

O *ius puniendi* uwag kilka

W 2006 r. ówczesny Rzecznik Praw Obywatelskich Janusz Kochanowski zwrócił się na łamach dziennika „Rzeczpospolita” do polskiego środowiska karnistycznego z apelem o ponowne przemyślenie zasad i celów, jakie winny leżeć u podstaw prawa karnego oraz rozważenie przeformułowania środków, za których pośrednictwem prawo karne powinno owe zasady i cele realizować i gwarantować. J. Kochanowski uznał bowiem, że obowiązujące wówczas (od 1997 r.) rozwiązania rozmięły się z potrzebami i oczekiwaniami społecznymi. Dlatego też wezwał teoretyków i praktyków karnistów do zastanowienia się nad potrzebą stworzenia nowego kodeksu karnego, który zostałby oparty na przesłankach odmiennych od dotychczasowych. Rzecznik Praw Obywatelskich wyraził przy tej okazji dosyć znamienne przekonanie, że co do samego uprawnienia państwa do karania ludzi istniała rzekomo powszechna zgoda, czyli innymi słowy pisząc, że prawo karania miałoby być jakoby niekwestionowane i że nie wymagałoby w związku z tym jakiejś dodatkowej refleksji w odróżnieniu od samej struktury i treści przepisów oraz ich kodeksowego kształtu¹.

Pomimo, że *prima facie* stanowisko zaprezentowane przez Kochanowskiego w kwestii podstaw karania wydaje się naturalne, oczywiste i trafne (wystarczy przypomnieć sobie, ile miejsca w podręcznikach czy innych publikacjach naukowych poświęca się na dyskurs w tej materii²), to już chwilowa, nawet protonaukowa refleksja nad zagadnieniem *ius puniendi* może wprawić nas w przynajmniej drobną konfuzję³. Na jakiej

¹ J. Kochanowski, *Dziesięć zasad odpowiedzialności karnej* [w:] „Rzeczpospolita”, wydanie z 25 lipca 2006 r. (nr 3898), s. X1. Wspomniany tekst dra J. Kochanowskiego rozpoczyna się od bardzo ważnej konstatacji: „W gruncie rzeczy bardziej istotna [od zagadnień: kary łagodne czy surowe oraz pierwszeństwa surowości kary czy jej nieuchronności - przyp. T.S.] jest kwestia, na ile w ogóle mamy prawo karać i w jaki sposób”. Niestety już następne zdanie zdawało się dezawuować wagę postawionego problemu, albowiem ówczesny Rzecznik Praw Obywatelskich oświadczył: „Dla mnie jest to czysto retoryczne pytanie (...)”.

² Dobrym przykładem tendencji do przemilczania tego zagadnienia może być skądinąd wielce interesująca w sferze opisowej i niejednokrotnie kontrowersyjna w warstwie ocennej monografia Mirosławy Melezini pt. *Punytwność wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX wieku* (Białystok 2003), w której, pomimo, że poświęcona została drobiazgowej analizie poziomu represyjności polskiego prawa karnego w ubiegłym stuleciu, kwestii podstawy owego karania (*ius puniendi*) nie poświęcono ani jednego akapitu.

³ Również śp. dr Janusz Kochanowski, pomimo wyżej cytowanej wyraźnej deklaracji o uznaniu odpowiedzi na pytanie o podstawę karania, za zagadnienie „czysto retoryczne”, jednocześnie zauważał, że „zaletą” już chociażby samego postawienia pytań o prawo i sposób karania „jest to, że uzmysławia, jak bardzo złożone mogą być na nie odpowiedzi, które zresztą i w historii prawa karnego, i współcześnie

bowiem podstawie rządzący w danym miejscu i w określonym czasie (władza publiczna) uznają się za władnych do występowania w imieniu innych ludzi, rzekomo w ich obronie i w ich interesie, przeciwko innym ludziom, którym następnie – przy wystąpieniu określonych okoliczności – wymierzają karę? I z jakiego powodu wszyscy ci ludzie zasadniczo i najczęściej bez większych oporów czy nawet zdziwienia poddają się owej karzącej władzy, której notabene granice punitivnego działania zdają się czasem trudne do uchwycenia lub skonkretyzowania?⁴ Można zapewne za Johnem Locke'em powtórzyć, że ludzie sami pozbawili się prawa karania innych i przenieśli to uprawnienie w toku domniemanej umowy społecznej na władzę publiczną w obawie przed eskalacją przemocy immanentnie związanej ze stanem bycia sędzią we własnej sprawie⁵. Tłumaczenie to jest bardzo interesujące, ponieważ zakłada, że granice prawa rządu do karania zostały jakoby wyraźnie zakreślone przez ludzi (a raczej przez utworzone przez nich społeczeństwo) w toku powoływania do życia państwa oraz, że rząd może działać legalnie (w tym karać ludzi) tylko i wyłącznie w z góry wyznaczonych materiach i (czego już J. Locke wyraźnie nie wyartykułował) wyraźnie określonych formach. Jednak czy można rzeczywiście zasadnie wyjaśniać przysługujące rzekomo państwu *ius puniendi* poprzez odwołanie się do idei rządu jako niezależnego arbitra wyłonionego wolą ludzi? Nasze wątpliwości muszą obudzić się już chociażby wówczas, gdy przypomnimy sobie, że przecież sądy państwowe nie orzekają w imieniu pokrzywdzonych, że pokrzywdzony w toku postępowania przygotowawczego często jeszcze (pomimo wielu pozytywnych zmian proceduralnych) postrzegany jest przez prowadzących je funkcjonariuszy państwa w kategoriach uprzykrzającego się petenta, oraz że wiele czynów uznanych za

były i są udzielane”. *Ibidem*. Nie trzeba szerzej uzasadniać, że cała dalsza część tekstu J. Kochanowskiego poświęcona została przedstawieniu zasad reformy prawa karnego wynikających z konkretnego, uprzednio dokonanego przez Rzecznika Praw Obywatelskich wyboru światopoglądowego, który to wybór był odmienny od wyboru dokonanego wcześniej przez twórców kodeksu karnego z 1997 r. Jeżeli ktoś jeszcze dziś, w XXI w. mniema, że można żyć, działać i podejmować decyzje egzystencjalne poza ideologicznymi uwarunkowaniami, to powinien jak najszybciej, aby pozbyć się złudzeń, zapoznać się z pracami Karla Mannheima *Ideologia i utopia*, Lublin 1992 i *Socjologia wiedzy*, Warszawa 1961).

