nie jest łatwe

i w tym tkwi pewna słabość koncepcji retrybucyjnych, jasne kryteria przeliczenia ciężaru przestępstwa na stopień dolegliwości, który ma zawierać kara, to koncepcje te mogą także zapewnić spełnienie przez wymiar kary wymagań sprawiedliwości rozdzielczej (dystrybucyjnej). Ważnym atutem tych koncepcji kary jest możliwość realizacji, w oparciu o nie, zasady równości. Kryteria wymiaru kary dla każdego są równe i mają charakter powszechny.

Są też jednak wyraźnie słabe punkty koncepcji retrybucyjnych. O jednym z nich przed chwilą wspominałem. Jest niezmiernie trudno znaleźć właściwe, powszechnie obowiązujące przeliczniki ciężaru przestępstwa na stopień dolegliwości zawarty w karze. Trzeba też od razu podkreślić, że – z samego założenia – maksymalna kara nigdy nie będzie odzwierciedleniem maksymalnego ciężaru przestępstwa określonego typu. Jeżeli tą karą maksymalną jest, tak jak w Polsce, kara dożywotniego pozbawienia wolności, to stosujemy ją np. za brutalne zabójstwo jednego człowieka, ale też za zabójstwo w akcie terrorystycznym setek ludzi orzeczonej karze nie może być inna. Można powiedzieć, że wymiar kary oparty na odpłacie zakłada adekwatność kary do ciężaru przestępstwa tylko do pewnego punktu na skali ciężkości przestępstwa. Po przekroczeniu tego punktu nadwyżka nie znajduje już odbicia w stopniu dolegliwości związanej z karą.

Z idei kary jako odpłaty wynika nie tylko wymóg, aby kara była reakcją na popełnione przestępstwo. Z idei tej wynika także założenie, że każde przestępstwo spotka się ze sprawiedliwą odpłatą. To założenie jest zupełnie nierealistyczne z dwóch przynajmniej powodów: Po pierwsze, doświadczenie życiowe uczy, że tylko pewien procent przestępstw jest ujawnionych (ciemna liczba przestępstw), a jeszcze w mniejszym procencie wypadków dochodzi do ustalenia sprawcy i pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej. Nie każdy sprawca przestępstwa podlega w rzeczywistości odpowiedzialności karnej. Po drugie, aparat państwowy nie jest w stanie doprowadzić do wykrywania każdego przestępstwa, ustalenia jego sprawcy i osądzenia go. Nie ma na świecie państwa, w którym organy policyjne, prokuratorskie i sądowe byłyby w stanie wypełnić to zadanie. Organy ścigania prowadzą więc politykę koncentrującą się na ściganiu bardziej intensywnym tylko niektórych rodzajów przestępstw i na ścisłej inwigilacji tylko niektórych środowisk przestępczych. Stwierdzenie to jest jednak jawnym zanegowaniem zasady sprawiedliwości, leżącej u podstaw retrybucyjnych, odwetowych koncepcji kary.

Przypatrzmy się teraz koncepcjom prewencyjnym kary, koncepcjom, które zakładają, że karę wymierzamy po to, aby w przyszłości nie zostało popełnione przestępstwo. W zależności od tego na jakiego adresata nakierowany jest cel kary, którym jest zapobieżenie w przyszłości przestępstwu, możemy mówić o prewencji generalnej albo o prewencji indywidualnej.

