

Dominika Bek

asystent, Uniwersytet Śląski, Katowice

Znaczenie odmienności kulturowej sprawcy dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego

Wprowadzenie

Temat artykułu mieści się w kręgu rozważań o tzw. obronie przez kulturę¹ i szerzej – ocenie karnoprawnej czynów motywowanych kulturowo. Opracowując zagadnienie adekwatnej odpowiedzi materialnego prawa karnego na odmienną kulturową sprawcę czynu, rozstrzygnąć należy problem uwzględnienia tejsz odmiennosci przy ocenie karygodności konkretnego czynu oraz przy ocenie potrzeby kryminalizacji całych kategorii czynów warunkowanych przez kulturę. Celem pracy jest ustalenie miejsca kulturowej odmiennosci sprawcy pośród czynników kształtujących ocenę społecznej szkodliwości czynu. Zasadniczą kwestią jest odpowiedź na pytanie o to, czy już *de lege lata* kulturowa zależność sprawcy i jego czynu może znaleźć swoje odzwierciedlenie w ocenie karygodności, czy też wymagałoby to nowelizacji art. 115 § 2 k.k. Przede wszystkim jednak uzasadnienia wymaga potrzeba takiego uwzględnienia.

¹ Koncepcja obrony przez kulturę (*cultural defence*) zakłada wykorzystanie argumentu przynależności sprawcy do danej grupy kulturowej, w celu wyłączenia lub ograniczenia jego odpowiedzialności bądź złagodzenia kary. Argument ten może być wykorzystywany jako strategia obrony w postępowaniu karnym, bądź jako uzasadnienie tworzenia i stosowania narzędzi prawa karnego materialnego, zmierzających do modyfikacji odpowiedzialności karnej na korzyść osób kulturowo odmiennych. Bezkrzytyczne stosowanie obrony przez kulturę niesie oczywiście zagrożenia, np. ryzyko naruszania praw człowieka (zwłaszcza kobiet czy dzieci), zasady równości wobec prawa (uprzywilejowanie jednych grup kosztem innych), utrwalania negatywnych stereotypów na temat mniejszości kulturowych oraz naruszenia spójności systemu prawa karnego. (O. Sitarz, *Culture defence a polskie prawo karne*, „Archiwum Kryminologii” 2007–2008, t. 29–30; S. Sykuna, J. Zajadło, *Kontrowersje wokół tzw. obrony przez kulturę*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 6; J. Bojarski, M. Leciak, *Polskie interkulturowe prawo karne (?) – niektóre aspekty tzw. obrony przez kulturę*, [w:] *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak, Toruń 2012.

Pojęcie społecznej szkodliwości czynu zabronionego i charakter katalogu z art. 115 § 2 k.k.

Na wstępie poczynić wypada pewne ustalenia, które stanowić będą punkt wyjścia do dalszych rozważań². „Społeczna szkodliwość” dość powszechnie uznawana jest za pojęcie o dwojakim charakterze. Odróżnić trzeba bowiem oceny dokonywane przez ustawodawcę na etapie kryminalizacji danej kategorii zachowań, od tych przeprowadzanych przez organy wymiaru sprawiedliwości wobec konkretnego czynu zabronionego³. W niniejszym tekście przyjmuje się za Robertem Zawłockim rozróżnienie terminologiczne, idące w ślad za dualistycznym charakterem omawianej instytucji⁴. Ujemna zawartość kategorii czynów stanowiąca podstawę ich kryminalizacji i penalizacji nazywana będzie społecznym niebezpieczeństwem. Natomiast element struktury przestępstwa weryfikowany przez organy wymiaru sprawiedliwości na płaszczyźnie konkretnego czynu zabronionego i decydujący m.in. o jego karygodności, nazywany będzie społeczną szkodliwością. Choć powyższe rozróżnienie nie jest zbyt rozpowszechnione i nie pokrywa się idealnie z leksykalnym znaczeniem zwrotów „społeczne niebezpieczeństwo” i „społeczna szkodliwość”, to z pewnością pełni funkcję porządkującą. Ponadto upływ czasu pozwala już odciąć się od historycznego kontekstu użycia tych zwrotów. Niniejszy artykuł koncentruje się na społecznej szkodliwości rozumianej jako element struktury przestępstwa.

Akceptacja tezy o dwoistym charakterze tego, co powszechnie nazywa się społeczną szkodliwością czynu, dodatkowo wzmocnia nienowe twierdzenie, że art. 115 § 2 k.k. wyznacza jedynie przedmiot oceny społecznej szkodliwości konkretnego już czynu, a nie podstawę kryminalizacji. Nie oznacza to oczywiście, że podstawy oceny społecznego niebezpieczeństwa są diametralnie różne od tych zaprezentowanych w słowniczku ustawowym, a jedynie – że ustawodawca podejmując decyzję o kryminalizacji, nie jest tym katalogiem związany. Uznać należy też w ślad za innymi autorami⁵, że katalog z art. 115 § 2 k.k. wyznacza zakres przedmiotu oceny stopnia społecznej szkodliwości, a nie kryteria tej oceny. Cenną w tym kontekście jest uwaga Ewy Plebanek, że

² Szersze uzasadnienie przyjętych poglądów zob.: D. Bek, *Konstrukcja katalogu czynników kształtujących ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu a granice kryminalizacji*, [w:] *Granice kryminalizacji i penalizacji*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, Olsztyn 2013, s. 129–138.

