

Rozdział I. Kara kryminalna i jej racjonalizacja

Spis treści

	Nb
§ 1. Kara kryminalna, jej istota i cele	1
I. Pojęcie kary kryminalnej i jej kulturowo-historyczne uwarunkowania	1
II. Teorie kary i ich klasyfikacja (w kręgu tradycyjnego dylematu kary odwetowej i celowej)	46
III. Reinterpretacja sprawiedliwej odpłaty i jej celowościowe ujęcie	75
IV. Utylitaryzm karania. Wartość ogólnoprewencyjna kary kryminalnej	94
V. Utylitaryzm karania i jego krytyka z pozycji neoklasycyzmu	120
VI. Teoria ekonomiczna kary a polityka karna oparta na analizie kosztów i zysków	153
§ 2. Sprawiedliwość naprawcza	177
I. Uwagi wstępne	177
II. Sprawiedliwość naprawcza a prawo UE	187
III. Historiozoficzne założenia <i>restorative justice</i>	192
IV. Filozoficzne, socjologiczne i psychologiczne podstawy sprawiedliwości naprawczej	201
V. Multikulturowość sprawiedliwości naprawczej	202
VI. Początki sprawiedliwości naprawczej we współczesnym prawie. Modele sprawiedliwości naprawczej	227
VII. System kompensacji w polskim prawie karnym	239
VIII. Pluralistyczna koncepcja celów karania a postulaty zmiany paradygmatu sprawiedliwości i jego konsekwencje <i>de lege ferenda</i> ..	255
IX. Zamiast zakończenia	265

Literatura do § 1: *T. Adamczyk*, Kara w ujęciu historycznym. O książce Jerzego Warylewskiego, CPH 2008, t. LX, z. 2; *K. Ajdukiewicz*, O sprawiedliwości, w: *Język i poznanie*, t. I, Wybór pism z lat 1920–1939 (pod red. *K. Ajdukiewicza*), Warszawa 1966; *Arystoteles*, *Etyka Nikomachejska*, Warszawa 1991; *A. Balandynowicz*, *Filozofia probacji. Podstawy aksjologiczne systemu sprawiedliwego karania, w: System penitencjarny i postpenitencjarny w Polsce*, Warszawa 2003; *J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak*, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2009; *E. Bauer, J. Clark*, *Personality deviance and prison incarceration*, *Clinical Psychology* 32 (2) 1976; *C. Beccaria*, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959; *G. Becker*, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, w: *Essays in the Economics of Crime and Punishment* (pod red. *G.S. Becker'a, W.M. Landes'a*), New York 1974; *S. Benn, R.S. Peters*, *Social Principles and the Democratic State*, London 1959; *J. Bentham*, *Wprowadzenie do zasady moralności*, Warszawa 1958; *K. Binding*, *Strafrechtliche und straprozessuale AbHandlungen*, Bd.1, München 1915; *O.A. Bird*, *The Idea of Justice*, NewYork–Washington–Londyn 1967; *J.M.F. Birnbaum*, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, *Archiv des Kriminalrechts*, Neue Folge 1834; *J. Blachut, A. Gaberle, K. Krajewski*, *Kryminologia*, Gdańsk 2007; *T. Bojarski*, *Typizacja przestępstw i zasada nullum crimen sine lege* (wybrane zagadnienia), AUMCS 1977, t. XXIV; *E. Borkowska-Bagińska*, *Zbiór praw sądowych* Andrzeja Zamoyskie-

go, Poznań 1986; S. Borowski, Kodeks Stanisława Augusta. Zbiór dokumentów, Warszawa 1938; M. Borucka-Arcetowa, O społecznym działaniu prawa, Warszawa 1967; K. Buchala, Dyrektywy sądowego wymiaru kary, Warszawa 1964; *tenże*, Założenia modelu sankcji karnych i ich orzekanie wg polskiego projektu kodeksu karnego, w: Problemy reformy prawa karnego (pod red. T. Bojarskiego, E. Skrętowicza), Lublin 1993; *tenże*, w: Buchala, Komentarz KK, cz. ogólna, 1994; S. Budziński, Wykład porównawczy prawa karnego, Warszawa 1868; H.A. Bullock, Significance of the racial factor in the length of prison sentences, The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science 1961, vol. 52, Nr 4; K. Cegielska, Przegląd teorii, w: Zagadnienia patologii społecznej (pod red. A. Podgóreckiego), Warszawa 1976; J.A. Chmurzyński, Biologiczne nauki behawioralne na przełomie wieków, Kosmos, t. 49, Nr 23/2000; *tenże*, hasło instynkt, dostępne na <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/3914908/instynkt.html>; N. Christie, J. Andeneas, S. Skirbekk, A Study of Self-reported Crime, Scandinavian Studies in Criminology, t. I, Oslo 1965; F. Ciepły, O dowartościowanie retrybutywnej racjonalizacji kary, w: Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak (pod red. A. Dębińskiego, M. Gałzki, R.G. Halasa, K. Wiaka), Lublin 2006; *tenże*, Podstawy prawa karnego w świetle doktryny św. Tomasza, w: Prawo w Europie średniowiecznej i nowożytnej (pod red. A. Lisa), Lublin 2012; M. Cieślak, O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary, NP 1969, Nr 2; M. Ciosek, Psychologia sądowa i penitencjarna, Warszawa 2011; M. Cohen, Balancing the Costs and Benefits, w: Odpowiedzialność karna w systemach demokracji liberalnej (pod red. M. Królikowskiego, J. Czabańskiego, T. Krawczyka, M. Romanowskiego, B. Kasprzyckiej), Materiały Konferencji Fundacji Ius et Lex, Warszawa 27–29 września 2002; *tenże*, Ekonomiczne podejście do przestępczości – równoważenie kosztów i zysków, w: Odpowiedzialność karna w systemach demokracji liberalnej (pod red. M. Królikowskiego, J. Czabańskiego, T. Krawczyka, M. Romanowskiego, B. Kasprzyckiej), Materiały Konferencji Fundacji Ius et Lex, Warszawa 27–29 września 2002; R. Cooter, Th. Ulen, Ekonomiczna analiza prawa, J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska (red. naukowa przekładu), Warszawa 2009; J. Czabański, Wprowadzenie do ekonomicznego podejścia do prawa, w: Odpowiedzialność karna w systemach demokracji liberalnej (materiały konferencji) (pod red. M. Królikowskiego, J. Czabańskiego, T. Krawczyka, M. Romanowskiego, B. Kasprzyckiej), Warszawa 2002; C. Czapow, S. Jedlewski, Pedagogika resocjalizacyjna, Warszawa 1971; Z. Cwiągalski, Generalprävention und gerechte Strafe, ZNUJ 1989, Nr 127; R. Dębski, Pojęcie i analiza celu kary, Zeszyty Naukowe UMK, 1964, Nr 10; *tenże*, Pozaustawowe znamiona przestępstwa, Łódź 1995; E. Durkheim, L'education morale, Paris 1963; *tenże*, La division du travail Social, Paris 1902; A. Działdziej, Powszechna historia prawa, Warszawa 2009; I. Ehrlich, Rynek przestępstw, w: Odpowiedzialność karna w systemach demokracji liberalnej, Materiały Konferencji Fundacji Ius et Lex, Warszawa 27–29 września 2002; *tenże*, Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis, w: Essays in the Economics (pod red. G.S. Becker 'a, W.M. Landes 'a), New York 1974; E. Eide, Economics of Criminal Behavior, w: Encyclopedia of Law and Economics 1999; H.F. Ellenberger, Behavior under involuntary confinement, New York 1971; S. Estreicher, Wykłady z historii ustroju państwa i prawa na zachodzie Europy, Kraków 2000; L. Falandysz, W kręgu kryminologii radykalnej, Warszawa 1986; P.J.A. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Recht, Giessen 1801; *tenże*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinlichen Rechts, 1 Teil, Erfurt, 1799; A. France, Poglądy księdza Hieronima Coignarda, Warszawa 1966; R. Frase, Criminalization, w: Encyclopedia of Crime and Justice, vol. 2, New York 1983; A. Frączek, Z zagadnień psychologii agresji, Warszawa 1975; K.W. Frieske, Ekonomika przestępczości, iluzje, nieporozumienia i niebezpieczeństwa, w: Kulturowe uwarunkowania polityki kryminalnej (pod red. M. Filara, J. Utrat-Mileckiego), Warszawa 2014; A. Gaberle, Generalprävention als eine Methode der Kriminalitätsverhütung, ZNUJ 1989, Nr 127; L. Gardocki, Zagadnienia teorii kryminalizacji, Warszawa 1990; D. Garland, Punishment and Modern Society. A Study in Criminal Theory, Oxford 1990; L. Garlicki, w: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (pod red. L. Garlickiego), Komentarz, Warszawa 2003; *tenże*, Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wol-

