

Część A. Podstawy kary kryminalnej

Rozdział I. Kara kryminalna w ujęciu historycznym

§ 1. Wprowadzenie

Historia prawa karnego jest w istocie historią kary kryminalnej. „Nie prawo stworzyło karę – jak pisał *M. Cieślak* – ale kara, jako zjawisko świata realnego, stworzyła normę karną, która z kolei nadała pewnym faktom świata realnego charakter przestępstw. Stąd pojęcia przestępstwa nie można inaczej określić, jak tylko przy pomocy kary. Kara stworzyła prawo karne”¹. Od pojęcia kary przyjęła w niektórych językach nazwę dyscyplina prawna i naukowa określana jako prawo karne (niem. *Strafrecht*, fr. *droit pénal*, wł. *dritto penale*, hiszp. *derecho penal*, ang. *penal law*). Postrzeganie zadań i celów kary nie tylko nadawało jej kształt, ale także służyło stworzeniu pewnych, powszechnych i jednolitych podstaw karania, a z perspektywy dysponującego nią organu – określało sposób oddziaływania władzy na naruszenie jej interesów w danej epoce. Wydaje się, że mało jest instrumentów, które równie obrazowo przedstawiałyby zmiany prawa w czasie.

W niniejszym rozdziale przedstawiono genezę kary kryminalnej i jej rozwój od pierwszych zachowanych źródeł w tym przedmiocie do chwili obecnej, ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego. Nie jest to jednak praca antropologa ani historyka prawa, oparta na szczegółowym badaniu przemian kary w poszczególnych epokach, lecz pewien pogląd na karę w kontekście historycznym, z punktu widzenia dogmatyka prawa karnego materialnego, analizującego problem kary pod kątem rozwoju pewnych składających się na nią czynników. Rozdział ten zawiera również odniesienie do filozoficznych podstaw kary, ale w postaci jedynie

¹ *M. Cieślak*, *Kara*, s. 11.

ogólnego szkicu. Przedmiotem analizy w tym i w innych rozdziałach tej pracy nie są bowiem teorie kary skupiające się na uzasadnieniu uprawnienia do karania, lecz sposób postrzegania kary u jej korzeni, jak też w późniejszych okresach, pozwalający na wyprowadzenie własnych wniosków w tym zakresie – i to tylko na tyle, na ile wydały się one autorce pomocne przy tworzeniu własnego poglądu na współczesny obraz kary kryminalnej w polskim prawie.

§ 2. Geneza kary kryminalnej

I. Kara jako społeczna potrzeba

Prawo reguluje stosunki społeczne. Może ono również wpływać na uznawanie określonych zachowań za pożądane lub niepożądane. Wprawdzie postrzeganie niektórych zachowań jako godnych potępienia (jak: zabójstwo, kradzież, krzywoprzysięstwo) wydaje się naturalne, jednak ocena taka może zmieniać się w czasie (jak negatywne postrzeganie czarnoksięstwa), być zależna od okoliczności i motywacji sprawcy (postrzeganie zabójstw mających ratować honor zhańbionej rodziny), może też podlegać zmianom w ślad za obowiązywaniem określonych regulacji prawnych obrazujących ocenę danego zachowania przez prawodawcę (przerywanie ciąży). Wprowadzenie sankcji karnych za określone zachowania służyć ma ustaleniu wspólnego stanowiska danej społeczności co do określonych zachowań i przeciwdziałać nadmiernej relatywizacji ocen, zacierającej różnicę między tym, co dobre i pożądane, a tym co złe i godne potępienia². Różnica między sankcjami karnymi za poszczególne przestępstwa wynika natomiast ze stopnia ich szkodliwości dla społeczeństwa, czyli wagi wyrządzonej mu krzywdy. Samo przestępstwo jest natomiast zamachem na interesy związku ludzkiego funkcjonującego jako pewien podmiot zbiorowy, z czasem określane jako społeczność, a niekiedy ponadto na interesy jego poszczególnych członków³. W takim znaczeniu przestępstwo będzie również rozumiane na gruncie tego rozdziału. Skutkować to będzie pewną nielinearnością w sposobie pojmowania przestępstwa i kary; o ile bowiem pojęcie przestępstwa będzie używane konsekwentnie w tym samym znaczeniu, o tyle kara ujmowana będzie jako ewoluująca w czasie reakcja władzy publicznej na naruszenie chronionych przez nią wartości. Wynika to stąd, że kara stanowiła pierwotnie tylko jedną z form reak-

² Por. uwagę, że kara odegrać może istotną rolę w integrowaniu grupy społecznej wokół określonych wartości i norm. T. Kaczmarek, [w:] T. Kaczmarek (red.), SPK, t. 5, s. 13, z powołaniem na E. Durkheima.

³ E. Krzymuski, Wykład prawa, s. 57–61.

cji na poważne naruszenie cudzych interesów i wiążąc się silnie z funkcjonowaniem władzy publicznej, wraz z rozszerzeniem jej zakresu zdominowała i w zasadzie wyparła inne formy reakcji na tak rozumiane przestępstwo. Natomiast przestępstwo, jak się wydaje, nie zmieniło się w swojej istocie jako czyn zabroniony będący punktem odniesienia dla kary kryminalnej, a zatem w znaczeniu relewantnym dla prowadzenia przedmiotowej analizy. Stąd zjawisku określonemu jako przestępstwo w tym rozdziale nie zawsze będzie odpowiadać reakcja władzy publicznej nazywana karą kryminalną.