Wymiar kary nastawiony na prewencję generalną ma na celu oddziaływanie na członków społeczeństwa w tym kierunku, aby fakt ukarania sprawcy przestępstwa powstrzymał ich od popełniania przestępstw. Zdecydowanym zwolennikiem uzasadniania kary prewencją generalną był J. Bentham. Swój system filozoficzny, z którego wyprowadzał koncepcje kary, oparł na zasadzie użyteczności. Jego zdaniem głównym czynnikiem motywującym ludzi do takiego, a nie innego postępowania jest dążenie do uzyskania maksimum przyjemności i do minimalizowania przykrości. Wprowadzając zagrożenie karą za popełnione przestępstwo, ustawodawca dodaje do elementów branych pod uwagę przy podejmowaniu decyzji działania istotny czynnik dodatkowy zwiększający motywację w kierunku uniknięcia przykrości, jaką niewątpliwie dla sprawcy jest kara. Wyobrażenie dolegliwości związanej z groźącą karą powinno przeważać nad wyobrażeniem pożytku związanego z popełnieniem przestępstwa. W tym ujęciu kara nie jest żadną reakcją na popełnione przestępstwo, lecz jest instrumentem polityki społecznej państwa, mającym służyć zapobieganiu popełniania przestępstw w przyszłości. Bentham przyznaje, że kara jest złem samym w sobie. Zgodnie z założeniami systemu filozoficznego Benthama, jego zasadą użyteczności, karę jako zło samo w sobie należy stosować tylko wtedy, gdy możemy spodziewać się, że unikniemy jeszcze większego zła. Można powiedzieć, że Bentham wprowadził po raz pierwszy do myślenia karnistycznego kategorie ekonomiczne. Nie należy operować karą w tych przypadkach, gdy jest ona bezskuteczna, gdy nie jest właściwym środkiem do powstrzymania przed popełnianiem określonych czynów i nie należy operować karą wtedy, gdy jest ona nieopłacalna tzn., gdy zło wyrządzone człowiekowi przez wymiar kary jest większe niż zło wynikające z popełnionego przestępstwa. Zgodnie z założeniem utylitarystycznym zło, dolegliwość zawarta w karze, musi przewyższać korzyść odniesioną z popełnionego przestępstwa. Ta nadwyżka groźącej dolegliwości powinna być znacząca, gdyż korzyść osiągnięta z przestępstwa jest czymś realnym i bliskim, natomiast dolegliwość wynikająca z kary, jeśli się weźmie pod uwagę znaczny odsetek przestępstw nie ukaranych, jest czymś odległym i niepewnym. Nadwyżka ta usprawiedliwiona jest także koniecznością oddziaływania na innych jako odstraszenie potencjalnych sprawców przestępstw.

Wiele z Bethamowskich przemyśleń jest aktualnych także dzisiaj i nawet łatwo przemawia do naszej wyobraźni. Przypomnę tylko, że przedstawiony Sejmowi tzw. projekt obywatelski nowego kodeksu karnego, a w rzeczywistości projekt „Prawa i Sprawiedliwości”, oparty jest w zasadniczym stopniu na idei wymiaru kary jako czynnika odstrasżającego innych od popełnienia przestępstw. Kara przez swą surowość, przewidzianą w ustawowym zagrożeniu, szczególnie w wysokim dolnym progu tego zagrożenia, potwierdzoną następnie wymiarem już konkretnej kary wobec sprawcy przestępstwa ma powstrzymać innych rozmiarem dolegliwości znacznie przekraczającym korzyść związaną z popełnieniem przestępstwa. Ta bardzo spójna i na pierwszy rzut oka prze-