³ E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 17 i nast.; R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 97.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, s. 175 i nast.; E. Plebanek, *op. cit.*, s. 252; A. Grześkowiak, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012, s. 635.

„umieszczenie w ustawie karnej «kwantyfikatorów» [kryteriów oceny – D.B.] kłóciłoby się z podstawowymi założeniami idei wprowadzenia do kodeksu karnego pojęcia społecznej szkodliwości czynu. Praktyczny walor tej instytucji na płaszczyźnie stosowania prawa to właśnie danie możliwości prawidłowego wartościowania i oceniania przypadków nietypowych, dla których generalna, abstrakcyjna ocena może okazać się nieadekwatna do tego stopnia, że zastosowanie normy sankcjonującej byłoby sprzeczne z zasadami państwa prawa”⁶.

Z perspektywy tematu opracowania doniosłą kwestią jest konstatacja tycząca zamkniętego charakteru omawianego katalogu. Przyjęcie tego założenia oznacza bowiem, że jeżeli ma się, *de lege lata*, przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości uwzględniać odmiennosc kulturową sprawcy, to musi ona znaleźć swoje odzwierciedlenie w którymś z elementów katalogu. Na interpretację przepisu jako wyznaczającego katalog zamknięty wskazują chociażby rezultaty wykładni językowej. Brak tu bowiem zwrotów, które pozwalałyby na przyjęcie tezy o eksplikatywnym charakterze wyliczenia⁷. Słusznie zauważa R. Zawłocki, że uwzględnienie w ocenie społecznej szkodliwości elementów niewymienionych w przepisie art. 115 § 2 k.k. sprzeczne byłoby z zasadą *nullum crimen sine lege*⁸. Pełne otwarcie katalogu doprowadziłoby *de facto* do przyjęcia całościowego (uniwersalnego) ujęcia przedmiotu oceny w miejsce ujęcia kompleksowego (przedmiotowo-podmiotowego), a tym samym katalog z § 2 stałby się fikcją. Dowolność w zakresie dobierania przedmiotu oceny społecznej szkodliwości stanowiłaby naruszenie gwarancyjnej funkcji prawa karnego i stwarzałaby pole do nadużyć znanych już z poprzedniej epoki⁹. Trafnie wskazuje też Jarosław Majewski, że rozszerzająca interpretacja omawianego katalogu niejednokrotnie stałaby w sprzeczności z zasadą *in dubio pro reo* oraz *nullum crimen sine lege stricta*¹⁰.

Akceptacja płynących z podstawowych zasad prawa karnego wniosków o niedopuszczalności swobodnego doboru przedmiotowego zakresu oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, nie daje jeszcze jednoznacznej wskazówki co do elementów kształtujących tę ocenę. Interesującą koncepcję w tym zakresie prezentuje Tomasz Kaczmarek, zdaniem którego katalog sform-

⁶ E. Plebanek, *op. cit.*, s. 253.

⁷ *Ibidem*, s. 271.

⁸ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 210.

⁹ T. Kaczmarek, *O elementach wyznaczających treść społecznej szkodliwości czynu zabronionego i jej stopień (ekspozycja problemów spornych)*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 133.

¹⁰ J. Majewski, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 1166–1167.

mułowany przez ustawodawcę w przepisie art. 115 § 2 k.k. jest zamknięty, ale „w tym i tylko w tym znaczeniu, że pozostawiający poza jego zakresem wszystkie te właściwości sprawcy, czy takie okoliczności kontekstu sytuacyjnego czynu, które nie są bezpośrednio związane z przedmiotowo-podmiotowymi znamionami popełnionego czynu”¹¹. Autor, choć aprobejuje zadekretowane przez ustawodawcę kompleksowe ujęcie przedmiotu oceny społecznej szkodliwości, za rozsądne uznaje otwarcie katalogu w granicach przedmiotowo-podmiotowych, kładąc przy tym szczególny nacisk na kształtujące stronę podmiotową właściwości osobiste sprawcy¹². Wydaje się, że trudno jest obronić taką interpretację przepisu art. 115 § 2 k.k. w jego obecnej postaci. Nawet potraktowanie koncepcji T. Kaczmarka jako postulatu *de lege ferenda*, spotkać by się mogło ze słusznym zarzutem zacierania różnicy między przestępnością czynu a karalnością jego sprawcy¹³. Pamiętać wszak trzeba, że stopień społecznej szkodliwości wpływa nie tylko na dobór reakcji prawnokarnej, ale też na samą przestępność czynu zabronionego, a różnicowanie tej ostatniej z uwagi na nienależącą wprost do znamion cechę podmiotu (nawet związaną z samym czynem, jak chce T. Kaczmarek) sprzeczne byłoby z zasadą równości wobec prawa.