ności, PiP 2001, Nr 10; *J. Giezek*, Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym, Wrocław 1994; *S. Glaser*, Kara odwetowa a kara celowa, zalety i braki teorii pragmatycznej, Lublin 1924; *tenże*, Polskie prawo karne w zarysie, Kraków 1933; *E. Goffman*, Charakterystyka instytucji totalnych, w: *Elementy teorii socjologicznych* (pod red. *W. Derczyńskiego, A. Jasińskiej-Kani, J. Szackiego*), Warszawa 1975; *tenże*, On the characteristics of total institutions, w: *D. Cressey*, The Prison – Studies in Institutional Organization and Change, New York 1962; *C. Gott*, Koszty przestępczości, w: *Odpowiedzialność karna w systemach demokracji liberalnej* (pod red. *M. Królikowskiego, J. Czabańskiego, T. Krawczyka, M. Romanowskiego, B. Kasprzyckiej*), Materiały Konferencji Fundacji Ius et Lex, Warszawa 27–29 września 2002; *K.H. Gössel*, Wesen und Begründung der Strafrechtlichen Sanktionen, Festschrift für Gerd Pfeiffer, Heymanns Verl. 1993; *H. Grotius*, Trzy księgi o prawie wojny i pokoju, t. 2, rozdz. XX, § 1, Warszawa 1957; *J.M. Guyau*, Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction, Paris 1885, tłumaczenie polskie, Zarys moralności bez powinności i sankcji, Warszawa 1910, 1960; *H.L.A. Hart*, Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law, New York 1968; *G.W.F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrechts und Staatswissenschaft im Grundrisse, Stuttgart, 1928; *tenże*, Zasady filozofii prawa, Warszawa 1969; *R. Hippel*, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932; *H.J. Hirsch*, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994); *tenże*, Proportionate Sentences: A Desert Perspective, w: *Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth*, Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy, wyd. 2, Oxford–Hart 2004; *tenże*, W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego, RPEiS 2002, z. 1; *R. Hube*, O teoriach prawa kryminalnego, w: *Pisma Romualda Hubego*, t. I, Warszawa 1905; *tenże*, Ogólne zasady nauki prawa karnego, Warszawa 1830; *tenże*, Pokora według praw polskich i czeskich, t. IV, Themis Polska 1829; *tenże*, Wróżba, wróżda i pokora, t. III, Ateneum 1884; *J.M. Iwaniec*, Kara celowa a sprawiedliwa, PPUW, Koła naukowe 2002, Nr 1; *G. Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, w: *You-hsiu Hsu* (ed. Foundations and limits of Criminal Law and Criminal Procedure), An anthology in memory of Professor Fu-Tsen Hung, Taipei 2003; *D. Janicka*, Nauka o winie i karze w dziejach klasycznej szkoły prawa karnego w Niemczech w I połowie XIX wieku, Toruń 1998; *B. Janiszewski*, Dolegliwość jako element współczesnej kary, w: *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i stosowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka* (pod red. *J. Giezka*), Kraków 2006; *tenże*, Sprawiedliwość kary. Rozważania w świetle prawnych podstaw jej wymiaru, w: *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka* (pod red. *A.J. Szwarca*), Poznań 1999; *H.H. Jescheck*, Die Kriese die Kriminalpolitik, ZStW 1979, Nr 91; *H.J. Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, Berlin 1972; *T. Kaczmarek*, Dobro prawne i społeczna szkodliwość czynu, w: *System Pr. Kar.*, t. 3; *tenże*, General Prävention und Strafe, ZStW 107 (1995) Heft 3; *tenże*, Indywidualizacja wykonywania kary pozbawienia wolności na marginesie książki Małgorzaty Kuć, PWP, Nr 64–65/2009; *tenże*, 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* (pod red. *A. Michalskiej-Warias, I. Nowikowskiego, J. Piórkowskiej-Flieger*), Lublin 2011; *tenże*, Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru karu w teorii i praktyce sądowej, Wrocław 1980; *tenże*, O pozytywnej prewencji ogólnej w ujęciu projektu Kodeksu karnego, Pal. 1995, Nr 3–4; *tenże*, Racjonalny ustawodawca wobec opinii społecznej a populizm penalny, Archiwum Kryminologii 2007–2008, t. XXIX–XXX; *tenże*, Resocjalizacja sprawcy, jako cel wymiaru oraz wykonania kary pozbawienia wolności, w: *Prawo karne wykonawcze w systemie nauk kryminologicznych. Księga jubileuszowa Leszka Boguni*, Wrocław 2011; *tenże*, Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 40-lecia naukowej twórczości, Warszawa 2006; *tenże*, Sędziowski wymiar kary w PRL w świetle badań ankietowych, Wrocław–Kraków–Warszawa 1972; *tenże*, Überlegungen zur ökonomischen Theorie der Strafe, in: *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2006; *tenże*, Z rozważań nad ekonomiczną teorią kary, CzPKiNP