⁴ Mamy tu do czynienia z tzw. pytaniami dopełnienia dopuszczającymi wiele różnorodnych odpowiedzi, których prawdziwość wynika dla każdego z nas przede wszystkim z Pareciańskich, przedracjonalnych, często nawet nie w pełni uświadomionych założeń. Warto w tym kontekście przypomnieć, że *ius puniendi* jest często ujmowane w szerokim znaczeniu obejmującym zarówno sferę normatywną (tworzenie karnych norm prawnych), jak i sferę wykonawczą (wydawanie na podstawie aktów normatywnych orzeczeń sądowych, a czasem też administracyjnych, oraz ich następcze wykonywanie). Zapomina się jednak przy tym jednocześnie, że najbardziej wyrazistym współcześnie przykładem działania państwa na podstawie rzekomo przysługującego mu *ius puniendi* jest możliwość, jak to eufemistycznie się określa, likwidacji osób podejrzanych o terroryzm (np. Wielka Brytania, Francja, USA) oraz podejmowania działań obejmujących zabijanie własnych obywateli, jeżeli miałyby to na celu usunięcie powszechnego niebezpieczeństwa (por. dyskusję, jaka toczyła się w Niemczech na kanwie projektu ustawy zezwalającej na zestrzelenie samolotu pasażerskiego w przypadku zagrożenia terrorystycznego).

⁵ J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, Warszawa 1992, s. 171–172 (traktat 2. § 13).

przestępstwa za swój przedmiot nie ma dóbr poszczególnych ludzi lecz interes rządzących. Osobliwie w pierwszym i w trzecim przypadku wyraźnie widzimy, że Locke'owskie usprawiedliwienie *ius puniendi* odwołujące się do próby uniknięcia stanu naruszającego zasadę *nemo iudex in causa sua* rozmija się dziś radykalnie z rzeczywistością, gdyż po pierwsze państwo, wymierzając kary we własnym imieniu (albo w imieniu jakiejś innej domniemanej wspólnoty, takiej jak np. *das Volk* w Trzeciej Rzeszy) uznaje, że nie tyle poszczególni ludzie, ile przede wszystkim ono samo jest pokrzywdzone czynem zabronionym pod groźbą kary, a po drugie tworząc całą gamę przestępstw niemających za przedmiot ochrony dóbr prawnych poszczególnych osób lub ich naturalnych grup (takich, jak np. rodzina czy wspólnota lokalna), lecz tylko interesy władzy publicznej, państwo (rządzący) wprost staje się sędzią we własnej sprawie. Zauważmy przy tej okazji, że w naszym przeświadczeniu mniemanie, jakoby sędziowie, pomimo bycia funkcjonariuszami państwa (*vide* art. 174 Konstytucji RP, art. 115 § 13 pkt 3 k.k.), mogli orzekać sprawiedliwie i bezstronnie, bo są zgodnie z Konstytucją niezawisli, czyli innymi słowy wiara w możliwość znalezienia sprawiedliwych i bezstronnych arbitrów występujących w imieniu wspólnoty politycznej i utrzymywanych jednocześnie przez tę wspólnotę, jest elementem charakterystycznym dla myślenia utopijnego na równi z przekonaniem, że możliwe jest znalezienie sprawiedliwych rządzących lub nauczenie takowych sprawiedliwości⁶. Nawet jednak, gdybyśmy założyli realną możliwość uniezależnienia mentalnego otrzymującego wynagrodzenie⁷ od wręczającego wynagrodzenie, czy to ze względu na to, że jest jakoby możliwe wyselekcjonowanie wystarczającej liczby ludzi o nadzwyczajnym i bezwyjątkowym poczuciu bezstronności i sprawiedliwości (antydemokratyczna teza o zasadniczej nierówności ludzi), czy też z uwagi na rzekomą możliwość uczynienia tego za pośrednictwem formuł językowych zawartych w aktach normatywnych (*nota bene* czyż nie jest to ciekawy przykład myślenia magicznego: specyficzne zwroty i określenia użyte w specyficznej formie miałyby kształtować rzeczywistość⁸), to pozostaje otwarte pytanie w pierwszym przypadku: po co potrzebne jest pań-

⁶ Por. J. Szacki, *Spotkanie z utopią*, Warszawa 2000, s. 48–49.

⁷ Pod pojęciem wynagrodzenia należy rozumieć nie tylko gratyfikację finansową za wykonywaną pracę, ale również system dodatkowych nagród i bodźców pozafinansowych oferowanych za działania zgodne z oczekiwaniami wynagradzającego (np. możliwość przyznawania awansów dzięki uprzedniej hierarchizacji ludzi, udzielanie częściowej władzy nad innymi, prestiż społeczny związany z władaniem i decydowaniem o losach innych itp.).