Przyjmuje się, że karę kryminalną w ujęciu historycznym wyprzedza tzw. pomsta krwawa⁴. Okres jej stosowania, który na ziemiach polskich dokumentowany jest od VI/VII w.⁵, choć jej pochodzenie bez wątplenia jest starsze, to okres postrzegania przestępstwa jako zamachu na interesy rodu⁶, powodującego gniew i chęć reakcji, której charakter uwarunkowany był głównie siłą, jaką dysponował dany ród, i subiektywnym postrzeganiem wyrządzonej krzywdy. Pomszczenie przestępstwa jako formy zniewagi było sprawą honorową i wizerunkową; rzutowało bowiem na postrzeganie wagi i znaczenia rodu⁷. W szczególności w przypadku zabójstwa członka rodu mającego istotną wartość militarną i ekonomiczną, mogło dość do osłabienia siły rodu, co rzutowało na jego znaczenie⁸. Odczucie krzywdy, jak i postrzeganie sprawiedliwej reakcji było subiektywne, co wpływało na ich zakres, a zwiększała je chęć postrzegania rodu jako zdolnego do potężnej reakcji na naruszenie jego interesów i, tym samym, jego powagi. Dlatego pomsta krwawa wymagała początkowo wyrządzenia jak największej krzywdy jak największej liczbie członków nieprzyjacielskiego rodu. Dzięki temu działała ona jako środek poważnie zastraszający i powstrzymujący od naruszania interesów danego rodu, a jednocześnie podtrzymywała i rozwijała więź grupową i solidaryzm społeczny⁹. Każdorazowo pomsta krwawa, mimo

⁴ W niektórych opracowaniach używa się również określenia „zemsta krwawa”. Ponieważ jednak w literaturze zemsta określana jest jako motyw, a pomsta krwawa – jako forma reakcji (por. B. Wróblewski, *Penologia*, t. I, s. 21–99; T. Kaczmarek, [w:] T. Kaczmarek (red.), *SPK*, t. 5, s. 14–19), w tej pracy przyjęto określenie: pomsta krwawa.

⁵ J. Warylewski, *Kara*, s. 87.

⁶ Rozumianego jako grupa osób wywodząca się od wspólnego protoplasty, łączona więzami krwi i powiązaniami terytorialnymi. Jako że nie zawsze reakcja miała charakter krwawy, w literaturze pojawiła się propozycja zastąpienia pojęcia pomsty krwawej określeniem „międzygrupowa reakcja krewniacza”. B. Wróblewski, *Penologia*, t. I, s. 21–22, 43.

⁷ Choć, jak wskazuje się w literaturze, niekiedy, np. przy kradzieży koni, będących podstawą bytu i utrzymania, pomstę krwawą rodziła też spontanicznie konieczność reakcji w celu przeżycia. W obu przypadkach pomsta krwawa wywodzona była z instynktu nienaruszalności wspólnego dobra, spajającego pewną zbiorowość. Por. B. Wróblewski, *Penologia*, t. I, s. 29–50.

⁸ B. Wróblewski wskazuje jednak, że u podstaw pomsty krwawej mogła być pierwotnie wszelka krzywda, nie tylko zabójstwo; tamże, s. 27–28.

⁹ Tamże, s. 97.

że była formą reakcji na zachowanie, które można obecnie zaliczyć do kategorii przestępstw, sama była elementem prawa prywatnego; dotyczyła bowiem relacji między podmiotami równorzędnymi, niezależnymi od siebie, prowadząc do ustalenia wartości zadośćuczynienia adekwatnego do wyrządzonej krzywdy. Istotny problem stanowił jednak brak obiektywnych, powszechnie przyjętych mierników jego szacowania oraz wspomniane subiektywne szacowanie krzywdy, powodujące eskalację konfliktu. Pomsta krwawa zataczała w praktyce tak szerokie kręgi, że zaczęła z czasem grozić interesom tworzonej państwowości i powodowała potrzebę interwencji władzy zdolnej do stanowienia prawa dla większej społeczności. Stąd wydana w XI w. Ruska Prawda wprowadzała ograniczenie wykonywania prawa pomsty do najbliższych krewnych zamordowanego¹⁰, a Statut Jana z 22.7.1421 r. wyznaczał okres przedawnienia prawa stosowania pomsty krwawej na 20 lat od momentu wyrządzenia krzywdy¹¹.