2004, Nr 2; *tenże*, Z rozważań nad zasadą ostateczności orzekania bezwzględnej kary pozbawienia wolności, w: Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk (pod red. *W. Górskiego, P. Kardasa, T. Sroki, W. Wróbla*), Kraków 2013; *I. Kant*, Die Metaphisik der Sitten (I Teil) Anfangsgründe der Rechtslehre, Berlin 1870; *tenże*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797; *tenże*, Uzasadnienie metafizyki moralności, Warszawa 1953; *K. Koranyi*, Powszechna historia państwa i prawa, t. III, Warszawa 1966; *J. Koziński*, Psychologiczna teoria decyzji, Warszawa 1975; *K. Krajewski*, Czy więzienie jest skuteczne? Uwagi na marginesie amerykańskiej dyskusji na temat wpływu kary pozbawienia wolności na rozmiary, przestępczości, w: Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70-lecia urodzin Profesora Andrzeja Gaberle, Warszawa 2007; *tenże*, Kara i współczesne społeczeństwo (wokół książki *D. Garlanda*), PiP 1992, Nr 45; *tenże*, Kryminologia konsensualna czy konfliktowa? Spór o koncepcję, RPEiS 1987, Nr 2; *tenże*, Kryminologia neoklasyczna i konsekwencje paradygmatu klasycznego dla prawa karnego, w: System Pr. Kar., t. 1; *tenże*, Kryminologiczne podstawy prawa karnego, w: System Pr. Kar., t. 1; *tenże*, Paradygmat antynaturalistyczny w kryminologii i jego znaczenie dla prawa karnego, w: System Pr. Kar., t. 1; *tenże*, Paradygmat zagrożenia (naruszenia) dobra prawnego jako aksjologiczna podstawa określania czynów społecznie szkodliwych w Kodeksie karnym z 1997 r., w: System Pr. Kar., t. 3; *tenże*, Podstawowe tezy teorii naznaczenia społecznego, RPEiS 1983, Nr 1; *tenże*, Teorie kryminologiczne a prawo karne, Warszawa 1994; *K. Krasowski, B. Lesiński, K. Sikorska-Dzięgielewska, J. Walachowicz*, Powszechna historia państwa i prawa, Poznań 2007; *J. Królikowska*, Kara kryminalna w badaniach socjologicznych, w: Kulturowe uwarunkowania polityki kryminalnej (pod red. *M. Filara, J. Utrat-Mileckiego*), Warszawa 2014; *M. Królikowski*, Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności, Warszawa 2005; *M. Królikowski, J. Czabański, T. Krawczyk, M. Romanowski, B. Kasprzycka*, Odpowiedzialność karna w systemach demokracji liberalnej, IUS et LEX, Warszawa 2002; *M. Królikowski, T. Krawczyk*, Raport o raporcie. Rzecz o poszukiwaniu kary sprawiedliwej, SI XXXIX, 2001; *M. Królikowski, R. Zawłocki*, Aksjologiczne i normatywne uwarunkowania odpowiedzialności karnej, w: Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz, Warszawa 2011; *A. Krukowski*, Dyrektywy wymiaru i wykonania kary na tle k.k. i k.k.w. z 1969 r., PPen. 1969, Nr 2; *tenże*, Niektóre problemy teoretyczne polityki penitencjarnej, PPen. 1968, Nr 1; *tenże*, Społeczna treść przestępstwa. Studium z zakresu polityki kryminalnej, Warszawa 1973; *E. Krzymuski*, Teoria karna Kanta, Kraków 1822; *tenże*, Teoryja karna Kanta ze stanowiska jego ogólnej nauki o rozumie praktycznym, Rozprawy i Sprawozdania z posiedzeń Wydziału Hist.-Filozoficznego Akademii Umiejętności, t. XVI, Kraków 1883; *tenże*, Wykład prawa karnego, t. 1, Kraków 1911; *S. Kutrzeba*, Dawne polskie prawo sądowe w zarysie, Lwów 1921; *B. Kutschinska*, Law and Education. Some Aspects of Scandinavian Studies into the General Sense of Justice, Acta Sociologica (Scandinavian Review of Sociology), t. X; *J. Kwaśniewski*, Profilaktyka społeczna: związki ze stylami polityki społecznej oraz implikacje dla nauki, Prace Instytutu Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji UW, t. 3, Warszawa 1979; *J. Lande*, Studia z filozofii prawa, Warszawa 1959; *W. Lee*, Decision Theory and Human Behavior, N.Y. 1971 Wiley; *L. Lernell*, Podstawowe zagadnienia penologii, Warszawa 1977; *tenże*, Podstawy nauki polityki kryminalnej. Studia z zagadnień przestępstwa, odpowiedzialności i kary, Warszawa 1967; *tenże*, Wykład, t. I; *B. Lesiński* (red.), Historia państwa i prawa. Wybór tekstów źródłowych, Poznań 1995; *M. Lipczyńska*, Zagadnienia prawa karnego w Etyce Nikomachejskiej Arystotelesa, w: Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci Władysława Woltera (pod red. *M. Cieślaka*), Warszawa 1956; *A. Lis*, Prawo w Europie średniowiecznej i nowożytnej (pod red. *A. Lisa*), Lublin 2011; *F. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin–Leipzig 1914; *A. v. Lundstedt*, Legal Thinking Revised, Sztokholm 1965; *M. Łoś*, Teorie społeczeństwa a koncepcje dewiacji, w: Zagadnienia patologii społecznej (pod red. *A. Podgóreckiego*), Warszawa 1976; *M. Łoś-Bobińska*, Zasady wymiaru sprawiedliwości w świetle badań empirycznych, Etyka 1968, Nr 3; *H. Machel*, Sens i bezsens resocjalizacji penitencjarnej – casus polski, Kraków 2008;