W kierunku poszerzenia przedmiotu oceny społecznej szkodliwości czynu zmierzają też, jak się zdaje, poglądy R. Zawłockiego. Choć przyznaje on, że katalog z art. 115 § 2 k.k. jest zamknięty, równocześnie stwierdza, iż analizowany przepis nie zawiera wyczerpującego katalogu okoliczności uwzględnianych przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości, gdyż do zakresu oceny społecznej szkodliwości wchodzi zarówno elementy wymienione w art. 115 § 2 k.k. (nawet jeśli nie należą do znamion czynu), jak i niewymienione w tym przepisie, a obecne w ustawowym opisie danego czynu¹⁴. Wśród „pominiętych” elementów autor wymienia: rodzaj i charakter zagrożonego dobra, rodzaj i charakter wyrządzonej szkody, rodzaj i charakter naruszonych obowiązków oraz rodzaj i wagę naruszonych uprawnień, wagę naruszonych reguł ostrożności, świadomość sprawcy naruszającego reguły ostrożności¹⁵. Takie zestawienie okoliczności sugeruje, że R. Zawłocki także pragnie pozostać w granicach przedmiotowo-podmiotowych, przy czym, wychodząc poza zakres wytyczony przepisem art. 115 § 2 k.k., ściśle chce trzymać się znamion danego czynu zabronionego. Ujęcie takie pozwala na odparcie zarzutu

¹¹ T. Kaczmarek, *op. cit.*, s. 143–144.

¹² *Ibidem*, s. 139–144.

¹³ A. Zoll, *Materialnoprawna problematyka warunkowego umorzenia postępowania*, Warszawa–Kraków 1973, s. 67.

¹⁴ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 210–212.

¹⁵ *Ibidem*, s. 210.

naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*, pozostaje jednak w sprzeczności z językowym komunikatem zawartym w słowniczku ustawowym i jego wykorzystanie w praktyce wymiaru sprawiedliwości wymagałoby, jak się zdaje, nowelizacji przepisu. W obecnym kształcie katalog ma zatem charakter zamknięty w ścisłym tego słowa znaczeniu i nie może być poszerzany o elementy wprost w nim nie wyrażone. Zaznaczyć też trzeba, że postulowane przez R. Zawłockiego uwzględnianie znamion czynu zabronionego przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości konkretnego zachowania może w pewnym zakresie okazać się zbędne, gdyż wpływ tych czynników na społeczną szkodliwość dostrzegł już sam ustawodawca kreując typ przestępstwa i dobierając sankcję.

Dla opracowywanego tematu istotne wydaje się też pytanie o to, czy oceniając społeczną szkodliwość konkretnego czynu sąd powinien uwzględniać tylko te elementy omawianego katalogu, które znajdują odzwierciedlenie w ustawowym opisie ocenianego czynu zabronionego, czy też wręcz przeciwnie, tylko te, które w opisie czynu nie występują, czy w końcu każdorazowo winien poddać ocenie wszystkie składniki katalogu. W tym kontekście na uwagę zasługuje szeroko komentowana teza Sądu Najwyższego, zgodnie z którą „gdy przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu pominięto okoliczności wymienione w tym przepisie, lub wzięto pod uwagę okoliczności niewymienione w art. 115 § 2 k.k., zasadnie można podnieść zarzut obrazy prawa materialnego”¹⁶. Aprobatę dla tej tezy SN wyraża m.in. Alicja Grześkowiak podkreślając związki ujęcia społecznej szkodliwości z przepisami procedury karnej¹⁷. Przeciwny pogląd prezentuje R. Zawłocki, zdaniem którego przepis art. 115 § 2 k.k. zawiera również elementy, które mogą nie dotyczyć konkretnie rozpatrywanego typu czynu zabronionego. Autor wywodzi, że do konkretnego czynu odnoszone mogą być tylko te elementy omawianego katalogu, które mają swoje odpowiedniki w danym typie czynu¹⁸. Podejście takie spotkało się ze zdecydowaną krytyką T. Kaczmarka. Autor zarzuca R. Zawłockiemu ignorowanie tych okoliczności, które choć nie należą do znamion typu, uzupełniają jego opis w przypadku konkretnego czynu (np. popełnienie zabójstwa w obecności małoletniego)¹⁹. Przedstawioną krytykę uznać trzeba za uzasadnioną, dodając jeszcze, że interpretacja zaprezentowana przez R. Zawłockiego zdaje się stać w sprzeczności z założeniami przyświecającymi twórcom obowią-

¹⁶ Wyrok SN z 12 grudnia 2006 r., IV KK 395/06, OSNwSK 2006/1/2413.

¹⁷ A. Grześkowiak, *op. cit.*, s. 635.

¹⁸ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 197.