Jeżeli natomiast krzywda pochodziła od innego członka danej społeczności, reakcja na nią wynikała z instynktu samozachowawczego oraz instynktu upodobnienia, wprowadzającego wspólne wzorce postępowania wewnątrz zbiorowości¹². Zróżnicowanie sankcji zależało od tego, na ile dalsze funkcjonowanie sprawcy w tej społeczności mogło być akceptowane przy uwzględnieniu z jednej strony jego wartości ekonomicznej i militarnej, a z drugiej – zagrożenia, jakie niesie on ze sobą dla interesów tej społeczności, oceniane na podstawie wagi przestępstwa oraz częstotliwości i charakteru naruszania zasad obowiązujących w tej społeczności. Jeżeli z uwagi na swoje trwające od dłuższego czasu postępowanie jednostka była postrzegana jako wrogo nastawiona do rodu bądź też jeżeli popełniła przestępstwo na tyle ciężkie, że zagrażało ono bytowi rodu (jak zdrada czy czarnoksiężstwo), konieczne stawało się jej wyeliminowanie z rodu przez wyjęcie spod jego opieki, przyjmujące postać wygnania lub śmierci. Towarzyszyło temu zniszczenie domu i rzeczy osobistych sprawcy, co wiązane jest w literaturze z czynnikiem sakralnym. Jeżeli natomiast forma naruszenia interesów społeczności do której należał sprawca była mniej dotkliwa, sankcja była odpowiednio łagodniejsza¹³. Potrzeba sankcji w odniesieniu do członków własnej społeczności wynikała z potrzeby zapewnienia spokoju i porządku wewnątrz niej; miała też w pewnym stopniu charakter sakralny związany z potrzebą reakcji na postępowanie burzyciela utrwalonego (uświęconego) porządku. Niekiedy rezygnowano jednak z sankcji stosowanej przez grupę, jeśli uznano, że istnieją podstawy do indywidualnej reakcji. Stąd w literaturze wskazuje się,

¹⁰ W Polsce prawo odwetu wyłącznie w odniesieniu do sprawcy zabójstwa ograniczał statut sochaczewski z 1377 r. Por. E. Krzymuski, Wykład prawa, s. 67–68; J. Warylewski, Kara, s. 88.

¹¹ B. Wróblewski, Penologia, t. I, s. 55–60.

¹² Tamże, s. 119–123.

¹³ E. Krzymuski, Wykład prawa, s. 62–63.

że zabójstwo i kradzież wewnątrz zbiorowości dość późno spotkały się z jej reakcją; początkowo wymierzenie sankcji pozostawiano bowiem podmiotom bezpośrednio nimi dotkniętym¹⁴.

Państwo jako forma organizacji społeczeństwa, w obliczu pomsty krwawej stanęło przed koniecznością, z jednej strony – poszanowania potrzeb społecznych związanych z odzyskaniem poczucia godności naruszonego przestępstwem, z drugiej strony – potrzebą zakończenia powstałego sporu w sposób kompromisowy, pozwalający na oszczędzenie społecznych zasobów. Władza państwowa, ingerując w postrzeganie sprawiedliwej reakcji na naruszenie interesów i godności rodu pokrzywdzonego przestępstwem, tworzyła granice reakcji na przestępstwo, wprowadzając: zasadę talionu, regulacje dotyczące przedawnienia prawa stosowania pomsty krwawej czy odroczenia jej wykonania na okres roku i 6 tygodni, w czasie których sprawca był wydalany za granicę, by zdążyły ochłonać emocje związane z zabójstwem¹⁵. Obok tego istniały przestępstwa przeciwko interesom państwa, wykształcone z przestępstw skierowanych „od wewnątrz” przeciwko bytowi społeczności (jak zdrada czy czarnoksięstwo). W tym przypadku nie było – jak przy zamachu na jej interesy „od zewnątrz” – potrzeby demonstrowania siły, lecz istniała potrzeba utrzymania spokoju i porządku na obszarze objętym władzą państwową. Kara, będąca sformalizowaną państwową reakcją na przestępstwo, miała zatem służyć utrzymaniu porządku przez sankcjonowanie przestępstw przeciwko interesom państwa; i jako taka pozbawiona była czynnika kompensacyjnego. Orzekane kary nierzadko były bardzo surowe, miały bowiem zapewnić posłuch władzy, okazującej swoją siłę przez prezentowanie gotowości stosowania budzących groźę instrumentów represji¹⁶. Reakcja na przestępstwo skierowane przeciwko dobrom indywidualnym, niezagrażające jednocześnie interesom państwa, nawet jeżeli ujęta została w ramy regulacji państwowych, pozostała poza zakresem prawa karnego, jako cywilnoprawna forma rekompensaty za wyrządzone bezprawie.

Ponieważ jednocześnie ewoluowała w świadomości społecznej koncepcja zadośćuczynienia, z potrzeby krwawej reakcji w kierunku zabezpieczenia na przyszłość potrzeb pokrzywdzonego i jego rodziny w związku z wyrządzoną im przestępstwem szkodą, pojawiła się możliwość zaspokojenia moralnej potrzeby odwetu w niektórych przypadkach okupem pieniężnym i skrucą, tzw. pokorą – w związku z upokorzeniem się ze strony sprawcy¹⁷. W literaturze wskazuje się,

¹⁴ B. Wróblewski, *Penologia*, t. I, s. 129–133.

¹⁵ Tamże, s. 55–60.

¹⁶ L. Lernell, *Podstawowe zagadnienia*, s. 179.