T. Maciejewski, Historia powszechna ustroju państwa i prawa, Warszawa 2007; *tenże*, Historia prawa karnego w dawnej Polsce (do 1795 r.). Źródła, przestępstwo, kara, w: System Pr. Kar., t. 2; J. Makarewicz, Polskie prawo karne. Część ogólna, Lwów–Warszawa 1919; *tenże*, Prawo karne ogólne, Kraków 1914; *tenże*, Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe (pod red. A. Grześkowiak), Lublin 2009; *tenże*, Zbrodnia i kara, Lwów 1922; W. Makowski, Podstawy filozofii prawa karnego, Tom 1, Warszawa 1917; *tenże*, Przyczynek do psychologii kryminalnej (teoria „r=p”), Warszawa 1914; M. Maneli, O funkcjach państwa, Warszawa 1963; A. Marek, Główne tendencje polityki kryminalnej na forum ONZ a reforma polskiego prawa karnego, PiP 1983; *tenże*, „Nowy realizm” w prawie karnym Stanów Zjednoczonych. Założenia i efekty, PiP 1980, Nr 7; *tenże*, Prawo karne, 1997; A. Matczak, Rozwój ontogenetyczny człowieka, w: Z. Włodarski, A. Matczak, Wprowadzenie do psychologii, Warszawa 1987; K. Mäkelä, Public Sense of Justice and Judicial Practice, Acta Sociologica, vol. X; T.R. McConnell, Ogólny charakter rozwoju, w: Psychologia wychowawcza (pod red. Ch.E. Skinnera), Warszawa 1971; A. Merkel, Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht, Strassburg 1892; S. Mika, Społeczny aspekt karania. Psychologia wychowawcza, Nr 1/68; J.S. Mill, O wolności, w: Utylitaryzm. O wolności, Warszawa 2005; A. Mogilnicki, Nullum delictum sine lege, GS 1935, Nr 23–24; C.E. Moody, Ekonometryczne badania poziomu przestępczości, w: Odpowiedzialność karna w systemach demokracji liberalnej (pod red. M. Królikowskiego, J. Czabańskiego, T. Krawczyka, M. Romanowskiego, B. Kasprzyckiej), Materiały Konferencji Fundacji Ius et Lex, Warszawa 27–29 września 2002; L. Morawski, Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian, Warszawa 2005; J. Nagler, Die Strafe. Eine juristisch–empirische Untersuchung, Leipzig 1918; A. Newell, H.A. Simon, Human Problem Solving, New Jersey 1972; K. Obuchowski, Psychologia dążeń ludzkich, Warszawa 1966; K. Opatek, J. Wróblewski, Współczesna teoria i socjologia prawa w Stanach Zjednoczonych, Warszawa 1963; *ciż*, Zagadnienia teorii prawa, Warszawa 1969; M. Ossowska, Motywy postępowania. Z zagadnień psychologii moralności, Warszawa 1949; H. Otto, Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle, Freiburg 1982; *tenże*, Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit als eigenständige Deliktstypologien?, w: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, München 1978; J. Paszukanis, Ogólna teoria prawa a marksizm, Warszawa 1985; K. Pawlusiewicz, B. Brożek, Prawo karne w świetle ekonomicznej teorii prawa (Uwagi krytyczne), PiP 2002, Nr 12; M. Peno, Filozoficzne podstawy karania – uzasadnienie istnienia kary we współczesnych społeczeństwach demokratycznych, w: Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów (pod red. O. Nawrota, S. Sykuny, J. Zajadły), Warszawa 2012; Ch. Perelman, O sprawiedliwości, Warszawa 1959; J. Piaget, Punkt widzenia Piageta, Psychologia wychowawcza 1969, Nr 5; Platon, Gorgiasz, Menon, Kęty 2002; M. Platek, Europejskie reguły więzienne z 2006 roku, PiP 2008, Nr 2; *taż*, Ruch abolicjonistyczny w Skandynawii – terażniejszość czy wizja przyszłości, SI 1991, Nr 20; S. Pławski, Prawo penitencjarne, Warszawa 1968; S. Plaza, Historia prawa w Polsce na tle porównawczym, Kraków 2002; A. Podgórecki, Patologia życia społecznego, Warszawa 1969; *tenże*, Prestiż prawa, Warszawa 1966; *tenże*, Socjologia prawa, Warszawa 1962; *tenże*, Społeczności wyizolowane, w: Zagadnienia marginesu społecznego a sprawiedliwość (pod red. B. Hołysta), Warszawa 1977; M. Porowski, Karanie a resocjalizacja, SKKiP 1985, Nr 16; *tenże*, Zarys myśli penitencjarnej w okresie ostatniego stulecia, w: Więzienie mokotowskie. Historia i terażniejszość (pod red. M. Gordon), Warszawa 2004; M. Porowski, A. Rzepliński, O granicach reformy więziennictwa, w: Spory wokół reformy więziennictwa (pod red. S. Walczaka), Warszawa 1985; *ciż*, Uwieszenie a wartości, w: Doświadczenie i perspektywy systemu penitencjarnego w Polsce (pod red. T. Szymanowskiego, A. Rzeplińskiego), Warszawa 1987; W. Poznaniak, Zaburzenia w uspołecznieniu przestępców, Poznań 1982; Z. Putkiewicz, Podstawowe zagadnienia psychologii, w: Podstawy psychologii, pedagogiki i socjologii (pod red. Z. Putkiewicza, B. Dobrowolskiej, T. Kukulowicza), Warszawa 1987; A.M. Quinton, On Punishment, w: The Philosophy of Punishment. A Collection of Papers, London 1969; J. Rafacz, Dawne polskie prawo karne. Część ogólna, Warszawa 1932; J. Rawls, Teoria sprawiedliwości, Warszawa 1994; *tenże*, Two Concepts of Rules, w: The Philosophy of Puni-

shment. A Collection of Papers, London 1955; *G. Ritzer*, The McDonaldization of Society, New York 1993; *C. Roxin*, Nowe kierunki polityki kryminalnej, PPK 1990, Nr 4; *W. Sadurski*, Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia, Warszawa 1988; *J. Selmach, M. Soniewicka* (red.), Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych, Warszawa 2007; *J. Sikora*, Problemy resocjalizacji w świetle badań psychologicznych, Warszawa 1978; *K. Sójka-Zielińska*, Historia prawa, Warszawa 2008; *G. Spendel*, Zur Lehre vom Strafmass, Frankfurt a/Main 1955; *B. Stando-Kawecka*, Uwarunkowania i efekty współczesnej amerykańskiej polityki kryminalnej, Przegląd Więziennictwa Polskiego 1997, Nr 4; *T. Stawecki, P. Winczorek*, Wstęp do prawoznawstwa, Warszawa 1997; *P. Stępiak*, Środowisko otwarte jako alternatywa więzienia. Z doświadczeń francuskich, Poznań 1997; *tenże*, Wymiar sprawiedliwości i praca socjalna w krajach Europy zachodniej, Poznań 1998; *A. Strzembosz*, Chrześcijańska koncepcja, w: O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu (pod red. *A. Strzembosza*), 1988; *F. Studnicki*, Przepływ wiadomości o normach prawa, Kraków 1965; *E.H. Sutherland*, Principles of Criminology, Philadelphia 1955, Chicago 1947; *B. Szamota-Saeki*, Odstraszające oddziaływanie kary na sprawcę przestępstwa w świetle badań empirycznych, Archiwum Kryminologii 21/1995; *P. Szczepaniak*, Kara pozbawienia wolności a wychowanie, Kalisz–Warszawa 2003; *T. Szczurkiewicz*, Studia socjologiczne, Warszawa 1969; *G.B. Szczygiel*, Kara pozbawienia wolności, w: System Pr. Kar., t. 6; *taż*, Zasada ultima ratio kary pozbawienia wolności z perspektywy populacji skazanych, w: Państwo prawa i Prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zoll, t. 2, Warszawa 2011; *M. Szerer*, Kara. Szkic socjologiczny, Kraków 1910; *tenże*, Karanie a humanizm, Warszawa 1994; *M. Szewczyk*, Kara pracy na cele społeczne na tle rozważań o przestępstwie i karze. Studium prawno-porównawcze, Kraków 1996; *T. Szymanowski*, Opinia społeczna w Polsce o zmianach prawa karnego, PiP 2007, Nr 5; *T. Szymanowski, Z. Świda*, Kodeks karny wykonawczy, Komentarz, Warszawa 1998; *A. i T. Szymanowscy*, Opinia społeczna w Polsce o niektórych kontrowersyjnych zachowaniach patologicznych, przestępstwach i środkach kontroli prawnokarnej, Warszawa 1996; *Śliwiński*, Polskie prawo karne materialne, cz. ogólna, Warszawa 1946; *J. Śliwowski*, Kara pozbawienia wolności we współczesnym świecie. Rozważania penitencjarne i penologiczne, Warszawa 1981; *tenże*, Prawo karne, 1975; *tenże*, Tendencje abolistyczne i skrajnie krytyczne, Problemy współczesnej penitencjarystyki w Polsce, Warszawa 1984; *Św. Tomasz z Akwinu*, Summa teologiczna, t. 18, Sprawiedliwość, II–II, q. 57–80, Londyn 1970; *W. Świda*, Prawo karne. Część ogólna, Warszawa 1966, 1970; *T. Tyszka*, Podejmowanie decyzji. Badania nad subiektywnym prawdopodobieństwem, Psychologia Wychowawcza 1968, Nr 3; *L. Tyszkiewicz*, Od naturalizmu do humanizmu w kryminologii, Katowice 1991; *tenże*, O statusie kryminologii, jej kierunkach i perspektywach rozwoju, w: Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok (pod red. *L. Tyszkiewicz*), Katowice 1996; *J. Utrat-Milecki*, Doktrynalne i normatywne źródła kryzysu więziennictwa, w: Reformy prawa karnego (pod red. *J. Utrat-Mileckiego*), Warszawa 2013; *tenże*, Kara w badaniach integralno kulturowych, w: Kara w nauce i kulturze (pod red. *J. Utrat-Mileckiego*), Warszawa 2009; *tenże*, Podstawy penologii. Teoria kary, Warszawa 2006; *tenże*, Prawo karne i polityka kryminalna jako podsystem kontroli społecznej. Analiza integralno kulturowa, w: Kulturowe uwarunkowania polityki kryminalnej (pod red. *M. Filara, J. Utrat-Mileckiego*), Warszawa 2014; *B. Waligóra*, Funkcjonowanie człowieka w warunkach izolacji więziennej, Poznań 1974; *J. Warylewski*, Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne, Gdańsk 2007; *tenże*, Kierunki i szkoły w nauce prawa karnego, w: System Pr. Kar., t. 1; *M. Wąsowicz*, Kara w polskiej myśli prawniczej, CPH 1987, t. XXXIX, z. 1; *M. Weber*, Economy of Society, Newbury Park 1968; *T. Weigend*, Neoklassizismus – ein transatlantisches Mißverständnis, ZStW 1982, Nr 94; *E.G.M. Weitkamp, S. Herberger*, Amerikanische Strafrechtspolitik auf dem Weg in die Katastrophe, Neue Kriminalpolitik Nr 2/95; *Z. Włodarski, A. Matczak*, Wprowadzenie do psychologii, Warszawa 1987; *B. Wojciechowski*, Dyskursywno-etyczne kary kryminalnej, RPEiS LXVIII, z. 3/2006; *K. Woytyczek*, Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP, Kraków 1999; *tenże*, Zasada proporcjonalności, jako granica prawa karania, w: Racjonalna reforma prawa karnego (pod red. *A. Zoll*