¹⁹ T. Kaczmarek, *op. cit.*, s. 145–146.

zującego kodeksu karnego²⁰. Równocześnie R. Zawłocki słusznie zwraca uwagę na ryzyko tkwiące w pozbawionym ograniczeń uwzględnianiu kolejnych czynników kształtujących społeczną szkodliwość czynu zabronionego, a związane z nadmierną ogólnikowością niektórych składników omawianego katalogu, zwłaszcza „okolicznościami popełnienia czynu”²¹. Oznacza to jednak tylko tyle, że elementy te wymagają doprecyzowania w drodze nowelizacji lub zawężającej wykładni przepisu, a nie wymusza ograniczania oceny stopnia społecznej szkodliwości jedynie do znamion czynu zabronionego. Zresztą i sam R. Zawłocki ostatecznie uznaje, że przy ocenie karygodności uwzględniać można też elementy wskazane w art. 115 §2 k.k., choć nieobecne w ustawowym opisie czynu (wynikające z treści karnoprawnego zakazu)²².

Jeszcze dalej w swych poglądach idzie E. Plebanek, zdaniem której wpływ okoliczności, która została umieszczona w znamionach typu na stopień społecznej szkodliwości czynu, został już dostrzeżony na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej i nie ma potrzeby uwzględniania jej po raz kolejny przy ocenie dokonywanej w oparciu o art. 115 § 2 k.k., nawet jeśli występuje w atypowo wysokim lub atypowo niskim natężeniu²³. Faktycznie samo wystąpienie któregoś ze znamion czynu nie może modyfikować oceny stopnia jego społecznej szkodliwości²⁴. Już jednak natężenie pewnej ustawowej cechy czynu (o ile jest stopniowalna) może mieć znaczenie dla oceny stopnia jego szkodliwości w świetle art. 115 § 2 k.k., zwłaszcza na etapie wymiaru kary. Koncepcja E. Plebanek, zgodnie z którą natężenie znamion należy uwzględniać nie wprost, a poprzez elementy wyrażone w przepisie art. 115 § 2 k.k., wydaje się *de facto* prowadzić do takich samych efektów.

Ostatecznie więc zgodzić się można, że przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu każdorazowo powinno się brać pod uwagę wszystkie elementy wymienione § 2 art. 115 k.k., z tym, że wyrażony przez SN zakaz pomijania składników katalogu nie powinien być rozumiany zbyt rygorystycznie. Wzięcie pod uwagę danego czynnika sprowadzać się może wszak do

²⁰ Z uzasadnienia projektu kodeksu karnego: „W celu ujednolicenia praktyki wprowadza się określenie elementów decydujących o wystąpieniu społecznej szkodliwości i wpływających na jej stopień. Są to elementy czynu, które składają się na jego stronę podmiotową i przedmiotową. Nie muszą być one jednak konkretyzacją czynu zabronionego. Np. na stopień społecznej szkodliwości przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo wpływać będzie to, czy określone dobro zostało w rzeczywistości zagrożone, uszkodzone lub zniszczone, chociaż okoliczności te nie należą do znamion typu abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo”.

²¹ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 201 i nast.

²² *Ibidem*, s. 212.

²³ E. Plebanek, *op. cit.*, s. 272.

²⁴ *Ibidem*, s. 269.

stwierdzenia braku jego występowania w konkretnym przypadku (np. brak naruszenia dobra)²⁵, bądź do uznania, że element ten został już wyczerpująco uwzględniony przez ustawodawcę w opisie czynu zabronionego.

Miejsce czynnika kulturowego wśród elementów kształtujących ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego

Przechodząc do sedna, wskazać należy przyczyny, dla których kultura sprawcy powinna być dostrzegana przez organy wymiaru sprawiedliwości. Światowej sławy orędowniczka obrony przez kulturę, profesor nauk politycznych i antropolog Alison D. Renteln słusznie zwraca uwagę na to, że normy kulturowe często są internalizowane przez jednostki w sposób nieświadomy, a równocześnie w dużym stopniu determinują ich zachowanie²⁶. Jej zdaniem, uwzględnianie imperatywów kulturowych w procesie wymiaru sprawiedliwości nie różni się wiele od brania pod uwagę innych społecznych atrybutów, takich jak płeć, wiek czy stan psychiczny, a to jest obecnie powszechną praktyką²⁷. Zaznaczyć wypada, że przynależność kulturowa sprawcy będzie miała wówczas doniosłe znaczenie, gdy reprezentuje on kulturę odmienną od dominującej, gdyż to właśnie kultura większości społeczeństwa znajduje zwykle odzwierciedlenie w normach lokalnego prawa karnego²⁸, a postępowanie w myśl kultury odmiennej prowadzić może do naruszenia tych norm²⁹. Akceptacja argumentów obrony przez kulturę

²⁵ *Ibidem*, s. 255.

²⁶ Warto tu przywołać, przykładowo, koncepcję *folkways, mores and laws* Williama G. Sumnera (W.G. Sumner, *Naturalne sposoby postępowania w gromadzie*, Warszawa 1995), która tłumaczy siłę zwyczaju i norm moralnych.