konywająca koncepcja ma jednak szereg słabych punktów. Po pierwsze, trzeba zakwestionować sam punkt wyjścia odnoszący się do strony motywacyjnej sprawcy przestępstwa. To zbyt duże uproszczenie, że decyzja o popełnieniu lub niepopełnieniu przestępstwa jest wynikiem rachunku zysków pochodzących z przestępstwa i strat wynikających z ewentualnej kary. Wiele przestępstw popełnianych jest w wyniku tzw. „krótkiego spięcia”, kiedy to w ogóle nie dochodzi do tego typu kalkulacji. Brak jest miejsca na dokonywanie bilansu zysków i strat w odniesieniu do przestępstw nieumyślnych stanowiących dzisiaj większość popełnianych przestępstw. Prewencja generalna w znaczeniu idei wymiaru kary jako czynnika odstrasżającego innych przed popełnianiem przestępstw jest trudno weryfikowalna. Możemy oczywiście przyjąć, że bez oddziaływania za pomocą kary stopień zagrożenia wielu dóbr prawnych byłby znacznie większy, ale z drugiej strony nie da się zaprzeczyć, że stosowane od wielu pokoleń kary nie były w stanie wyeliminować przestępstw. Wprowadzenie ostatnio w Polsce bardzo surowych kar za samo prowadzenie pojazdów mechanicznych w stanie nietrzeźwości nie spowodowało zmniejszenia tego zjawiska. Przede wszystkim jednak przeciwko idei odstrasżania innych za pomocą kary wymierzanej sprawcy przestępstwa da się podnieść zarzut natury zasadniczej. Człowiek karany staje się środkiem, którym się w takim wypadku posługujemy, aby wpłynąć na innych. Karzemy go surowiej, niż by to było usprawiedliwione stopniem zawinienia, aby przez tę nadwyżkę ukarania uzyskać efekt odstrasżający. Taka koncepcja kary skierowana jest przeciwko godności człowieka i z punktu już czysto jurydycznego można stwierdzić, że jej wprowadzenie na grunt polskiego porządku prawnego naruszałoby art. 30 obowiązującej Konstytucji.

Wymiar kary nastawiony na prewencję indywidualną ma na celu zapobieżenie za pomocą kary powrotowi do popełnienia przestępstwa przez osobę ukaraną i to bądź przez uniemożliwienie jej popełnienia następnego przestępstwa (izolacja dożywotnia lub wieloletnia), bądź przez odstraszenie za pomocą kary przed popełnieniem następnego przestępstwa lub przez resocjalizację.

Osobą, której dzieła najbardziej znacząco przyczyniły się do rozwoju koncepcji indywidualno-prewencyjnej był Liszt. Kryminolog działający na przełomie XIX i XX w. Jego wybitnym uczniem i osobą, która w znacznym stopniu wzbogaciła naukę prawa karnego i koncepcję prewencji indywidualnej, był twórca polskiego kodeksu karnego z 1932 r. Juliusz Makarewicz.

Liszt, w przeciwieństwie do Benthama, nie negował odpłaty jako istoty kary. Twierdził tylko, że nie w odpłacie należy poszukiwać jej uzasadnienia. Kara odpłatą po prostu jest, bo jest reakcją na popełnione przestępstwo. Uzasadnienia kary natomiast należy szukać poza nią i Liszt znajduje je w zapobieganiu popełnieniu ponownie przestępstwa przez osobę karaną. W jaki sposób możemy zapobiec ponownemu popełnieniu przestępstwa, zależy od tego, kim jest sprawca. Akt karania zostaje bardzo wyraźnie

przesunięty z przestępstwa na przestępcę. Wprawdzie karzemy z powodu popełnionego przestępstwa, ale karzemy jego sprawcę i od jego osobowości, ukształtowanej przez czynniki wewnętrzne i zewnętrzne (społeczne), zależeć będzie, w jaki sposób musi być pomyślana kara jako środek zapobiegający popełnieniu przestępstwa na przyszłość. Liszt wprowadza typologię przestępców. Przestępców niepoprawnych, do których zaliczał przestępców z nawyknięcia, zawodowych, zatwardziałych recydywistów, należy unieszkodliwić przez izolację lub eliminację. Przestępców nie potrzebujących poprawy (okazjonalnych, większości sprawców przestępstw nieumyślnych) należy odstraszyć za pomocą zastosowanej wobec nich sankcji. Natomiast przestępców nadających się do poprawy należy resocjalizować.