la), Warszawa 2001; B. Wróblewski, *Penologia*, Wilno 1926; *tenże*, *Stosunek społeczeństwa do przestępcy*, *Wileński Przegląd Prawniczy* 1930, Nr 1; *tenże*, *Studia z dziedziny prawa i etyki*, Warszawa 1934; *tenże*, *Wstęp do polityki kryminalnej*, Wilno 1922; B. Wróblewski, W. Świada, *Sędziowski wymiar kary w Rzeczypospolitej Polskiej*, Wilno 1939; S. Zabłocki, *Pojęcie sprawiedliwości w myśli etycznej i penologicznej Bronisława Wróblewskiego*, w: *Ius et Lex. Księga Jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza* (pod red. A. Dębińskiego, A. Grześkowiak, K. Wiaka), Lublin 2002; W. Zalewski, *O pojmowaniu sprawiedliwości w prawie karnym*, *GSP* 2005, t. XIV; *tenże*, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Gdańsk 2006; R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007; C. Znamierowski, *Wina i odpowiedzialność*, Warszawa 1957; A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, w: *System prawa karnego*, t. 2, *Źródła prawa karnego* (pod red. T. Bojarskiego), Warszawa 2011; *tenże*, *Wymiar kary a prawa jednostki*, *Pal.* 1986, Nr 5–6; E. Żyro, *Pojęcie sprawiedliwości u Karola Marksa*, Warszawa 1966.

Literatura do § 2: I. Aertsen, *The intermediate position of restorative justice: the case of Belgium*, w: *Institutionalizing Restorative Justice* (pod red. I. Aertsen, T. Daems, L. Robert), Willan Publishing 2006; P.A. Albrecht, *The Functionalization of the Victim in the Criminal Justice System*, *Buffalo Criminal Law Review* 1999, t. 3; Sh.M. Amin, *Ofiara przestępstwa we współczesnych systemach prawnokarnych ze szczególnym uwzględnieniem jurysprudenckiego Islamu*, *Toruń 1995*; A. Ashworth, *Responsibilities, rights and restorative justice*, *British Journal of Criminology* 2002, Nr 42; *tenże*, *Sentencing and Criminal Justice*, Butterworths 2000; I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the De-regulation Debate*, Oxford University Press 1992; Ch. Barton, *Empowerment and Retribution in Criminal and Restorative Justice*, w: *Restorative Justice: From Philosophy to Practice* (pod red. H. Strang, J. Braithwaite'a), Dartmouth 2000; H.J. Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995; A. Biederman, *Rzetelna informacja a aktywność pokrzywdzonego w procesie karnym*, *Prok. i Pr.* 2007, Nr 4; E. Bieńkowska, *Ochrona interesów pokrzywdzonego – podstawy wiktymologiczne*, w: *System Pr. Kar.*, t. 1; *taż*, *Projekt kodyfikacji karnej a zabezpieczenie interesów ofiar przestępstw*, *PiP* 1995, Nr 4; E. Bieńkowska, C. Kulesza, *Europejskie standardy kształtowania sytuacji ofiar przestępstw*, *Białystok 1997*; Bojarski, *Polskie prawo karne*, 2012; J. Braithwaite, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge 1989; *tenże*, *Democracy, Community And Problem Solving*, http://www.realjustice.org/Pages/vt99papers/vt_brai_html; *tenże*, *Encourage Restorative Justice*, *Criminology and Public Policy* 2007, Nr 6; *tenże*, *Principles of Restorative Justice*, w: *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms? (Studies in Penal Theory and Penal Ethics)* (pod red. A. Bottoms, A. Von Hirsch, J. Roberts), Oxford–Portland 2003; *tenże*, *Relational republican regulation*, *Regulation and Governance* 2013, Nr 7; *tenże*, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, *New York 2002*; *tenże*, *Restorative Justice and the Better Future*, *D.J. Killam Memorial Lecture*, *Dalhousie Law Review* 1996, <http://www.realjustice.org/Pages/braithwaite.html>; *tenże*, *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic*, *Crime and Justice* 1999, t. 25; J. Braithwaite, P. Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford University Press 1990; S. Chelpa, T. Witkowski, *Psychologia konfliktów*, *Wałbrzych 1999*; N. Christie, *Conflicts as property*, *The British Journal of Criminology* 1977, Nr 17; *tenże*, *Granice cierpienia*, Warszawa 1991; F. Cieply, *O dowartościowanie retributywnej racjonalizacji kary*, w: *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Alicji Grześkowiak* (pod red. A. Dębińskiego, M. Gałązki, R.G. Hałasa, K. Wiaka), Lublin 2006; *tenże*, *Sprawiedliwość naprawcza wobec przestępstwa*, w: *Mediacja w teorii i praktyce* (pod red. A. Gretkowskiego, D. Karbiarz), *Stalowa Wola 2009*; M. Cieślak, *Kara. Istota. Cel. Uzasadnienie*, Gdańsk 2011; W. Cieślak, *Nawiązka w polskim prawie karnym*, Gdańsk 2007; *tenże*, *Nawiązka*, w: *System Pr. Kar.*, t. 6; *tenże*, *Próba określenia charakteru prawnego nawiązki na gruncie obowiązującego prawa karnego*, w: *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej* (pod red. T. Dukiet-Nagórskiej), *Bielsko-Biała 2006*; P. Clark, *The Gacaca Courts, Post – Genocide, Justice and Reconciliation In Rwanda. Justice without Lawyers*, New York 2010; N.A. Combs, *Guilty Pleas In*