²⁷ A.D. Renteln, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, „Canadian Journal of Law and Society” 2005, Vol. 20, No. 1, s. 47–48.

²⁸ P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2005, s. 272–273.

²⁹ Czyny członków mniejszości kulturowej uznawane za przestępstwa przez system prawny kultury dominującej, a równocześnie usprawiedliwiane lub aprobowane przez kulturową grupę sprawcy czynu, nazywane są przestępstwami kulturowymi. Wyróżnia się kilka typów *cultural offences*:

- a. sprawca świadomie wyrządza pokrzywdzonemu szkodę, ale czyni to w imię wyższych wartości uznawanych przez swoją odrębną kulturę, tradycję, religię; np. tzw. honorowe zabójstwa, odmowa zgody na transfuzję krwi dziecka, a u Romów np. samosąd;
- b. sprawca nie działa w zamiarze wyrządzenia komuś krzywdy i w jego przekonaniu nikomu krzywdy się nie dzieje, zwykle nie ma świadomości łamania prawa, np. wielożeństwo, medycyna ludowa czy spotykane u Romów małżeństwo z małoletnią;
- c. sprawca nikomu nie wyrządza szkody, ale – świadomie lub nie – narusza przepisy typu karoadministracyjnego, np. brak odpowiedniego ubioru, odmowa służby wojskowej, ale też legitymowanie się dokumentem poświadczającym cudzą tożsamość (zob.: A. Phillips, *When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in English Courts*, „Modern Law Review” 2003, Vol. 66, s. 19–20; O. Sitarz, *op. cit.*, s. 650–651).

nie oznacza jeszcze, że przynależność sprawcy do danej kultury powinna znaleźć swoje odzwierciedlenie akurat w procesie oceny społecznej szkodliwości jego czynu. Zwłaszcza, że jak łatwo zauważyć, wymienione przez A.D. Renteln inne „społeczne atrybuty”, nie znajdują w polskim prawie karnym przełożenia na ocenę społecznej szkodliwości czynu, a raczej na ocenę zawinienia bądź wyłącznie na wybór reakcji na czyn.

Czy katalog zawarty w przepisie art. 115 § 2 k.k. pozwala zatem na uwzględnienie czynnika kulturowego w zakresie przedmiotu oceny stopnia społecznej szkodliwości? Aby odpowiedzieć na to pytanie, dokonać trzeba przeglądu elementów wyznaczających ten zakres. Ustawodawca w omawianym katalogu wylicza następujące czynniki natury przedmiotowej i podmiotowej: rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia. Pamiętając o założeniu dotyczącym zamkniętego charakteru przywołanego wyliczenia, to właśnie spośród tych czynników odnaleźć należałoby czynnik kulturowy. Zauważyć trzeba, że większość z wymienionych wyżej pojęć wykazuje pewną zależność kulturową. To, jak ocenia się rodzaj i charakter naruszonego dobra zależy będzie wszak od przyjmowanej hierarchii wartości, ta zaś kształtowana jest przez kulturę³⁰. Podobnie będzie z postrzeganiem obowiązków czy zasad ostrożności. Pamiętać trzeba jednak, że ocena wspomnianych czynników dokonywana jest w postępowaniu karnym przez sąd, ewentualnie prokuratora, a nie przez sprawcę czynu. Subiektywna ocena sprawcy tycząca wartości naruszonego dobra czy wagi naruszonych reguł, nie powinna znaleźć odzwierciedlenia w procesie oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, podobnie jak odczucia pokrzywdzonego nie mogą wyznaczać rozmiarów wyrządzonej szkody³¹. Odrębnym już zagadnieniem są kryteria oceny stosowane przez samych przedstawicieli organów wymiaru sprawiedliwości; ta kwestia zostanie poruszona jednak niżej. W zakreślonym kontekście, na szczególną uwagę zasługują dwa elementy: okoliczności popełnienia czynu oraz motywacja sprawcy.

Analizując pojęcie „okoliczności popełnienia czynu” rozważyć należy dwie zasadnicze koncepcje pojawiające się w literaturze: ujęcie wąskie, każące poprzestać na uwzględnieniu okoliczności należących do znamion danego czynu zabronionego oraz szersze – pozwalające wziąć pod uwagę także inne okoliczności faktyczne czynu, w tym, jak wolno przypuszczać, kontekst kulturowy. Za słusznością pierwszego ujęcia opowiada się m.in. R. Zawłocki

³⁰ Zob. np.: D. Gruszecka, *Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym*, Wrocław 2008, s. 152.