⁸ Zwrotu myślenie magiczne używamy w znaczeniu opisowym a nie wartościującym. Jesteśmy dalecy od podejścia charakterystycznego dla końca XIX i początków XX wieku deprecjonującego myślenie magiczne z uwagi na jego rzekomy immanentny irracjonalizm (por. np. koncepcje Edwarda Burnetta Taylora, który określał je jako 'przedlogiczne'). Nie przesądzamy tu zatem w szczególności zasadności – tak charakterystycznej dla prawników – wiary w moc sprawczą regulowania rzeczywistości za pośrednictwem aktów normatywnych. Jak się wydaje, jednym ze sposobów interpretacji myślenia prawniczego mogłoby być umiejscowienie go w modelu myślenia magicznego przedstawionym przez Bro-

stwo do selekcjonowania bezstronnych, jeśli tacy ludzie po prostu istnieją i każdy mógłby ich poprosić o pomoc lub ich wynająć (nie wspominając już o tym, że jeśli ich poczucie sprawiedliwości byłoby takie nadzwyczajne, to ludzie ci sami, z własnej woli zapewne pomagaliby w rozstrzygnięciu sporów), w drugim natomiast: dlaczego (lub po co) władza publiczna, na podobnej zasadzie jak niezawisłość sędziowska, nie zadekretuje całego szeregu innych pożądaných relacji społecznych, rozwiązując w ten sposób bolączki tego świata. Istnieje jeszcze jedna intrygująca okoliczność wskazująca na konieczność zakwestionowania użyteczności dobrotliwej i wolnościowej idei Locke'a co do ustalenia źródła *ius puniendi* obecnego państwa: współczesne prawo karne i to zarówno materialne, jak i procesowe zakłada, że pełną ochroną ze strony państwa objęte są tylko te czyny, które władza publiczna ze względu na skutki materialne lub osobnicze uznaje za godne uwagi z punktu widzenia przede wszystkim jej interesów. Podział przestępstw na prywatnoskargowe i ścigane z urzędu, który mamy tu na myśli, można tłumaczyć co prawda niedostatkami środków pozostających w dyspozycji państwa, ale można również wskazać (bez kwestionowania ważności pierwszej odpowiedzi), że źródło owego rozdzielenia tkwi faktycznie w skupieniu się prawodawcy i funkcjonariuszy publicznych na ochronie interesów rządu traktującego obywateli i ich majątek jako swoją własność. Wskazywać na to mogłoby chociażby kreowanie ściganych z urzędu takich przestępstw jak udział w bójce (art. 158 § 1 i art. 159 k.k.)⁹ lub publiczne znieważenie

nisława Malinowskiego w artykule pt. *Magic, Science and Religion* (zamieszczonym w *Magic, Science and Religion and Other Essays*, Glencoe – Illinois 1948). Zgodnie z poglądem tego wybitnego antropologa kulturowego myślenie magiczne zakładało zdolność bezpośredniego oddziaływania przez ludzi na rzeczywistość poprzez przekształcanie jej w pożądanym kierunku za pośrednictwem słów lub dźwięków. Wadą takiego sposobu rozumienia myślenia prawniczego jest przyjęcie instrumentalnego i przynajmniej w pewnej mierze analogowego charakteru owego oddziaływania. Nie kwestionując możliwości występowania prawników postrzegających świat i działających w nim w duchu przedstawionym przez Malinowskiego, w naszym przeświadczeniu bardziej adekwatne byłoby w tym przypadku tzw. podejście symboliczne zaproponowane m.in. przez Stanleya J. Tambiaha, zgodnie z którym powiązanie pomiędzy słowem, gestem i innymi zachowaniami a wystąpieniem w zewnętrznym świecie potencjalnych skutków wspomnianych zachowań ma charakter pośredni, symboliczny właśnie. Dla wyjaśnienia mechanizmu wpływu symboli (działań symbolicznych) na rzeczywistość można posłużyć się tu wprowadzoną przez Johna L. Austina kategorią wypowiedzi performatywnych. Szerzej w sprawie myślenia magicznego zob. A. Glucklich, *The End of Magic*, Oxford 1997, oraz Michael F. Brown, *Thinking About Magic* [w:] *Anthropology of Religion. A Handbook*, Ed. by S. Glazier, Westport 1997, s. 121–136.

⁹ W obu przypadkach karalność udziału w bójce uzależniona jest od wystąpienia dodatkowych okoliczności, nie niweczy to jednak podstawowej kwestii związanej z istotą bójki, tzn. dobrowolności udziału w niej świadomych jej charakteru i możliwych skutków, dorosłych ludzi. Penalizacja tego czynu właśnie ze względu na owe dodatkowe przesłanki podkreśla przedmiotowe podejście prawodawcy do człowieka. Jako ciekawostkę można tu przytoczyć uwagę poczynioną przez współczesną karnistkę włoską Sarah Musio, że jednymi z ważniejszych przejawów wpływu faszyzmu na prawo karne były 1) penalizacja większości zachowań ze względu na interes państwa oraz 2) specyficzny, podporządkowany zasadzie nadrzędności interesu państwa układ części szczególnej kodeksu karnego. Autorka ta zauważyła m. in.: „Venendo alla parte speciale del codice, è in essa che l'impronta autoritaria del regime fascista si

przedmiotu czci religijnej (art. 196 k.k.¹⁰) albo dopuszczenie wkroczenia prokuratora do postępowania prywatnoskargowego ze względu na „interes społeczny” (art. 60 § 1 k.p.k.). Jeszcze wyraźniej wspomniane zjawisko uprzedmiotowienia obywatela-poddanego przez państwo można zauważyć w innych przepisach, takich jak np. zawartych w tzw. ustawie o transplantacji z 2005 r. w zakresie dotyczącym zakazu tzw. handlu organami¹¹. Ta z pozoru humanitarnie motywowana regulacja w rzeczywistości jest przykładem uprzedmiotowienia obywatela poprzez uznawanie go za własność państwa, gdyż z jednej strony pozbawia się człowieka przyrodzonego prawa do własnej osoby (a zatem też i jego ciała) poprzez zakaz odpłatnego zbywania własnych organów, z drugiej natomiast władza publiczna prowadzi obrót ludzkimi organami łącznie z ich sprzedażą, jak to ma miejsce przykładowo w przypadku krwi. Stan ten przypomina niepokojąco obraz przedstawiony przez Trazymacha w słynnym platońskim dialogu zatytułowanym *Państwo*: rządzeni są jak stado owiec i baranów, rządzący zaś jak pasterze. Tylko osoba nieroztropna – zauważał ów słynny sofista – może mniemać, że pasterze chronią stado z uwagi na interes jego członków, a nie ze względu na dobra, które owce i barany przynoszą