International Criminal Law. Constructing a Restorative Justice Approach, Stanford 2007; *J. Con-sedine*, Christian Morality, Restorative Justice and the Law, w: W kręgu kryminologii romantycznej (pod red. *M. Fajsta, M. Platek*), Warszawa 2004; *tenże*, Sprawiedliwość naprawcza. Przywrócenie ładu społecznego, Warszawa 2004; *Ch.H. Cooley*, Social Organization, New York 1909; *Ch. Cunneen*, Limitations of Restorative Justice, w: *Ch. Cunneen, C. Hoyle*, Debating Restorative Justice, Oxford–Portland 2010; *S. Dalka, J. Rodziewicz*, Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz do części drugiej kodeksu postępowania cywilnego, Gdańsk 1994; *W. Daszkiewicz*, Powództwo cywilne w procesie karnym, Warszawa 1976; *tenże*, Proces adhezyjny de lege ferenda, PiP 1959, z. 10; *tenże*, Proces adhezyjny na tle prawa polskiego, Warszawa 1961; *B. Dobrzański*, w: *B. Dobrzański, M. Lisiewski, Z. Resich, W. Siedlecki*, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. II, Warszawa 1969; *D. Dölling*, Der Täter – Opfer – Ausgleich – Möglichkeiten und Grenzen einer neuen kriminalrechtlichen Reaktionsreform, JuristenZeitung 1992, Nr 10; *J.S. Dryzek*, Legitimacy and Economy in Deliberative Democracy, Political Theory 2001, t. 21, Nr 5; *A.J. DuBrin*, Praktyczna psychologia zarządzania, Warszawa 1979; *K. Dudka*, Skuteczność instrumentów ochrony praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w świetle badań empirycznych, Lublin 2006; *A. Duff*, Restoration and Retribution, w: Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms? (Studies in Penal Theory and Penal Ethics) (pod red. *A. Bottoms, A. Von Hirsch, J. Roberts*), Oxford–Portland 2003; *E. Durkheim*, Zasady metody socjologicznej, Warszawa 1968; *J. Faget*, The French phantoms of restorative justice: the institutionalization of „penal mediation”, w: Institutionalizing Restorative Justice (pod red. *I. Aersten, T. Deams, L. Robert*), Willan Publishing 2006; *L. Falandysz*, Abolitionism between Necessity and Utopia, w: Abolitionism in history. On another way of thinking (pod red. *Z. Laso-cika, M. Platek, I. Rzeplińskiej*), Warszawa 1991; *L.J. Fennelly*, Handbook of loss prevention and crime prevention, Butterworth-Heinemann 2004; *M. Filar*, Pokrzywdzony (ofiara przestępstwa) w polskim prawie karnym materialnym, w: Poszanowanie godności ofiar przestępstw (pod red. *T. Cieleckiego*), Legionowo 2002; *F. Fukuyama*, Wielki wstrząs. Natura ludzka a odbudowa porządku społecznego, Warszawa 2000; *D. Garland*, Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies, Aldershot 1985; *tenże*, The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society, New York 2002; *S. Glaser*, Polski proces karny w zarysie, Kraków 1934; *E. Gmuryńska*, Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce, Warszawa 2007; *Z. Gostyński*, Obowiązek naprawienia szkody w nowym ustawodawstwie karnym, Kraków 1999; *A. Gójska, V. Huryn*, Mediacja w rozwiązywaniu konfliktów rodzinnych, Warszawa 2007; *O. Górniok*, O możliwości kompensowania w procesie karnym szkód wyrządzonych anonimowym konsumentom, NP 1986, Nr 4–5; *C.T. Griffiths, A.L. Patenaude*, Application of the criminal law to Native Indians and Inuit in Northwest Territories, Contemporary Law Review, vol. XXII–1, 1988; *ciż*, The Use of Restitution and Community Service Sentencing in Canadian North: The Prospects and Problems of Localized Corrections, w: Criminal Justice, Restitution and Reconciliation (pod red. *B. Galaway’a, J. Hudsona*), New York 1990; *D.M. Gromet, J.M. Darley*, Restoration and Retribution: How Including Retributive Components Affects the Acceptability of Restorative Justice Procedures, Social Justice Research 2006, t. 19, Nr 4; *T. Grzegorzczak*, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 2003; *J.O. Haley*, Confession, Repentance and Absolution, w: Mediation in Criminal Justice (pod red. *M. Wright’a, B. Galaway’a*), London 1989; *T. Hauschildt*, Gacaca Courts and Restorative Justice in Rwanda, 15.7.2012, dostępne na <http://www.e-ir.info> (dostęp 13.8.2014 r.); *A. von Hirsh, A. Ashworth*, Proportionate Sentencing. Exploring the Principles, New York 2005; *A. von Hirsch, A. Ashworth, C. Shearing*, Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A „Making Amends” Model?, w: Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms? (Studies in Penal Theory and Penal Ethics) (pod red. *A. Bottoms, A. Von Hirsch, J. Roberts*), Oxford–Portland 2003; *L. Hochberg*, Odszkodowanie pieniężne – namiastka powództwa cywilnego, PiP 1962, Nr 7; *P. Hofmański*, W sprawie tzw. kompleksu cywilnoprawnego w procesie karnym. Nowe propozycje, w: Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedli-