³¹ E. Plebanek, *op. cit.*, s. 265–266.

pisząc, że wszystkie okoliczności zachowania niestypizowane przez ustawodawcę znajdują się poza zakresem oceny stopnia społecznej szkodliwości³². Zdanie skrajnie odmienne prezentuje przykładowo Violetta Konarska-Wrzošek, twierdząc, że „okoliczności popełnienia czynu jako miernik społecznej szkodliwości konkretnego zachowania nagannego [...] ma znaczenie przede wszystkim wtedy, gdy nie należy do znamion ustawowych przestępstwa”³³. W opinii reprezentowanej w niniejszym tekście do oceny okoliczności popełnienia czynu ma zastosowanie generalna zasada przedstawiona już wyżej, że okoliczności uwzględnione przez ustawodawcę w opisie czynu nie wymagają ponownego uwzględnienia w ramach oceny społecznej szkodliwości konkretnego zachowania, o ile nie występują w atypowo niskim lub atypowo wysokim natężeniu. Przyjmując zatem ujęcie szersze, zgodzić się wypada z autorami, którzy zwracają uwagę na to, że zwrot „okoliczności popełnienia czynu” jest wyjątkowo enigmatyczny i wymaga dookreślenia³⁴. W orzecznictwie popularność zyskał pogląd J. Majewskiego, zgodnie z którym chodzi tu wyłącznie o czas (np. w porze nocnej), miejsce (np. za granicą, w miejscu publicznym) oraz tzw. kontekst sytuacyjny zachowania się (na oczach tłumu, we współdziałaniu z nieletnim lub w jego obecności, w reakcji na naganne zachowanie się pokrzywdzonego itp.)³⁵. Przy takim założeniu kontekst kulturowy zdarzenia mógłby znaleźć odzwierciedlenie tylko w bardzo ograniczonym zakresie. Istotna mogłaby się tu okazać ocena, czy okoliczności czynu potwierdzają, że sprawca realizował założenia swojej kultury (zachowywał się zgodnie z faktycznie funkcjonującym wzorcem kulturowym) oraz to, czy ewentualny pokrzywdzony także akceptował dany zwyczaj.

Pole dla *cultural defense* wytycza także wskazanie przez ustawodawcę na motywację sprawcy jako czynnik kształtujący ocenę społecznej szkodliwości. W ujęciu historycznym uwagę zwraca rezygnacja ustawodawcy z tradycyjnego podziału bodźców kształtujących stronę podmiotową czynu na motyw i pobudkę oraz uwzględnienie w katalogu z art. 115 § 2 k.k. jedynie motywacji sprawcy. Powszechnie, w pewnym uproszczeniu, motyw rozumiany jest jako przeżycie psychiczne o charakterze intelektualnym, zaś pobudka – jako przeżycie emocjonalne, na podłożu którego powstaje motyw³⁶. Choć dawny podział wciąż znajduje praktyczne zastosowanie, to porzucenie przez ustawodawcę pojęcia pobudki, każe zgodzić się z tymi autorami, którzy przyjmują,

³² R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 201–202.

³³ V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektynywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 88–89.

³⁴ J. Majewski, *op. cit.*, s. 1170.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 347, A. Grześkowiak, *op. cit.*, s. 643.

że motywacja jest pojęciem zbiorczym, obejmującym oprócz elementów intelektualnych także emocje sprawcy, które są siłą napędową jego zachowania³⁷. Zresztą rację ma chyba Magdalena Budyn, pisząc, że nie da się wyizolować sfery intelektualnej człowieka od jego emocji, a jedynie można opisać emocjonalny lub poznawczy aspekt danego procesu motywacyjnego³⁸. Zdaniem Janusza Reykowskiego, motywacja to „pojęcie ogólne oznaczające takie zjawiska jak intencja, zamiar, chęć, pragnienie, życzenie, zainteresowanie czymś, obawa przed czymś itp. Wszystkie wymienione terminy mają jedną cechę wspólną – oznaczają wystąpienie w człowieku «tendencji kierunkowej», czyli gotowości do zmierzania ku określonym celom. Ta gotowość może być mniej lub bardziej świadoma, mniej lub bardziej precyzowana”³⁹. Motywacja zatem tłumaczy, dlaczego sprawca dopuścił się przestępstwa, ale nie jest identyczna z zamiarem przestępnym w karnoprawnym tego słowa znaczeniu. Co więcej, ocena motywacji może okazać się istotna także w ramach analizy przestępstwa nieumyślnego, a więc takiego czynu, który nie był przez sprawcę zamierzony⁴⁰. Każde bowiem zachowanie sprawcy, w myśl najpowszechniejszych koncepcji czynu, charakteryzuje się pewną celowością⁴¹ i jest tak także wtedy, gdy tym celem nie jest realizacja znamion czynu zabronionego, a ich wypełnienie następuje w wyniku niedbalstwa czy lekkomyślności. Różnorodność motywów i pobudek kierujących zachowaniem człowieka sprawia, że ocena motywacji może zarówno obniżyć, jak i podnieść ogólną ocenę poziomu szkodliwości czynu sprawcy⁴². Równocześnie trzeba mieć na uwadze, że motywacja nie jest nigdy jedynym faktorem kształtującym ocenę stopnia społecznej szkodliwości i każdorazowo usytuowana jest w całym kompleksie czynników wskazanych przez art. 115 § 2 k.k. Słusznie jednak zauważa J. Majewski, że motywacji nie należy marginalizować, gdyż niejednokrotnie to właśnie ona w zasadniczy sposób zmienia społeczną ocenę zamachu na to samo dobro, co znajduje odzwierciedlenie w sank-

³⁷ Z. Sienkiewicz, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Tom 1: Art. 1–116*, red. O. Górniok et al., Gdańsk 2005, s. 525; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 254–256; M. Królikowski, S. Żółtek, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna. Tom 2: Komentarz do art. 32–116*, Warszawa 2011, s. 312.