Także i to spojrzenie na uzasadnienie kary i jej funkcje jest na pierwszy rzut oka bardzo kuszące. Wielką zasługą Liszta było zwrócenie uwagi na sprawcę jako podstawowego aktora w procesie wymiaru kary. Można powiedzieć, że to Liszt zerwał Temidzie opaskę z oczu, domagając się, aby przyjrzała się temu, kogo karze. Liszt zapoczątkował rozwój instytucji probacyjnych: warunkowego umorzenia postępowania, warunkowego zawieszenia wykonania kary, warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary. Jemu zawdzięczać należy rozwój instytucji zajmujących się skazanym pozostającym na wolności (kuratorzy, różnorodne ośrodki terapeutyczno-wychowawcze). W kontekście naszych współczesnych dyskusji na temat polityki karnej warto byłoby zauważyć, że koncepcja prewencji indywidualnej była w dużym stopniu reakcją na niepowodzenia w zwalczaniu przestępczości w okresie bezwzględного panowania szkoły klasycznej. Wymierzanie kary według wyłącznie racjonalizacji sprawiedliwościowej, a więc kary retributywnej, nie było w stanie zahamować wielkiego wzrostu przestępczości notowanego w drugiej połowie XIX w.

Jednak także i ta koncepcja ma swoje słabsze punkty, które nie pozwalają jej uznać za panaceum na trapiący ludzkość problem zwalczania przestępczości.

Przestępstwo w tej koncepcji sprowadzone zostaje raczej do pretekstu zastosowania kary, niż do przyczyny, która by karę uzasadniała. Rodzaj kary i jej wymiar tracą związek z popełnionym przestępstwem i są uzależnione od oceny osobowości sprawcy. Prowadzi to do rozstrzygnięć oczywiście sprzecznych z naszym poczuciem sprawiedliwości. Osoby niegroźne dla społeczeństwa i dla innych osób, raczej uciążliwe, jak drobni złodzieje, włóczędzy, mogą, z uwagi na zakwalifikowanie ich do niepoprawnych, być skazywani na długie lata izolacji. Wystarczy przypomnieć z polskiej praktyki tzw. ośrodki przystosowania społecznego funkcjonujące w oparciu o kodeks karny z 1969 r., w których przeważnie brak było sprawców groźnych przestępstw. Zarzut z punktu widzenia zasady sprawiedliwości może być aktualny także w przeciwnym kierunku, gdy sprawca poważnego przestępstwa zostanie, i słusznie, uznany za przypadkowego, co nie będzie wymagało kary surowej, lecz raczej kary szokującej celem odstraszenia. Przede wszyst-

kim trzeba podnieść, że system tu zaproponowany jest niezmiernie drogi, wymagając już na etapie postępowania przygotowawczego dokładnego rozpoznania osobowości podejrzanego, przyczyn demoralizacji, jej stopnia, postaw życiowych. Czyżby więc brak było racjonalnego wyjścia z tego impasu, gdy dotychczasowe koncepcje kary zawodziły? Było ich oczywiście znacznie więcej, niż tu przedstawione, chociażby wspomnieć o modnych dzisiaj, szczególnie w nauce amerykańskiej, kierunkach zmierzających do ekonomicznego uzasadnienia kary.

Uważam, że już nawet tu przedstawione koncepcje wskazują, że w każdej z nich zawarta jest jakaś istotna myśl, że zwracają uwagę na ważne aspekty procesu wymiaru kary. Żadnej z nich jednak nie udało się ująć kary w sposób kompleksowy, uwzględniający wszystkie istotne elementy tego zjawiska. Może warto przyjrzeć się dokładniej, w oderwaniu od ciąży w Polsce nad problemami prawa karnego walki politycznej, nad rozwiązaniem przyjętym przez obowiązujący kodeks karny.