wości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała (pod red. *P. Hofmańskiego, K. Zgryzka*), Katowice 2003; *P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek*, Kodeks postępowania karnego, Legalis; *J. Jasiński*, O nowy kształt systemu środków karnych, PPK 1990, Nr 1; *tenże*, O nowy kształt systemu środków karnych, w: O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu (pod red. *A. Strzembosza*), Lublin 1988; *L. Jastrzębski*, Nawiązka w prawie karnym, NP 1973, Nr 4; *H.-H. Jescheck*, Część ogólna projektu z 1990 polskiego kodeksu karnego w świetle prawnoporównawczym, PiP 1992, Nr 2; *T. Justyński*, Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym, Kraków 2000; *T. Kaczmarek*, Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii i praktyce sądowej, Wrocław 1980; *tenże*, O pozytywnej prewencji ogólnej w ujęciu projektu kodeksu karnego z 1994, Pal. 1995, Nr 3–4; *T. Kaczmarek, G. Dolińska, J. Giezek, W. Sitek*, Decyzja sędziego w sprawie wymiaru kary i jej psychospołeczne uwarunkowania, Wrocław 1987; *A. Kafarski*, Akcja cywilna w procesie karnym, Warszawa 1972; *A. Karmen*, Crime Victims: An Introduction to Victimology, Pacific Grove 1990; *A. Karnicka-Kawczyńska, J. Kawczyński*, Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne, Warszawa 2002; Karnomaterialne i procesowe aspekty naprawienia szkody w świetle kodyfikacji z 1997 r. i propozycji ich zmian (pod red. *Z. Ćwiakalskiego, G. Artymiak*), Warszawa 2010; *H. Kemshall*, Understanding risk in criminal justice, Open University Press 2003; *K. Kim*, Restorative Justice and Deliberative Democracy: Connecting and Clarifying Foundational Norms Paper presented at the annual meeting of the MPSA Annual National Conference, Palmer House Hotel, Hilton, Chicago, IL, 3.4.2008 r., http://www.allacademic.com/meta/p265841_index.html (dostęp 13.8.2014 r.); *R. Kmieciak*, Pokrzywdzony jako oskarżyciel a „sprawiedliwość naprawcza” – rys historyczny z perspektywy współczesnej, AUMCS 2009/2010, Nr LVI/LVII; *J. Kochanowski*, Powrót do retributywizmu, Pal. 2005, Nr 11–12; *V. Konarska-Wrzeszek*, Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym, Toruń 2002; *A. Kordik*, Warunkowe zawieszenie kary w systemie środków probacyjnych i jego efektywność, Wrocław 1998; *A. Korybski*, Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA, Lublin 1993; *J. Korzonek*, Postępowanie egzekucyjne i zabezpieczające. Część druga kodeksu postępowania cywilnego, t. II (art. 598–864), Kraków 1934; *M. Królikowski*, Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności, Warszawa 2005; *tenże*, Sprawiedliwość retributywna wobec sprawiedliwości naprawczej, Ius et Lex 2006, Nr 1; *S.R. Kubiak*, Kilka uwag o roli powoda cywilnego w procesie karnym, NP 1956, Nr 2; *C. Kulesza*, Mediacja a system wymiaru sprawiedliwości (szanse, ograniczenia, zagrożenia), PiP 1995, Nr 12; *tenże*, Prawa podmiotowe osoby pokrzywdzonej przestępstwem w świetle niektórych zasad procesowych, PiP 1991, Nr 7; *J. Kulesza*, Negatywna prewencja generalna, PiP 1/201; *I. Kunicki*, Podział sumy uzyskanej z egzekucji, Sopot 1999; *D. Kuźelewski*, Mediacja po nowelizacji kodeksu postępowania karnego – krok ku zwiększeniu roli konsensualizmu w polskim procesie karnym?, w: Problemy znowelizowanej procedury karnej (pod red. *Z. Sobolewskiego, G. Artymiak, C. Klaka*), Kraków 2004; *tenże*, Mediacja w procesie karnym w opinii sędziów i prokuratorów – wybrane zagadnienia, w: Ocena funkcjonowania porozumień procesowych w praktyce wymiaru sprawiedliwości (pod red. *C. Kuleszy*), Warszawa 2009; *tenże*, Wybrane aspekty mediacji między sprawcą a ofiarą we Francji, w: Aktualne problemy prawa karnego i kryminologii (pod red. *E.W. Pływaczewskiego*), Białystok 2005; *Z. Lasocik, M. Platek, I. Rzeplińska*, Abolitionism in history. On another way of thinking, Warszawa 1991; *Leletal*, Komentarz KKW, 1999; *J.J. Llewellyn, R. House*, Restorative Justice – A Conceptual Framework Prepared for the Law Commission of Canada, 1999; *D. Lorek*, Romski model sprawiedliwości naprawczej, RPEiS 2012, Nr 2; *K. Madlener*, Compensation, Restitution, Sanction pecuniaria and other Ways and Means of Awarding Damages to the Victims of Crimes through the Courts, w: Victims and Criminal Justice, Legal Protection, Restitution and Support (pod red. *G. Keiser, H. Kury, H.-J. Albrecht, H. Arnold*), Freiburg 1991; *J. Makarewicz*, Prawo karne ogólne, Kraków 1914; *A. Marek, T. Oczkowski*, Obowiązek naprawienia szkody jako środek karny, w: System Pr. Kar., t. 6; *T. Marshall*, Restorative Justice on Trial in Britain, w: Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation—International Research Perspectives (pod red. *H. Messmer, H.-U. Otto*), Kluwer Academic Publishers 1992; *R. Martinson*, What

Works? Questions and answers about prison reform, *The Public Interest* 1974, Nr 10; *L. Mazowiecka*, Państwowa kompensata dla ofiar przestępstw, Warszawa 2012; *P. McCold*, Paradigm Muddle: The Threat to Restorative Justice Posed by Its Merger with Community Justice, *Contemporary Justice Review* 2004, t. 7, Nr 1; *tenże*, Restorative Justice and the Role of Community, w: *Restorative Justice: International Perspectives* (pod red. *B. Galaway'a, J. Hudson'a*), Monesy, New York 1996; *tenże*, Restorative Justice Practice – The State of the Field 1999, http://wget/www.realjustice.org/Pages/vt_mccold.html; *A. Mogilnicki, E.S. Rappaport*, Kodeks postępowania karnego, cz. II, Motywy ustawodawcze, Warszawa 1928; *D.B. Moor*, Diversion? Reconciliation? Mediation? Confusion, w: *Victim-Offender Mediation in Australia* (pod red. *T. Fishera*), *Socio-Legal Bulletin* 1994, Nr 14; *M. Moore*, Mediation vs conferencing, w: *J. McDonald, M. Thorsborne, D.B. Moore, M. Hyndman, T. O'Connell*, Family Group Conferencing: A Training Manual, Transformative Justice Australia 1995; *L. Morawski*, Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian, Warszawa 1999; *A. Morris*, Critiquing the Critics: A Brief Response to Critics of Restorative Justice, *British Journal of Criminology*, Volume 42, Issue 3, 2002; *O.H. Mowrer*, Loss and Recovery of Community, w: *Considering the Victim, Readings in Restitution and Victim Compensation* (pod red. *B. Galaway'a, J. Hudsona*), Springfield 1975; *R.B. Męke*, Customary Law and Human Rights, *The South African Law Journal* 1995; *A. Murzynowski*, Instytucja mediacji jako czynnik humanizacji w stosowaniu prawa karnego w Polsce, w: *W kręgu kryminologii romantycznej* (pod red. *M. Fajsta, M. Platek*), Warszawa 2004; *tenże*, Mediacja w prawie karnym procesowym, w: *Zapobieganie i zwalczanie przestępczości w Polsce przy zastosowaniu probacyjnych środków karania. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Ustawodawstwa i Praworządności pod patronatem Marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka 1–2.12.2003 r.*, Warszawa 2004; *A. Muszyńska*, Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, Warszawa 2010; *J. Nowacki*, O rozumieniach legalności, w: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Profesora Antoniego Agopszowicza* (pod red. *R. Mikosza*), Katowice 2000; *tenże*, Sprawiedliwość legalna a „wymiar sprawiedliwości”, w: *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała* (pod red. *P. Hofmańskiego, K. Zgryzka*), Katowice 2003; *J. Nowikow*, War and its Allegot Benefits, New York 1941; *I. Nowikowski*, Instytucja procesu adhezyjnego w polskim procesie karnym w kontekście tradycji i postępu, *Teka Komisji Prawniczej – Oddział w Lublinie PAN* 2008; *J. Nowińska*, Status prawny powoda cywilnego w polskim procesie karnym, Warszawa 2007; *T. O'Connell*, From Wagga Wagga to Minnesota. In *Conferencing: A New Response to Wrongdoing. Proceedings of the First North American Conference on Conferencing*. Bethlehem PA: Real Justice, http://www.realjustice.org/Pages/mn98papers/nacc_oco.html; *S. Paweła*, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 1994; *D. Peachey*, The Kitchener Experiment, w: *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community* (pod red. *M. Wright'a, B. Galaway'a*), London 1989; *J. Pennell*, Mainstreaming Family Group Conferencing: Building And Sustaining Partnership, materiały z konferencji: Conferencing: A New Response to Wrongdoing. Proceedings of the First North American Conference on Conferencing. Bethlehem PA: Real Justice. http://www.realjustice.org/Pages/vt/99papers/vt_pennell.html; *H. Pietrzak*, Agresja, konflikt, społeczeństwo, Tyczyn 2000; *M. Pyziak-Szafnicka*, w: *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz* (pod red. *M. Pyziak-Szafnickiej*), Lex/el. 2009; *L. Radzinowicz*, Adventures in Criminology, London–New York 2003; *J. Rezler*, Naprawienie szkody wynikłej ze spowodowania uszczerbku na ciele i zdrowiu (według prawa cywilnego), Warszawa 1968; *A. Rękas*, Mediacja w polskim prawie karnym, Warszawa 2004; *M. Rogacka-Rzewnicka*, O zjawisku „prywatyzacji” („cywilizacji”) prawa karnego w świetle koncepcji celu postępowania karnego. Krótki rys historyczno prawny, *Prok. i Pr.* 2010, Nr 1–2; *V. Ruggiero*, Penal Abolitionism, Oxford University Press 2010; *K. Seelmann*, Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht, *JZ* 1989; Sentencing and Sanctions in Western Countries (pod red. *M. Tonry, R.S. Frase*), Oxford University Press 2001; *C. Shapiro*, Is Restitution Legislation the Chameleon of the Victims' Movement?, w: *Criminal Justice, Restitution, and Reconciliation* (pod red. *B. Galaway'a, J. Hudsona*), New York 1990;