registra con maggiore nettezza. Non solo per il proliferare delle fattispecie incriminatrici e per il generalizzato inasprimento delle sanzioni ma, soprattutto, per la c.d pubblicizzazione degli oggetti di tutela. Se ciò risulta di per sé illuminante del sistema di valori espresso in questo codice, ad esso si deve aggiungere l'ordine con il quale i titoli della parte speciale vengono a delinearsi”. Owo ‘upaństwowienie’ przedmiotu ochrony odnajdowała S. Musio w różnych częściach kodeksu Rocco, przy czym – jak podniosła – bardziej widoczne były „la componente pubblicistica nei *delitti contro la moralità pubblica e il buon costume* (Titolo IX del Libro II), dove non soltanto il reato di violenza carnale e gli atti di libidine violenti vedono in primo luogo come referente lesivo la pubblica morale, ma dove nelle fattispecie di ratto di donna coniugata e non, o di minorenni, attraverso la previsione di determinate attenuanti, lo Stato si fa portavoce di una concezione per la quale la donna non è tutelata in rapporto alla sua libertà personale, ma in relazione al potere che su di essa esercitano il marito o la famiglia”. S. Musio, *La vicenda del Codice Rocco nell'Italia repubblicana*, <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/law-ways/musio/cap1.htm> [odczyt: 22.04.2011 r.]

¹⁰ Osobliwość tego przestępstwa polega na uprzedmiotowieniu Boga i aniołów oraz, w przypadku wiary członków Kościoła katolickiego i prawosławnego, osoby Najświętszej Marii Panny, jak i osób świętych, gdyż ustawodawca w zasadniczo zgodnej opinii doktryny i judykatury w określeniu „przedmiot czci religijnej” zawarł również Boga, anioły czy świętych, oraz że taki właśnie był zamiar i intencja twórców kodeksu (o nielicznych wyjątkach zob. W. Janyga, *Przestępstwo obrazy uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2010, s. 214–215 i przyp. 299). Pomijając fakt, że zasygnalizowane stanowisko nauki i sądownictwa (poparte m.in. przez wspomnianego Wojciecha Janygę) jest przejawem niedopuszczalnej interpretacji rozszerzającej (złamanie konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege*), to warte uwagi jest przedmiotowe i instrumentalne potraktowanie jednostkowego uczucia religijnego chronionego tylko ze względu na tzw. porządek publiczny (spokój wśród szerokich rzesz poddanych), a nie z uwagi na odczucia poszczególnego człowieka. Zagadnienie to dotyczy zresztą większej liczby przestępstw odwołujących się do kategorii publicznego działania.

¹¹ Zob. ustawę z dnia 1 lipca 2005 r. Dz. U. Nr 169, poz. 1411 (z późn. zm.), osobliwie zaś zawarte w niej przepisy karne (art. 43 – 46 b).

pasterzom: mleko, wełnę i *last but not least* mięso¹². Brutalny, acz niepokojąco urzeczywistniający się współcześnie pogląd Trazymacha co do istoty władzy państwowej może skierować naszą uwagę na drugi typowy sposób tłumaczenia rzekomego istnienia uprawnień państwa do karania ludzi, tj. do założenia, że *ius puniendi* tkwi w samej istocie państwa (lub w jakiejś zewnętrznej wobec ludzi sile, która ową istotę państwa kształtuje) i że jest ono tym samym pierwotne wobec decyzji i sądów ludzi państwu podległych¹³. Wiele czynników zdaje się potwierdzać zasadność owego podejścia, osobliwie zaś wyżej wymienione współczesne przykłady faktycznych relacji zachodzących na linii państwo – obywatel. Czy jednak wszystkie zdarzenia faktyczne (fakty społeczne i zachowania władzy publicznej) związane z działalnością punitywną państwa oraz jej nawykową aprobatą przez ludzi można uznać za uzasadnione, usprawiedliwione czy uprawnione? Znowuż nawet chwilowe zastanowienie powinno nas skłonić do większej ostrożności w bezwarunkowym zaakceptowaniu idei samoistnego prawa państwa do karania. Tym razem powściągliwość wynikałaby przecież nie tyle z analizy zastanego porządku, ile raczej z uświadomienia sobie niebezpieczeństw, jakie przyjęcie owej idei pociąga za sobą. Prowadzi ono bowiem w sposób nieunikniony do kwestii potencjalnej nieograniczoności *ius puniendi*, czego wyrazisty przykład mieliśmy przede wszystkim w przypadku prawa karnego Związku Radzieckiego i Trzeciej Rzeszy, ale ślady czego można także odnaleźć we współczesnych oligarchiach tworzących chociażby Unię Europejską. Kto bowiem, to znaczy jaki podmiot lub podmioty, miałyby prawo, a następnie moc odkrycia lub wyznaczenia granic owej rzekomo samoistnej kompetencji państwa, a następnie ich wyegzekwowania? Ludzie, lud, społeczeństwo lub naród? Taka odpowiedź kieruje nas ponownie do wszystkich wątpliwości wyłaniających się na tle Locke'owskiej koncepcji konsensualistycznej, spotęgowanych jeszcze świadomością, że – jak pokazało nauczanie Tomasza Hobbesa – idea umowy społecznej ani *de iure* ani *de facto* nie

¹² Platon, *Państwo*, Kęty 2001, s. 34 (ks. I, 343 B).