³⁸ M. Budyn, *Motywacja zasługująca na szczególne potępienie (próba analizy)*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 9, s. 26.

³⁹ J. Reykowski, *Z zagadnień psychologii motywacji*, Warszawa 1970, s. 18.

⁴⁰ A. Wąsek, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok..., s. 805; W. Wróbel, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 767–768; M. Królikowski, S. Żółtek, *op. cit.*, s. 312.

⁴¹ *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2012, s. 71–72; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 96; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2011, s. 153.

⁴² R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 207–208; E. Plebanek, *op. cit.*, s. 267–268.

cyjach poszczególnych typów⁴³. Bardzo silną motywacją poczynań ludzkich może okazać się właśnie czynnik kulturowy. Kiedy kulturowe zakorzenienie jednostki jest odmienne od kultury ogółu reprezentowanej w normach prawa karnego, przywiązanie do rodzimej kultury prowadzić może do naruszenia tych norm. Zwłaszcza, że, jak zauważa Wojciech Dziędziak, „generalnie wydaje się, że ludzie w swojej codziennej praktyce często kierują się normami moralnymi, poglądami grupy, zwyczajami, a nie świadomością obowiązywania prawa i zagrożeniem dolegliwością”⁴⁴. Obok imperatywów czysto kulturowych kształtujących postawę jednostki, istotne znaczenie może mieć też presja najbliższego otoczenia, tym silniejsza, im bardziej przedstawiciele mniejszości kulturowej czują się zagrożeni i zdominowani przez kulturę większościową. Okoliczności te mieszczą się bez wątpienia w zakresie „motywacji”, mogą więc wpłynąć na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu nimi motywowanego. Założyć można, że w zdecydowanej większości przypadków, o ile nie we wszystkich, będzie to czynnik wpływający na pewne obniżenie stopnia społecznej szkodliwości czynu, przy, rzecz jasna, uwzględnieniu całego katalogu z art. 115 § 2 k.k.

Kryteria oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego

Ostatni obszar rozważań stanowią kryteria oceny stopnia społecznej szkodliwości. Stwierdzenie, że kultura sprawcy może znaleźć się w zakresie przedmiotu oceny, nie daje jeszcze bowiem odpowiedzi na pytanie o to, kiedy może ten stopień obniżyć i, tym samym, złagodzić bądź nawet wyłączyć odpowiedzialność. W literaturze można napotkać skrajne poglądy na temat potrzeby istnienia tzw. kwantyfikatorów oceny: od całkowitej negacji takiej potrzeby⁴⁵ oraz uznania, że jedynym punktem odniesienia jest dojrzałość i świadomość sędziów, którzy nie powinni być w tym zakresie ograniczani, aż po formułowanie mniej lub bardziej precyzyjnych kryteriów. Zdaniem R. Zawłockiego uznanie, że kryteria oceny są niezbędne, nie musi prowadzić do sytuacji, w której sąd staje się narzędziem „kwantyfikatorów”, gdyż wciąż pozostaje luz decyzyjny. Równocześnie zaś, przyjęcie jednolitego kryterium oceny chroni przed niedozwolonym oportunistem⁴⁶. Autor prezentuje i poddaje krytyce

⁴³ J. Majewski *op. cit.*, s. 1168. Autor prezentuje zjawisko na trafnym przykładzie różnych typów zabójstwa z art. 148 § 1, art. 148 § 2 pkt 3 oraz 150 § 1 k.k.

⁴⁴ W. Dziędziak, *Działanie motywacyjne sankcji prawnych i moralnych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2005, nr 5, s. 30.

⁴⁵ J. Zientek, *Karygodność i wina jako przesłanki odpowiedzialności karnej w nowym kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 6, s. 29–30; E. Plebanek, *op. cit.*, s. 253.