¹⁷ Wyrazem skrucy mogła być pielgrzymka pokutna sprawcy lub wystawienie krzyża pojednania wieńczącego zawarcie umowy kompozycyjnej określającej obowiązki sprawcy względem rodziny pokrzywdzonego. Szerzej: M. W. Lorenc, P. Nocui, *Prawo wykute w kamieniu*, s. 48–50.

że w tym okresie, nazywanym okresem okupu (i chodzi tu nie tyle o konkretny okres historyczny, ile raczej o etap rozwoju reakcji na przestępstwo¹⁸), „moralny charakter represji za przestępstwo cofa się na drugi plan, a na pierwszy występuje jej strona majątkowa”¹⁹. Ujęcie to jednak nie wydaje się słuszne. Potrzeba moralna tkwiła nadal w reakcji na przestępstwo. Zmienił się jedynie jej wyraz. Pokrzywdzony nadal oczekiwał określonej reakcji jako formy odpłaty za wyrządzoną mu krzywdę; dopuszczał jednak złożenie mu daniny pieniężnej, gdyż krwawa pomsta przestała być formą reakcji, którą był on w stanie i chciał stosować²⁰. Jeżeli zadanie to skłonne było przejąć państwo w sposób zaspokajający poczucie godności i sprawiedliwości pokrzywdzonej jednostki, pokrzywdzony nadal gotowy był żądać odwetu możliwie zbliżonego formą do sposobu jego pokrzywdzenia. Potrzeba pieniężnego zabezpieczenia bytu pokrzywdzonego i jego rodziny po popełnieniu przestępstwa nie konkurowała zatem z potrzebą moralną sprawiedliwego odwetu, lecz miały się one do siebie jak prawo cywilne do prawa karnego. Przy tym im bardziej państwo wkraczało na obszar reakcji na przestępstwo skierowane przeciwko dobrom indywidualnym i rodowym, tym bardziej „upubliczniało” potrzebę kompensacji, sprawiając, że z potrzeby przywrócenia godności jednostce i jej rodowi reakcja na przestępstwo stała się potrzebą przywrócenia jednostkowego i społecznego poczucia sprawiedliwości w drodze ukarania jego sprawcy. Towarzyszył temu rozrost grup krewniczych i zatracanie bliskości warunkującej poczucie obowiązku reakcji przez grupę na krzywdę jej wyrządzoną, co otwierało drogę do przejmowania sfery kompensacji w coraz szerszym zakresie przez władzę publiczną, dążącą do monopolizacji przejawów władczości i przymusu oraz ograniczania tych uprawnień jednostek i rodów, które mogą być technicznie włączone do sfery oddziaływania władcy²¹.

Społeczną potrzebą w historycznym rozwoju reakcji na przestępstwo jest zatem odpłata za naruszenie przyjętych norm postępowania, które spowodowa-

¹⁸ Przykładowo już Kodeks Ur-Nammu (z ok. 2060 r. p.n.e.) i Lipit Isztara (z ok. 1875 r. p.n.e.) przewidywały świadczenia pieniężne w związku z popełnionym przestępstwem, choć pewne wątpliwości budzi to, komu świadczenia te płacono i czy wobec tego były to kary (uiszczane na rzecz państwa) czy zadośćuczynienie (na rzecz pokrzywdzonego i jego rodziny). Okoliczność, że późniejsze regulacje, jak Kodeks Hammurabiego z ok. 1792–1750 r. p.n.e., opierały się w głównej mierze na zasadzie odpłaty (talionu), stanowi w literaturze argument za tym, że regulacje te wykazują swego rodzaju wsteczny charakter z punktu widzenia rozwoju prawa karnego. Por. *J. Warylewski*, *Kara*, s. 98–102.

¹⁹ *E. Krzymuski*, *Wykład prawa*, s. 69–70.

²⁰ W literaturze wskazywał się także, że okupem zainteresowane było głównie otoczenie mściciela (jego ród), podczas gdy mściciel (najbliższy krewny zabitego) nadal dążył do moralnej kompensacji wyrządzonej krzywdy. *B. Wróblewski*, *Penologia*, t. I, s. 76.

²¹ Tamże, s. 85–93, 110. Należy jednak zwrócić uwagę na istniejącą na ziemiach polskich do XVIII w. tradycję sądownictwa polubownego, funkcjonującą poza ramami sformalizowanego systemu wymiaru sprawiedliwości. Szerzej: *A. Rosner*, *Tradycja staropolskiego sądownictwa polubownego*, s. 37–58.

ło naruszenie poczucia godności i ingerencję w wizerunek pokrzywdzonego. Odplata ta nie musiała przyjąć formy kary kryminalnej i, jak się wydaje, w jej historycznym rozwoju kara ta wywodzi się z innej potrzeby – z potrzeby zapewnienia spokoju i porządku wewnątrz danej społeczności zorganizowanej w ramach rodu, a następnie państwa, w związku z zamachem na jej interesy „od wewnątrz”, ze strony jej członków. Kara stała się wyrazem społecznej potrzeby dopiero z czasem, w wyniku jej ewoluowania, w związku z uczynieniem z jednostkowego konfliktu związanego z naruszeniem dóbr indywidualnych problemu społecznego w ramach podmiotu zbiorowego wymagającego reakcji władzy publicznej.