¹³ Gwoli ścisłości należy zaznaczyć, że zgodnie z poglądem Trazymacha bezpośrednim źródłem *ius puniendi* państwa była wola ludzi. Specyfika koncepcji owego sofisty polegała jednak na przyjęciu, że nie wszyscy ludzie (a czasem nawet nie większość jak było to u Locke'a) podejmowali w tym zakresie decyzję, a jedynie ci, którzy byli najsilniejsi. Państwo zaopatrzone w *ius puniendi* (niezależnie od ustroju w nim panującego, więc dotyczy to również demokracji) stanowiło zatem zawsze tylko narzędzie silnych (tj. rządzących) w jeszcze sprawniejszym panowaniu nad słabymi (poddanymi). Co warte odnotowania, owo przysługujące państwu prawo karania, pomimo że w rzeczywistości było pochodną reguły (prawa) natury określającej sprawiedliwość jako władzę silnych nad słabymi, to jednak prawem stało się dopiero – jak można domniemywać – w wyniku uzyskania sankcji instytucjonalnej, stworzonej mocą decyzji ludzi (umowa społeczna). Od chwili powołania do życia państwa wszyscy, a zatem również umawiający się podlegają *ius puniendi polis* (osobliwie przykładowo w sytuacji zmiany ustrojowej). W tym zakresie pogląd Trazymacha różniłby się od koncepcji głoszonej przez Kritiasza, zgodnie z którą pojmowany jednostkowo podmiot tworzący władzę publiczną, a następnie ją też sprawujący, znajduje się ponad prawem karania.

jest w stanie uchylić niebezpieczeństwa konieczności bezwzględnego poddania się ludzi woli Lewiatana. Ponadto, częściowo pomijając już Hobbesowski obraz śmiertelnego boga, nie możemy uciec od doświadczenia wpływającego z dominujących dziś ustrojów oligarchicznych, tzn. musimy sobie zadać pytanie o to, co miałyby ograniczać rządzącą elitę. Może inne elity wzajemnie się kłinczujące zgodnie z Sorelowską koncepcją walczących mniejszości? Odpowiedź ta sugeruje jednak możliwość pojawienia się z dużym prawdopodobieństwem sytuacji nieograniczoności władzy publicznej, bo co miałyby stać się kresem roszczeń zwycięskiej elity? Jeśli zatem nie ludzie – obywatele lub jakieś szczególnie aktywne ich grupy miałyby wyznaczać ramy *ius puniendi*, to może mogłyby to czynić jakieś wspólnoty zewnętrzne wobec państwa, takie jak na przykład Kościół lub organizacje międzynarodowe. W przypadku Kościoła odpowiedź jest współcześnie negatywna ze względu na załamanie się średniowiecznej idei rozdzielenia Kościoła i państwa pod wpływem rewolty awerroistycznej i powrotu do starożytnej idei monistycznej. Innymi słowy dopóki państwo nowożytne nie wyrzeknie się roszczeń do statolatryzacji (a nic na to na razie nie wskazuje), dopóty droga dualistyczna pozostanie zamknięta. Bardziej zasadne wydaje się skierowanie uwagi na organizacje międzynarodowe, jednak także i w tym przypadku dosyć szybko natknijemy się na kolejny problem: kto miałby wyznaczać granice ingerencji owych ciał ponadpaństwowych albo, jeżeli owe ciała byłyby suwerenne, to kto wyznaczałby ramy *ius puniendi* przysługującego wspomnianym metastrukturom. Jak widzimy odpowiedź ta jedynie pozornie rozwiązuje problem, w rzeczywistości bowiem przenosi go tylko na inną płaszczyznę. Podstawowa kwestia związana z niebezpieczeństwem konieczności uznania nieograniczoności państwa (pełnego uzależnienia ludzi od woli i siły rządzących) w zakresie *ius puniendi* pozostaje nieuchylona. Na marginesie można przypomnieć, że świadomość trudności związanych z zagadnieniem granic, przysługującego jakoby państwu prawa karania w mniej lub bardziej wyraźny sposób przejawiała się w dyskusjach naukowych i praktycznych już od dłuższego czasu. Pod koniec XIX i w XX w. wykształciły się dwa podejścia do tej kwestii. Pierwsze, reprezentowane m.in. przez Karla Bindinga i Arturo Rocco, zakładało, że *ius puniendi* było prawem podmiotowym państwa bądź rodzącym się w momencie naruszenia normy chroniącej obywatela (Binding) bądź wynikającym z prawa państwa jako osoby do ochrony własnej egzystencji oraz egzystencji tworzących go ludzi, dla których działanie przestępcze stanowi zagrożenie (A. Rocco). Drugie podejście reprezentowane m.in. przez Enrico Ferriego, krytykując wyżej wspomniane ujęcie za jego rzekomą nieadekwatność do rzeczywistości, w szczególności ze względu na nieprawidłowe oddanie relacji zachodzących między państwem a obywatelem i przestępcą, głosiło, że *ius puniendi* jest wyrazem natury samego państwa objawiającej się w mocy władania, tzn. wydawania nakazów i zakazów popartych sankcją. Zauważmy

tu, że koncepcja ujmująca *ius puniendi* jako pochodną władzy (potestas) z pozoru wydaje się bardzo obiecująca w sprawie wyjaśnienia istoty rozpatrywanego zjawiska, jej konsekwencją jest jednak przekształcenie obywatela w poddanego, a nawet pojawienie się nihilizmu prawniczego, czego okrutny i bestialski przykład stanowiła nauka i praktyka karna Sowietów¹⁴.