Kodeks w art. 53 stanowi, że sąd wymierza karę według swojego uznania w granicach przewidzianych przez ustawę. Ważne jest więc najpierw ustalenie granic grożących kar za poszczególne typy przestępne. Nie jest to zadanie łatwe. Ustawodawca musi w oparciu o przyjętą aksjologię wyznaczyć hierarchię poszczególnych dóbr chronionych prawem karnym. To wymaga takiego określenia, szczególnie maksymalnie grożących kar, aby kara grożąca maksymalnie za korupcję nie przekraczała swoją surowością kary grożącej za zabójstwo, a nawet za spowodowanie trwałego kalectwa. Wyznaczając wysokości maksymalne i minimalne grożących kar, ustawodawca musi mieć świadomość tego, że opis typu czynu zabronionego w ustawie jest daleko posuniętym uogólnieniem. Ustawodawca nie może określić w ustawie wielu cech, które decydować będą o stopniu szkodliwości konkretnego przestępstwa. Stąd konieczność wprowadzenia wystarczających ram dla sędziowskiego uznania, który te indywidualne cechy czynu będzie rozpoznawał. Dalej kodeks karny stanowi, że sąd ma baczyć na to, by orzeczona kara swą dolegliwością nie przekraczała stopnia zawinienia. To wyraźne nawiązanie do racjonalizacji sprawiedliwościowej, jednak jest ono inaczej w kodeksie ujęte, niż przedstawiały to dotychczasowe koncepcje. Wina nie jest jedynie racją wymiaru kary, ale pełni także funkcje limitującą. Kara swoją dolegliwością nie może przekraczać stopnia winy. Stopień zawinienia wyznacza maksimum kary w konkretnej sprawie. Ustawa stwierdza także, że sąd, wymierzając karę, ma wziąć pod uwagę potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Jest to niewątpliwie nawiązanie do prewencji generalnej jako dyrektywy wymiaru kary, ale zupełnie inaczej pomyślanej niż w pismach Benthamy. Los skazanego nie ma stanowić odstrasżającego przykładu dla innych. Prewencję generalną, o której myśleli twórcy kodeksu, należy rozumieć pozytywnie jako działanie w kierunku uświadomienia społeczeństwu, że dobra są rzeczywiście chronione prawem, że ich naruszenie jest oceniane jako coś złego i pociąga za sobą negatywne

konsekwencje. W świadomości członków społeczeństwa, którzy dowiedzą się o wyroku, powinno utwierdzić się przekonanie o wartości danego dobra prawnego. Przypomnijmy sobie, że taką funkcję kary widzieli też niektórzy epigoni szkoły klasycznej. W tym ujęciu dochodzi do daleko idącego zbliżenia wymiaru kary dyktowanego racjami sprawiedliwościowymi i generalno-prewencyjnymi. Sąd wymierzając karę, nie powinien zejść poniżej poziomu społecznej tolerancji, kiedy to konkretny wymiar kary nie będzie już działał w kierunku wzmocnienia przekonania o wartości dobra prawnego, kiedy będzie raczej nasuwał myśli, że dobro nie jest w dostateczny sposób chronione. Prewencja generalna wyznacza więc minimum kary, która może być orzeczona w konkretnym postępowaniu. W końcu ustawa nakazuje uwzględnić przy wymiarze kary stopień społecznej szkodliwości czynu. Chodzi w tym wypadku o stopień szkodliwości konkretnego czynu, za popełnienie którego sądzony jest konkretny sprawca. Mamy więc w tym wypadku jednoznaczne odwołanie się do kary jako odpłaty oraz sąd ma uwzględnić cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego. Polski kodeks karny nakazuje więc uwzględnić przy wymiarze kary dyrektywy wynikające z wszystkich omawianych wyżej koncepcji. Nie ma to być jednak wypadkowa rezultatów różnych dyrektyw, lecz każda z nich ma pełnić inną, równie ważną funkcję. Przypomnijmy, granice konkretnej kary w ramach ustawowego zagrożenia ma wyznaczać stopień winy (maksimum kary) i prewencja generalna (minimum kary). W tak wyznaczonych granicach wymierzona kara ma uwzględniać stopień społecznej szkodliwości oraz cele zapobiegawcze i wychowawcze w stosunku do skazanego.

Jeżeli więc zadaliśmy wcześniej pytanie, czy kara ma być sprawiedliwa, czy celowa? To odpowiedzieć na nie należy następująco: Kara musi być i sprawiedliwa, i celowa. Musi być przede wszystkim racjonalna, jak racjonalnie powinny być stosowane wszystkie środki polityki społecznej, do których arsenału kara niewątpliwie należy.