II. Kara jako atrybut sprawującego władzę

Kara w ujęciu historycznym postrzegana jest jako atrybut podmiotu sprawującego władzę nad inną osobą, stosownie do występujących między nimi zależności²². Karać może ten, kto ma nad kimś władzę, odpowiadając w ten sposób na naruszenie uznanych i egzekwowanych przez niego zasad postępowania. Jak wskazano już wyżej, kara wywodzi się z reakcji władzy na zachowanie członka danej społeczności (rodu, państwa), czyli na naruszenie zasad płynące „od wewnątrz” tej społeczności. Reakcją na naruszenie interesów tej społeczności płynące „od zewnątrz” jest pomsta, wojna lub inna forma egzekwowania swoich roszczeń od podmiotu niepodlegającego władzy karzącego.

Karą może być zatem reakcja społeczności na zachowanie jej członka, reakcja najsilniejszej jednostki (np. ojciec rodziny), dysponującej uprawnieniem do karania, która uprawnienie to z czasem delegowała na specjalnych urzędników (sędziów), jak i reakcja przedstawiciela sfery sakralnej za formy obrazy bóstwa²³. Pozwala to oddzielić karę jako instrument oddziaływania władzy publicznej na naruszenie prawa od zadośćuczynienia jako formy reakcji na krzywdę w interesie podmiotu bezpośrednio pokrzywdzonego²⁴. Kara, pozostając w dyspozycji podmiotu sprawującego określony rodzaj władzy, służy ochronie porządku i dyscypliny; zadośćuczynienie – przywróceniu pokrzywdzonemu honoru, rozumianego jako poczucie godności²⁵, naruszonego faktem skrzywdzenia go. Z woli ochrony dóbr prawnych i eliminacji szkodliwych zachowań wymierzonych w te

²² G. Rejman, *Z rozważań o karze*, s. 39.

²³ J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii*, s. 233.

²⁴ *Tenże*, *Polskie prawo karne*, s. 304–307.

²⁵ Pojęcie honoru pierwotnie oznaczało ogół uprawnień politycznych wynikających ze stanowiska społecznego szlachcica (tamże, s. 289–290). Jednak później używano go w znaczeniu czci (dobrego imienia), zaliczając do przestępstw przeciwko honorowi: zgwałcenie albo porwanie panny lub mężatki i obelgi słowne (*M. Winawer*, *Najdawniejsze prawo zwyczajowe*, s. 197–200).

dobra zrodził się jej cel prewencyjny, będący pierwotnym celem kary²⁶. Z chęci zadośćuczynienia pokrzywdzonemu za wyrządzoną krzywdę wytworzył się kompensacyjny cel reakcji na przestępstwo, pierwotnie obcy karze, realizowany w ramach pomsty krwawej. W tym kontekście ochrona dóbr prawnych (interesów) nie stanowi celu reakcji na przestępstwo, lecz motyw jej wprowadzania, i dopiero pośrednio jej cel, realizowany w drodze efektywnego spełnienia przez karę jej (bliższego) celu prewencyjnego.

Próbując opisać zjawisko powstawania i instytucjonalizowania się kary kryminalnej, autorzy analiz ujmują jej ewolucję w etapy: kary stanowiącej odpowiedź pokrzywdzonego na czyn sprawcy, kary jako reakcji na obrazę bóstwa w szerokim kontekście religijnym, wreszcie kary jako reakcji na naruszenie dobra publicznego o charakterze wspólnym, społecznym i świeckim²⁷. W istocie są to jednak przykłady uzasadnienia stosowania sankcji za naruszenie określonych norm postępowania. Kara w jej ujęciu kryminalnym (jako reakcja na przestępstwo), będąc sankcją szczególnego rodzaju, pojawia się z czasem jako forma zinstytucjonalizowanej reakcji władzy publicznej na naruszenie usankcjonowanych przez nią zasad, których przestrzeganie gwarantować ma spokój i porządek na terenie podlegającym tej władzy.

Wyrazem potwierdzenia tego, że kara stanowiła atrybut władzy publicznej, były kodyfikacje – spisywane zbiory praw, z których najstarsze odkryte mają 4500 lat. Regulacje karne zawierają: Kodeks Urukaginy z ok. 2400 r. p.n.e., Kodeks Ur-Nammu z ok. 2060 r. p.n.e., Kodeks Lipit-Isztara z ok. 1875 r. p.n.e., Kodeks Hammurabiego z lat 1792–1750 p.n.e., Kodeks Bilalamy z lat 1767–1738 p.n.e., a w późniejszym czasie – ateńska Kodyfikacja Drakona z 621 r. p.n.e. czy rzymskie Prawo XII Tablic z ok. 450 r. p.n.e. Normy zwyczajowe przekładane na regulacje prawne znalazły się także w Torze, tworzonej w okresie od X do IV w. p.n.e., i w Koranie, datowanym na okres VI w. p.n.e. Wśród kodyfikacji bardziej współczesnych wyróżnia się w literaturze *Constitutio Criminalis Carolina* z 1532 r. (początkowo subsydiarna względem praw partykularnych na ziemiach niemieckich, z czasem coraz bardziej rozpowszechniona), która formułowała już pewne ogólne założenia co do kary kryminalnej (wskazując, że kara sprawiedliwa powinna być proporcjonalnie surowa do wyrządzonego zła i możliwie upodabniać się do popełnionego przestępstwa), czy *Constitutio Criminalis Theresiana* z 1769 r. Ta kodyfikacja w art. 4 § 2 wskazywała cele, jakie za pomocą kary kryminalnej zamierza realizować władza publiczna, zaliczając do nich to: „aby sprawca poprawił się, a znieważone państwo otrzymało zadośćuczynienie