Wyżej wskazane wątpliwości, dotyczące rzekomo samoistnie przysługującego państwu prawa do karania, pogłębiają się w związku z jeszcze jedną sprawą. To pewne, że pogląd głoszący, iż *ius puniendi* przynależy państwu niezależnie od woli ludzi, jest o wiele starszy od zasygnalizowanego wcześniej stanowiska konwencjonalistycznego, gdyż jego odzwierciedlenie możemy odnaleźć chociażby w staroegipskiej koncepcji maat czy w pierwszych kodyfikacjach sumeryjskich i semickich. Występował on już zatem na ponad tysiąc lat przed „greckim cudem” tworzenia prawa przez wspólnotę religijno-polityczną (polis) zebraną na agorze, która następnie owemu prawu się podporządkowywała¹⁵. Należy tu jednak podkreślić, że wspomniane egipski czy mezopotamski poglądy nie oddawały w żadnym razie najbardziej podstawowych intuicji ludzkich dotyczących prawa karania, lecz były wyrazem wyobrażeń powstałych w już rozwiniętych strukturach państwowych, a zatem stanowiły próbę oswojenia stanu funkcjonowania w łonie na swój sposób prymitywnie totalnej struktury władczej¹⁶. Wydaje się, że istnieje możliwość dotarcia do jakiegoś naturalnego (w znaczeniu przedpaństwowego) rozumienia idei kary i uprawnienia do karania (przy zastrzeżeniu, że operujemy obecnie jedynie w kręgu języków indoeuropejskich), a jedną z metod mogłaby tu być próba odtworzenia pierwotnego znaczenia współczesnych słów stosowanych w tym kontekście. Polskie wyrazy kara i karać zdaniem najbardziej znanego twórcy rodzimego słownika etymologicznego Aleksandra Brücknera związane są z czasownikiem ‘korzyć’

¹⁴ O systemie prawa karnego w Rosji po rewolucji leninowskiej zob. szerzej A. Bosiacki, *Utopia, władza, prawo. Doktryna i koncepcje prawne „bolszewickiej” Rosji 1917–1921*, Warszawa 1999, s. 216 i n. Dodajmy, że prawnicy sowieccy z dużym upodobaniem odwoływali się do włoskiej szkoły pozytywistycznej w prawie karnym, której E. Ferri był czołowym przedstawicielem.

¹⁵ Celnie istotę tego starogreckiego fenomenu ujął francuski historyk i antropolog kultury Perre Vidal-Naquet w następującym pytaniu: „W jaki sposób mogło dojść do tej jakże niezwyklej sytuacji, w której społeczność będzie mogła ogłaszać dekrety (...) zawierające formułę (...) zawsze mnie osobiście wprawiającą w podziw: *spodobalo się miastu ... , spodobalo się ludowi ... , spodobalo się Radzie i Zgromadzeniu ...*, formułę wyrażającą suwerenność grupy równych sobie obywateli?”, P. Vidal-Naquet, *Rozum grecki a polis* [w:] P. Vidal-Naquet, *Czarny łowca. Formy myśli i formy życia społecznego w świecie greckim*, Warszawa 2003, s. 324.

¹⁶ Godzi się przypomnieć, że i w Egipcie i w państwach sumeryjskich (a także w wielu późniejszych państwach semickich występujących na obszarze Mezopotamii) występowała forma centralnie sterowanej gospodarki, która dla swojej funkcjonalności wymagała istnienia znaczącej kontroli społecznej. Warte uwagi jest, że pomimo podobnych warunków wyjściowych cywilizacje egipska i sumeryjska przedstawiały stosunkowo odmienne podejście do rzeczywistości zarówno w sferze religijnej, jak i politycznej.

i całą grupą słów pochodnych takich jak ‘korzyć się’, ‘upokorzyć’, ‘korny’, ‘karny’, ‘pokorny’, ‘na przekór’ czy ‘przekora’. Językoznawca ten zauważył również, że źródłosłów tych wszystkich wyrazów znajdował się w „nie znanym nam już” słowie ‘kor’ oznaczającym hańbę¹⁷. Dopowiedzmy, że starosłowiańskie *kor nawiązywało do praindoeuropejskich *koro-s, *korjo-s oznaczających – jak się dziś przyjmuje – wojnę, wojsko i wojownika, lub do powiązaniem zresztą z *koro-s i *korjo-s słowem *kar- będącym czasownikiem oddającym czynność besztania, strofowania, karania i napiętnowania¹⁸. W licznych językach europejskich znajdujących się pod silnym oddziaływaniem łaciny wyrazy oddające czynność karania oraz karę nawiązują natomiast do rzymskich słów ‘poena’ i ‘poenalis’. Poprzez późnołacińską i średniowieczną formę ‘penalis’ (oznaczającą: odnoszący się do kary, karny, karzący) wpłynęły dla przykładu na powstanie starofrancuskiego słowa ‘peinal’, które we współczesnym francuskim brzmi ‘pénal’ zaś w języku angielskim ‘penal’. Nie wiemy jednak jakim dokładnie słowem oryginalnie posługiwali się Rzymianie na określenie kary, ponieważ wspomniany łaciński wyraz sam był zapożyczeniem z greki, a pisząc dokładniej, był przyswojonym wyrazem ποινή oznaczającym karę właśnie ponoszoną często w postaci grzywny, w tym przede wszystkim jako tzw. główszczyzna (niem. *Wergeld* z protogermańskiego **werageldaz* oznaczającego zapłatę za człowieka – w domyśle: zabitego). Wspomniany starogrecki rzeczownik, który oznaczał również rekompensatę, okup, wykupienie i uwolnienie, korzeniami swymi sięgał natomiast do praindoeuropejskiego słowa **kwoinai*, którego rdzeń **kwei-* odnosił się – zgodnie ze współczesnymi rekonstrukcjami – do czynności zadośćuczynienia, zapłaty oraz wyrównania szkody¹⁹. Jak można zatem na podstawie powyższych uwag wnosić u zarania kara nie odnosiła się do jakiegś zorganizowanej działalności represyjnej państwa czy jakichś protopaństwowych struktur. Wręcz przeciwnie, kara