⁴⁶ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 220.

bogaty katalog takich kryteriów: kryterium interesu władzy, kryterium interesu społeczeństwa, kryterium „probabilistyczno-utilitytarno-celowościowe”, kryterium dobra prawnego, kryterium reguł społecznej tolerancji i kryterium obiektywnej antyspołeczności⁴⁷. Odrzucając mniej lub bardziej zdecydowanie, wszystkie przedstawione koncepcje, autor proponuje własne kryterium oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, nazwane przez niego kryterium sprawiedliwej odpłaty⁴⁸. R. Zawłocki odwołuje się tu do społecznego poczucia sprawiedliwości wyrównawczej opartego na rozciągniętej na ogół społeczeństwa teorii słuszności (Adams) oraz koncepcjach „tożsamości społecznej” (Taifel, Turner, Abrams, Hogg) i „względnej deprivacji” (Merton, Kitt)⁴⁹. Stwierdza dalej, że „«sprawiedliwa» ocena społecznej szkodliwości popełnionego czynu zabronionego sprowadzałaby się zatem do odniesienia go do całokształtu etycznych wartości społecznych, tj. aksjologii właściwej dla określonego demokratycznego państwa prawnego. Chodzi więc o swoiste zestawienie systemu wartości z określonym zamachem na daną wartość (wartości) należące do tego systemu i wskazanie, czy i na ile zamach ten zasługuje na wybraną reakcję karnoprawną (choćby w postaci uznania, że sprawca tego zamachu popełnił przestępstwo)”⁵⁰. Ostatecznie jednak R. Zawłocki dochodzi do wniosku, że „przedstawiona koncepcja sprawiedliwej odpłaty właściwie nie odwołuje się do pojęć praktycznie weryfikowalnych dlatego, że pojęcie «sprawiedliwości» jest w znacznej mierze intuicyjne”⁵¹. Zatem wbrew pozorom, koncepcja R. Zawłockiego zdaje się być zbieżna z tezą E. Plebanek, że ustalenie jakichś ścisłych mierników ilościowych kształtujących ocenę stopnia społecznej szkodliwości nie tylko przeczyłoby idei instytucji, ale też po prostu nie byłoby możliwe⁵². Rezygnacja ze ścisłych kryteriów nie oznacza wszak, że nie można wskazać pewnego punktu odniesienia właściwego dla tej oceny.

R. Zawłocki zasadnie podkreśla silny związek prawa karnego z przyjmowanym w społeczeństwie systemem wartości⁵³. Ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu dokonywana musi być zatem w oparciu o szeroko uznaną aksjologię. Zasadniczym źródłem poznania tej aksjologii, dostępnym dla przedstawicieli organów wymiaru sprawiedliwości, jest system prawny,

⁴⁷ *Ibidem*, s. 219–253.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 253–264.

⁴⁹ Przywołane koncepcje R. Zawłocki omawia za: *Psychologia społeczna. Encyklopedia Blackwella (The Blackwell Encyclopedia of Social Psychology)*, red. A.S.R. Manstead, M. Hewstone (red. wyd. pol. J. Czapieński), Warszawa 1996.

⁵⁰ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 263.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² E. Plebanek, *op. cit.*, s. 253–254.

⁵³ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 254.

a zwłaszcza ustawa zasadnicza i sam kodeks karny z jego gradacją sankcji. Już zadaniem ustrojodawcy, a nie sędziego czy prokuratora jest uwzględnienie w aktach prawa hierarchii wartości służącej, w możliwie szerokim zakresie, dobru społeczeństwa i odzwierciedlającej dominujące w społeczeństwie przekonania⁵⁴.

Słusznie zauważa R. Zawłocki, że kryterium oceny powinno być stosowane tak samo wobec wszystkich grup społecznych bez względu na odrębności kulturowe⁵⁵. Czyn motywowany kulturowo może być zatem uznany za szkodliwy społecznie w niższym stopniu, tylko z uwagi na wartości cenione w kulturze wyrażonej w aksjologii danego systemu prawnego, a nie ze względu na aksjologię alternatywną, zaczerpniętą z odmiennej kultury.

Podsumowanie

Kultura sprawcy może zatem znaleźć odzwierciedlenie w ocenie stopnia społecznej szkodliwości jego czynu w dość ograniczonym zakresie. Wniosek ten jednak nie powinien zaskakiwać, gdyż zgodny jest z rolą, jaką się przypisuje społecznej szkodliwości w strukturze przestępstwa. Proces oceny społecznej szkodliwości ma dać odpowiedź na pytanie, czy i w jakim stopniu czyn zabroniony naruszył porządek społeczny i to właśnie z tej społecznej perspektywy ocena ta pomaga ustalić, czy czyn sprawcy powinien się spotkać z reakcją karnoprawną (jest karygodny). Nie może przy tym umknąć uwadze fakt, że uznanie czynu obcego kulturowo za szkodliwy społecznie w stopniu wyższym niż znikomy, nie przesądza jeszcze o winie i odpowiedzialności sprawcy. To już jednak temat wymagający odrębnego opracowania.

Abstract

Subject of the paper is contained in reflections on the cultural defense. The author tries to determine the importance of offender's culture for assessing the degree of social noxiousness of his criminal act. The analysis is based on the Polish Criminal Code.

Key words: social harmfulness of the criminal act, motivation of the perpetrator, cultural defence

⁵⁴ Ciekawe uwagi dotyczące tzw. powszechnej moralności zamieszcza np. M. Budyn, *op. cit.*, s. 31.

⁵⁵ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 226.