²⁶ Por. też uwagi dotyczące prawodawstwa starożytnej Babilonii w: *J. Klíma, Prawa Hammurabiego*, s. 262, i starożytnej Grecji, w: *K. Koranyi, Powszechna historia państwa*, s. 94.

²⁷ *G. Rejman, Z rozważań o karze*, s. 40–41, z powołaniem na *J. Makarewicza i E. Krzymuskiego*.

nie, a takowe ukaranie stanowiło dla ludu obraz przestępstwa i rodziło odstraszanie przed podobnymi złymi czynami. To wszystko zaś w tych przypadkach, które nie pociągają za sobą kary śmierci, w przypadkach bowiem kary śmierci tylko dwa ostatnie cele miejsce mają²⁷. Stały się one punktem wyjścia dla współczesnych kodyfikacji karnych²⁸.

Zakres czynów, za które groziła kara, czyli instrument reakcji władzy państwowej, z czasem poszerzał się, gdyż coraz więcej zachowań na szkodę jednostki zaczęto postrzegać jako szkodzących całemu społeczeństwu²⁹. Odpowiednio poszerzał się zakres zachowań, za które groziła kara, i zwężył tych, za które wolno było, nawet za zgodą władzy państwowej, po uprzednim pojmaniu i osądzeniu przez nią sprawcy, stosować pomstę w ramach wykonania państwowej sankcji przez indywidualnego pokrzywdzonego³⁰.

Wpływ władzy publicznej na obszar prywatnej krzywdy, początkowo przyjmujący formę tworzenia granic dopuszczalnej reakcji i gotowości do mediowania przy określaniu zadośćuczynienia w drodze umów kompozycyjnych oraz gwarantowania ich wykonania³¹, z czasem rozszerzał się w kierunku objęcia nim także określenia właściwej (sprawiedliwej) reakcji i wykonania orzeczonej sankcji. Odwet cechujący zadośćuczynienie, przekształcił się w karę analogiczną do przestępstwa, ujmując symboliczne odzwierciedlenie popełnionego przestępstwa na osobie lub dobrach sprawcy (potrzebne dla celów kompensacyjnych) w ramy państwowego celu karania w postaci prewencji. Stąd pozbawienie sprawcy określonego organu służącego mu do popełnienia przestępstwa zyskało uzasadnienie zarówno indywidualnoprewencyjne (pozbawiano go organu niezbędnego do powtórzenia przestępstwa), jak i generalnoprewencyjne (jako że „żadna inna kara nie potrafi tak skutecznie odstraszać od przestępstw jak ta, która rodzajem swoim przypominać ją będzie”)³².

²⁸ J. Warylewski, *Kara*, s. 93–96, 103–114.

²⁹ Choć sankcje przewidziane za pewne przestępstwa na szkodę jednostki, takie jak zabójstwo, uszczerbek na zdrowiu kradzież, zniewaga czy krzywoprzysięstwo, odnajdujemy już w najstarszych (starożytnych) kodyfikacjach. Por. tamże, s. 98–123.

³⁰ J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii*, s. 282–283. Już wcześniej, od XV w., istniał natomiast obowiązek zapowiedzenia odwetu. Por. J. Warylewski, *Kara*, s. 88.

³¹ Umowy kompozycyjne, określane również jako umowy pojednania, określały formę zadośćuczynienia obejmującą, obok pieniężnej rekompensaty na rzecz rodziny ofiary np. zabójstwa (tzw. główszczyzny), ponadto inne świadczenia, jak: łożenie na utrzymanie osieroconych dzieci czy przejęcie opieki nad ich wychowaniem, zwrot kosztów medyka i pogrzebu, zamówienie określonej liczby mszy za duszę ofiary, dostarczenie wosku, świec, odbycie pielgrzymki lub sfinansowanie jej innym osobom, opłacenie posiłków i wypitego podczas rozprawy ugodowej piwa, a nawet świadczenia dla lokalnej społeczności, np. opłacenia biedocie wiejskiej kąpieli w łaźni czy poczęstunku. M. W. Lorenc, *P. Nocuń*, *Prawo wykute w kamieniu*, s. 48–50. Por. też zawarte w artykule cytowanie treści umowy kompozycyjnej z terenów Śląska z XIV w.

³² E. Krzymuski, *Wykład prawa*, s. 69–71.