¹⁷ A. Brückner, *Słownik etymologiczny języka polskiego*, Warszawa 2000, s. 218 i 258. Wiesław Borys w swoim *Słowniku etymologicznym języka polskiego* (Kraków 2005) podał, że współczesne kara pochodzi od prasłowiańskiego *kara oznaczającego ‘upokarzanie’, ‘poniżanie’, ‘łajanie’, ‘lżenie’, ‘strofowanie’ i ‘naganę’, przy czym sam wyraz *kara miałby wywodzić się z (jak się można domyślać, gdyż autor nie wyraził tego wprost, poprzez słowo *karati - upokarzać, łajać; dzisiejsze karać) prasłowiańskiego *koriti oddającego czynność ‘upokarzania’, ‘łajania’, ‘lżenia’, czy ‘czynienia zarzutów’. Słowo *koriti natomiast, będące podstawą dla dzisiejszego ‘korzyć się’ pochodzić miałyby od praindoeuropejskiego *kar oznaczającego ‘lżyć’, ‘karcić’. (s. 222 i 251). Inny językoznawca, Andrzej Bańkowski stwierdził natomiast, że słowo ‘karać’ pochodzi od *kar-a-ti, *ka-raje oznaczających: ‘strofować słowem, ganić, łajać’ oraz, że „z powodów semantycznych i innych nie przekonuje wiązanie z *kor-i-ti”, czyli dzisiejszym korzyć. A. Bańkowski, *Słownik etymologiczny języka polskiego*, Warszawa 2000, s. 631.

¹⁸ Por. szerzej <http://www.utexas.edu/cola/centers/lrc/ielex/PokornyMaster-X.html> [odczyt: 27.01.2013]

¹⁹ Zob. szerzej hasło ‘penal’ w D. Harper, *Online Etymology Dictionary*, <http://www.etymonline.com/index.php?term=penal> [odczyt: 20.02.2013]. Jako ciekawostkę można tu dodać, że w języku niemieckim łaciński wyraz *poena* odzwierciedlony jest w słowie *Pein*, oznaczającym męczarnie, męki, natomiast odpowiednik niemieckiej kary to wyraz *Strafe*, które wywodzi się ze średnio-wysoko-niemieckiego słowa *strafe* oznaczającego naganę i zwrócenie uwagi w celu poprawy.

w swej istocie była formą przywrócenia równowagi po czynie ją zakłócającym, przy czym działanie to odnosiło się do relacji występujących między ludźmi bez pośrednictwa władzy publicznej. Prawo karania, czyli otrzymania rekompensaty za krzywdę (szkodę) przysługiwało człowiekowi skrzywdzonemu (poszkodowanemu) lub jego najbliższym, którzy w przypadku śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu bezpośrednio pokrzywdzonego (poszkodowanego), narażeni zostali na krzywdę i stratę. Pytanie, które musi się w tym miejscu pojawić dotyczy tego, czy kiedykolwiek ludzie dokonali cesji *ius puniendi* na państwo, a jeżeli tak, to czy wszyscy musieli je przelać, aby było skuteczne wobec wszystkich, oraz jaki był zakres owej cesji.

Na koniec tego krótkiego wprowadzenia w tytułowe zagadnienie warto jeszcze zauważyć, że przedstawiony wcześniej potoczny, dychotomiczny podział koncepcji dotyczących źródeł prawa państwa do karania ludzi i przyczyn bezwolnego z zasady poddawania się ludzi owej władzy (dobrowolny transfer uprawnień z ludzi na państwo *versus* niezależne od ludzi samoistne uprawnienie państwa) wydaje się w obliczu kończącego poprzedni akapit pytania wymagać pewnego usystematyzowania, wyjaśnienia i rozbudowania o dodatkową kategorię skupiającą głosy negujące istnienie bądź prawomocność *ius puniendi*. W naszym przeświadczeniu bowiem wszystkie koncepcje dotyczące genezy i podstawy funkcjonowania tej instytucji można podzielić na trzy, nierozdzielone w sposób kategoriyczny grupy, przy czym kryteriami pozwalającymi na ich wyodrębnienie są sprzężone z sobą i wyznaczające continuum odpowiedzi przeświadczenia: o pierwotnym źródle przedmiotowego prawa (człowiek – kosmos), oraz o trybie jego powstania obejmującym przekonanie o jego naturalnym bądź konwencjonalnym pochodzeniu (*fysis – nomos*) i o jego przyjęciu przez siłowe narzucenie lub przez wyrażenie zgody (*bia – nomos*). Pierwsza grupa zawiera endogenne teorie wywodzące prawo karania przez państwo z aktu wynikającego z woli lub natury rozumnie ludzi (teorie nomosoidalne), której przykładem jest przywołana już koncepcja Locke’a, a także poglądy wyłożone przez Protagorasa, niektórych przedstawicieli doktryny chrześcijańskiej (np. F. Suareza) oraz większość innych reprezentantów doktryn zakładających kontraktualistyczną genezę państwa. Innymi słowy teorie nomosoidalne zakładają, że pierwotnym źródłem prawa karania jest człowiek (zasadniczo jednorodni w swej istocie ludzie), który następnie w wyniku złożenia oświadczenia woli przekazał je jakiejś wspólnotie (np. wspólnotie politycznej w postaci państwa lub narodu; czas, zakres i moc wiążąca owego przekazania jest odrębną kwestią) albo też, że prawo to powstaje dopiero w wyniku wspólnej decyzji ludzi kreujących wspólnotę i poddających się na tej drodze w określonym zakresie władzy publicznej. Do grupy tej można również zaliczyć teorie przyjmujące, że prawo karania należy co prawda do pierwotnego wobec ludzi porządku natury, jednak dla swej mocy i pełnej skuteczności musi zostać zaopatrzone