Przez włączanie czynników związanych z zadośćuczynieniem w nurt publicznoprawny, władza publiczna w coraz szerszym zakresie przejmowała zadania związane z egzekwowaniem należności i obowiązków związanych z popełnieniem przestępstwa od jego sprawcy. O ile jeszcze w XIV i XV w. pokrzywdzeni przestępstwem zabójstwa mogli nie przyjąć w ramach zadośćuczynienia należnego im z tego tytułu od sprawcy okupu (tzw. główszczyzny) i zamiast tego – wykonać akt pomsty (co wynika z tego, że kompozycja była formą okupu za nieskorzystanie przez pokrzywdzonego lub jego rodzinę z prawa pomsty³³), o tyle z czasem karę śmierci mogło wykonać już tylko państwo, co wykluczało jednoczesną prywatną pomstę. Początkowo wykluczało to także zapłatę główszczyzny. Z czasem jednak dostrzeżono zasadność kumulacji państwowej kary i prywatnego zadośćuczynienia. Nadal jednak państwo gwarantowało jego wykonanie. Konsekwencją niezapłacenia główszczyzny, a także szerzej ujętej kompozycji (za odniesione rany), była egzekucja na dobrach sprawcy, areszt za długi lub odpracowanie należności; dług z niezapłaconej kompozycji był także dziedziczony przez następców prawnych sprawcy³⁴.

Kara nacechowana czynnikiem prewencyjnym i zadośćuczynienie mające charakter kompensacyjny długo były traktowane jako oddzielne formy reakcji na przestępstwo, choć stosowano je równolegle. Przykładowo zgwałcenie sankcjonowane było przez pewien czas kumulatywnie więzłą dolną i wypłaceniem świadczenia pieniężnego pokrzywdzonej. Możliwe było jednak w wybranych sytuacjach ograniczenie reakcji do zadośćuczynienia w formie naprawienia szkód i krzywd, jeśli brak było państwowego interesu w ściganiu sprawcy, bądź złagodzenie kary w razie uznania, że porządek naruszony przestępstwem może być przywrócony w drodze zadośćuczynienia³⁵. Podobną funkcję pełni obecnie proces prywatnoskargowy.

W wyniku łączenia czynników prywatnych z publicznymi w ramach reakcji na przestępstwo, zadośćuczynienie przyjęło formę wykraczającą poza naprawienie szkody, obejmując ponadto nadwyżkę w postaci nawiązki i dodatkowego świadczenia pieniężnego. Rozmiary tak ujętego zadośćuczynienia stały się przy tym zależne od natężenia złej woli sprawcy (obecnie określanej jako strona podmiotowa) czy kategorii osoby pokrzywdzonej (okolicznością obciążającą według Statutu Litewskiego było m.in. popełnienie przestępstwa przeciwko

³³ Należy tu zwrócić uwagę na podwójne znaczenie, w jakim używane jest pojęcie kompozycji: jako ugody pokrzywdzonego lub jego rodziny ze sprawcą, w której ustalano okup będący faktycznym zadośćuczynieniem (tak m.in. *E. Borkowska-Bagieńska, B. Lesiński*, Historia prawa, s. 94) oraz jako samego zadośćuczynienia (tak m.in. *J. Makarewicz*, Polskie prawo karne, s. 301–304).

³⁴ Tamże, s. 301–318.

³⁵ Możliwość tę określano jako forma „świadczenia łaski przez sędziego” w drodze „ułaskawienia co do kary”. Por. *M. Winawer*, Najdawniejsze prawo zwyczajowe, s. 188–189.

kobiecie jako istocie bezbronnej lub urzędnikowi w ramach wykonywania przez niego czynności urzędowych³⁶). Przez sposób jego wymiaru zadośćuczynienie zbliżało się do kary kryminalnej.

Z czasem władza publiczna przejęła w całości nie tylko uprawnienie i obowiązek określania co jest w danym społeczeństwie czynem zabronionym i jaka przewidziana jest za to sankcja, lecz również sferę orzekania tej sankcji i jej wykonywania, pozostawiając pokrzywdzonym określoną możliwość udziału w procesie jej wymiaru i wykonania oraz dochodzenia swoich roszczeń powstałych w wyniku popełnionego przestępstwa. Warto przy tym zwrócić uwagę na fakt, że pochodzący z XVIII w. p.n.e. Kodeks Hammurabiego regulował całościowo kwestie związane z reakcją na przestępstwo (choć nie w odniesieniu do wszystkich przestępstw) i dążył do osiągnięcia w ten sposób zarówno celu prewencyjnego związanego z ochroną porządku prawnego, jak i kompensacyjnego. Nie nawiązywał już przy tym do krwawej pomsty. Przewidywał natomiast za przestępstwa przeciwko dobrom jednostki kary pieniężne, z których część należna była pokrzywdzonemu³⁷.

Całościowa reakcja na przestępstwo, obejmująca cel prewencyjny i kompensacyjny, stała się z czasem także w innych porządkach prawnych zadaniem państwa. Wprawdzie nawet obecnie widoczne jest w prawie karnym pewne rozwarstwienie pomiędzy stosowanymi formami represji. Kary i środki karne ograniczają możliwość korzystania przez sprawcę z wolności lub mienia – i jako takie mają charakter głównie prewencyjny. Obok nich występują inne środki reakcji karnej, obejmujące świadczenia na rzecz pokrzywdzonego, które proponuje się obecnie określać jako: środki kompensacyjne. Poza tym jednostka nadal ma możliwość dochodzenia roszczeń kompensacyjnych na drodze cywilnej.