wolą pewnej elity w sankcję instytucjonalną i narzucane następnie całej populacji (np. Trazymach, Kritiasz, św. Augustyn i Carl Schmitt). Do teorii nomosoidalnych można zaliczyć ponadto naszym zdaniem, z pewną ostrożnością, również doktrynę państwa absolutnego opracowaną przez Tomasz Hobbesa. Należy poczynić tu jednak zastrzeżenie, że ze względu na wykreowaną na mocy umowy społecznej totalność władzy suwerena oraz na jego faktyczny status podmiotu stojącego ponad systemem normatywnym, idea Hobbesa zbliżona jest do teorii fysisoidalnych. O jej przynależności do nurtu konwencjonalidalnego przesądza jednak założenie, że powszechna zgoda ludzi wygenerowała nieograniczoną władzę państwa do karania. Druga grupa skupia egzogenne tłumaczenia przedmiotowego fenomenu poszukujące źródeł *ius puniendi* w siłach czy zjawiskach zewnętrznych wobec świadomej lub wolnej aktywności człowieka (teorie fysisoidalne), których przykładem mogą tu być koncepcje głoszone przez Platona, Arystotelesa, Georga W. F. Hegla, Arturo Rocco oraz wielu myślicieli chrześcijańskich lub muzułmańskich czy też liczne grono przedstawicieli pozytywizmu prawniczego. Koncepcje te zakładają, że władza i państwo należą do porządku natury (hipoteza silna) lub, że państwa i władza są nam dane, a ich geneza nie ma istotnego wpływu na istniejącą i funkcjonującą w rzeczywistości społecznej, ekonomicznej i religijnej instytucję kary stosowanej przez dominującą strukturę polityczną (hipoteza słaba), i w związku z tym *ius puniendi* jest immanentną cechą porządku publicznego, którą ludzie muszą zaakceptować i której stosowanie mogą co najwyżej modyfikować ze względu na inne immanentne elementy ładu państwa. Trzecią wreszcie grupę, którą z uwagi na uwypuklenie elementu przemocy można określić jako biaidalną, stanowią teorie przyjmujące, że *ius puniendi* jest wynikiem działania określonej grupy zmierzającej za pośrednictwem państwa do zakwestionowania naturalnego porządku, a w szczególności do zanegowania pierwotnej wolności i autonomii ludzi. Do grupy tej można przykładowo zaliczyć zarówno Kaliklesa przyjmującego, że państwo jest efektem sprzecznej z naturą działalności ludzi słabych, którzy za pomocą instytucjonalnej przemocy starają się okiełznać lepszych od siebie, czy Diogenesa z Synopy, jak i adamitów jak też Grupa ta obejmuje również inne nurty anarchistyczne i anarchizujące, w tym i te, które w ogóle odmawiają państwu prawa karania ludzi jako sprzecznego z jakimś wcześniejszym naturalnym porządkiem nieznającym kary, jak i te, które uznają rzekome *ius puniendi* za nie posiadający żadnej podstawy normatywnej wyraz dominacji siły i przemocy, który musi zostać w ostateczności odrzucony. Innymi słowy chodzi nam tu zatem o szeroko pojęte koncepcje anarchistyczne, tj. zarówno o wyrażane przez przedstawicieli klasycznego anarchizmu (W. Godwin, J. P. Proudhon, M. Bakunin, J. É. Reclus, P. Kropotkin), jak i o częściowo przynajmniej anarchizujących reprezentantów innych doktryn (np. H. D. Thoreau, M. Striner, F. Nietzsche, F. Pelloutier, L. Tołstoj, M. Rothbard, C. Castoriadis,

wczesny D. Cohn-Bendit, M. Bookchin), by się odwołać tylko do XIX i XX wiecznych postaci.

Niniejszy artykuł nie rościł sobie w żadnej mierze pretensji do całościowego ujęcia zagadnienia, ograniczając się wyłącznie do wyartykułowania kilku uwag i do próby systematyzacji części wcześniejszych poglądów. Jednak już na tej fragmentarycznej podstawie można – jak się wydaje – pokusić się o pewne uogólnienia. Po pierwsze godzi się zauważyć, że rzeczą niezmiernie istotną dla prowadzenia prawidłowego dyskursu naukowego, a także dla kształtowania się adekwatnych do odczuć społecznych (a nie tylko przekonań elit) regulacji oraz właściwych praktyk orzeczniczych i penitencjarnych, potrzebne jest wyraźne uświadomienie sobie przez dyskutantów i decydentów charakteru zajmowanego stanowiska ideowego. Złudzenie, że istnieje jakieś czysto prawnicze ujęcie zagadnień prawnych, powinno zostać z uwagi na swoją przestarzałość, niezgodność z rzeczywistością i nienaukowość zdecydowanie odrzucone. Po drugie należy pamiętać o konsekwencjach, które pociągają za sobą poszczególne opcje ideowe; sięgnięcie do pogłębionych analiz doktrynologicznych byłoby w tym zakresie bardzo potrzebne, gdyż uwrażliwiałoby uczestników dyskursu na zalety i słabości dokonywanych przez nich często na poziomie czystej intuicji indywidualnych wyborów. Po trzecie wreszcie chcielibyśmy wskazać na preferowaną przez nas ideę zakładającą, że *ius puniendi* przynależało i przynależy cały czas każdemu człowiekowi, a jego czasowa delegacja na wspólnotę polityczną następuje dopiero w chwili naruszenia prawa danego człowieka przez inny podmiot²⁰. Prawo karne materialne i formalne winno zostać zatem dostosowane do tego stanu np. poprzez wprowadzenie kontrydiktoryjności postępowania, usunięcie z systemu prawnego przestępstw (lub przynajmniej wyraźne ograniczenie ich liczby), w których chroniony jest interes państwa oraz przestępstw ściganych z urzędu, czy wreszcie poprzez usunięcie podziału przestępstw na publiczno- i prywatnoskargowe. Wspominamy tu tylko o kilku skutkach odrzucenia dotychczasowego paradygmatu co do natury *ius puniendi*. Szerszy opis skutków wspomnianego wyboru wymagałoby jednak osobnego tekstu, dlatego też kwestii tej nie będziemy już w tym miejscu rozwijać.

²⁰ Uznajemy to za ideę regulatywną, tzn. nie twierdzimy, że ma ona rzeczywiste, przedmiotowe uprawnienie, ale że jest konieczna dla prawidłowego ułożenia relacji prawnokarnych (na podobnej zasadzie, na jakiej dla L. Kołakowskiego lub M. Eliadego Bóg, chociaż nie był możliwy, był jednocześnie konieczny. A. Miś, *Filozofia współczesna. Główne nurty*, Warszawa 2000, s. 236–237).