Jednak aspekt moralny związany z potępieniem sprawcy i zastosowaniem względem niego represji, przejęło w całości państwo, monopolizując sferę prawa karnego jako obszaru zajmującego się reakcją na przestępstwo³⁸. Spowodowało to włączenie celu kompensacyjnego do celów kary w ramach przywracania naruszonego przestępstwem poczucia sprawiedliwości zarówno społecznego, jak i jednostkowego (kompensacja w ujęciu moralnym) oraz przez możliwość orzekania pieniężnego zadośćuczynienia w ramach sankcji karnej – zarówno w po-

³⁶ J. Makarewicz, Polskie prawo karne, s. 304.

³⁷ J. Klíma, Prawa Hammurabiego, s. 262–269.

³⁸ Warto wskazać, że jest to obecnie jeden z zarzutów wysuwanych w ramach koncepcji sprawiedliwości naprawczej, określanej jako „kradzież konfliktu” jednostek przez władzę publiczną oraz działających na jej rzecz profesjonalnych pełnomocników prawnych, opisany w artykule N. Christie, *Conflicts as property*, s. 1–15. W ramach sprawiedliwości naprawczej postuluje się włączenie do procesu reakcji na przestępstwo w możliwie szerokim zakresie pokrzywdzonego oraz społeczności lokalnej. Szerzej M. Platek, *Teoria sprawiedliwości naprawczej*, s. 71–108; W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza*, s. 94–208.

staci świadczenia na rzecz społeczeństwa, obejmującego przepadek rzeczy i korzyści związanych z przestępstwem, nawiązkę czy świadczenie pieniężne, jak i na rzecz jednostki w drodze obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę (kompensacja w ujęciu materialnym). Obecnie dostrzec można w prawie karnym coraz wyraźniejsze tendencje do wyróżnienia czynnika kompensacyjnego wśród celów kary, a nawet do jego wyodrębnienia i usamodzielnienia w ramach reakcji na przestępstwo. Propozycje te obejmują: wyróżnienie na gruncie prawa karnego tzw. trzeciego nurtu (niem. *dritter Spur*) reakcji na przestępstwo, obok kar i środków zabezpieczających³⁹, potraktowanie środków kompensacyjnych jako odrębnej formy sankcji karnej⁴⁰, jak też uzupełnienie reakcji karnej o formy sprawiedliwości naprawczej angażującej w rozwiązanie konfliktu wywołanego przestępstwem, w miarę możliwości, środki o charakterze pojednawczym (np. mediację), przy możliwie szerokim udziale pokrzywdzonego i społeczności lokalnej ustalającej formy rekompensaty za popełnione przestępstwo⁴¹. Pozwala to dostrzec, że cel kompensacyjny to istotny element reakcji karnej, nieograniczający się do pieniężnego naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody lub krzywdy, ale obejmujący także zadośćuczynienie o charakterze moralnym⁴².

III. Kara jako wyraz odpłaty i potępienia

Kara jest zemstą – pisał *J. Makarewicz*. Może być zemstą panującego, starającego się przybrać ją w szaty użyteczności publicznej. Może być też zemstą idei prawnej, a zatem zasadą na wzór imperatywu kategorycznego *I. Kanta*. Może wreszcie być zemstą społeczną, czyli sankcją wymierzaną jednostce przez społeczeństwo dla zaspokojenia potrzeby odwetu i potępienia wynikającego z potrzeby moralnej⁴³. Przyjmuje ona zewnętrzny wyraz w postaci zabijania sprawcy i niszczenia jego domostwa, aby zatrzeć ślady przestępcy i pamięć samego faktu⁴⁴, wykonywania kary na zwłokach przez ich spalenie i rozrzucenie popiołów, aby nie musiała ich nosić ziemia, bądź wbijania na pal⁴⁵.

³⁹ C. Roxin, Zur Wiedergutmachung als einer „dritten Spur“ im Sanktionensystem, s. 37–55.

⁴⁰ G. Hochmayr, Neue Kriminalsanktionen, s. 82–84.

⁴¹ G. Wrona, M. Płatek, Kilka przykładów zastosowania sprawiedliwości naprawczej, s. 147–169.

⁴² W. Zalewski, [w:] T. Kaczmarek (red.), SPK, t. 5, s. 113–122.

⁴³ J. Makarewicz, Polskie prawo karne, s. 205.

⁴⁴ J. Makarewicz zwraca uwagę, że tego rodzaju sankcja występowała zarówno w Ruskiej Prawdzie z XI–XII w. (sankcja wygnania i pozbawienia majątku całej rodziny sprawcy), statutach włoskich z XIII w. i w XIV-wiecznym prawie bizantyjskim. Tamże, s. 207.

⁴⁵ Kara stosowana do XVIII w. w ustawach niemieckich, Kodeksie bawarskim i Teresianie.