Z. Sienkiewicz, O kompensacji w nowym kodeksie karnym, w: U progu nowych kodyfikacji karnych. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Leonowi Tyszkiewiczowi (pod red. O. Górniok), Katowice 1999; *taż*, Regulacja nawiązki w projektach kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń, PS 1993, Nr 3; O. Sitarz, Obowiązek naprawienia szkody i nawiązka jako środki karne w projekcie kodeksu karnego, w: Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok (pod red. L. Tyszkiewicza), Katowice 1996; R. Skarbek, W. Zalewski, Funkcja kompensacyjna prawa karnego oraz wybrane zagadnienia egzekucji roszczeń zasądzonych w postępowaniu karnym, w: Profesor Marian Cieślak. Osoba. Dzieło. Kontynuacje (pod red. W. Cieślaka, S. Steinborna), Warszawa 2013; J. Skupiński, Warunkowe skazanie w prawie polskim na tle porównawczym, Warszawa 1992; Słownik języka polskiego (pod red. M. Szymczaka), Warszawa 1981; P.A. Sorokin, Contemporary Sociological Theories, New York 1928; Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze, t. III, Prawo karne (pod red. E. Zielińskiej), Warszawa 1997; J. Stanisławski, K. Billip, Z. Chochołowska, Słownik angielsko-polski, Warszawa 1976; A. Strzembosz, Chrześcijańska koncepcja celu kary kryminalnej, w: O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu (pod red. A. Strzembosza), Lublin 1988; A. Szpunar, Nadużycie prawa podmiotowego, Kraków 1947; *tenże*, Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym, Warszawa 1975; *tenże*, Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową, Bydgoszcz 1999; Śliwiński, Polskie prawo karne, cz. ogólna; I. Śmietanka, Z. Krauze, Instytucja nawiązki w przyszłym prawie karnym, NP 1969, Nr 3; Z. Świeboda, Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz do części II kodeksu postępowania cywilnego, Warszawa 1994; C. Tabęcki, Powództwo adhezyjne w sprawie karnej de lege lata i de lege ferenda, NP 1957, Nr 1; A. Thomsen, Grundriss Des Deutschen Verbrechensbekämpfungrechts, Enthaltend Das Deutsche Straf- Und Sonstige Bekämpfungsrechts: Besonderer Teil, Struppe & Winckler 1905; J. Utrat-Milecki, Prawo karne i polityka kryminalna jako podsystem kontroli społecznej. Analiza integralnokulturowa, w: Kulturowe uwarunkowania polityki kryminalnej (pod red. M. Filara, J. Utrat-Mileckiego), Warszawa 2014; D. Van Ness, Restorative justice, w: Criminal Justice, Restitution and Reconciliation (pod red. B. Galaway'a, J. Hudsona), New York 1990; Ch. Villa-Vicencio, Identity, Culture and Belonging: Religious and Cultural Rights, w: Religious Human Rights in Global Perspectives: Religious Perspectives (pod red. J. Witte Jr., J.D. van der Vyver), The Hague: Martinus Nijhoff Publishers 1996; R.E. Walton, Interpersonal peacemaking: Confrontations and third-party consultation. Reading Mass, Addison-Wesley 1969; S. Waltoś, Od fikcji do sensownego unormowania kompensacji szkody w procesie karnym (suplement do głosu w dyskusji panelowej), w: Kompensacyjna funkcja prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Gostyńskiego (pod red. S. Waltosia, B. Nity, P. Trzaski, M. Żurka), CzPKiNP 2002, Nr 2; H. Wantula, Abolicjonizm – obrona humanistycznych wartości, SP 1990, Nr 4; *taż*, Abolicjonizm więzień – podejście racjonalne i humanistyczne: o karze pozbawienia wolności, o jej skutkach i możliwościach jej ograniczania, Kraków 1997; J. Warylewski, Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne, Gdańsk 2007; M. Wenzel, I. Thielmann, Why We Punish in the Name of Justice: Just Desert versus Value Restoration and the Role of Social Identity, Social Justice Research 2006, t. 19, Nr 4; K. Wojtyczek, Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania, w: Racjonalna reforma prawa karnego (pod red. A. Zolla), Warszawa 2001; D. Wójcik, Dokumenty i standardy międzynarodowe dotyczące mediacji (rekomendacje Rady Europy, decyzja ramowa Unii Europejskiej), w: System Pr. Kar., t. 1; *taż*, Mediacja – uregulowania prawne, ich krytyczna ocena, potrzeba dalszych zmian, wnioski de lege ferenda, w: System Pr. Kar., t. 1; *taż*, Perspektywy mediacji w Polsce – likwidacja barier, w: Konferencja naukowa: Mediacja w polskiej rzeczywistości, Warszawa 2003; R. Yazzi, Navajo peacemaking: Implications for adjudication-based systems of justice, Contemporary Justice Review. 1998, 1(1); W. Zalewski, Demokratyzacja prawa karnego a sprawiedliwość naprawcza, w: Mediacja (pod red. L. Mazowieckiej), Warszawa 2009; *tenże*, Komentarz do art. 12, w: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW (pod red. E. Bienkowskiej i L. Mazowieckiej), Warszawa 2014; *tenże*, Mass Imprisonment – koniec ma-

rzeń o alternatywie dla kary pozbawienia wolności, w: Wykonywanie kary pozbawienia wolności w Polsce – w poszukiwaniu skuteczności (pod red. *H. Machela*), Gdańsk 2006; *tenże*, Naprawienie szkody w polskim prawie karnym a postulaty restorative justice, w: Kompensacyjna funkcja prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Gostyńskiego (pod red. *S. Waltośia, B. Nity, P. Trzaski, M. Żurka*), Kraków 2002; *tenże*, Nauka niemiecka o idei kompensacji w prawie karnym – wybrane zagadnienia, SP 2002, Nr 2; *tenże*, O pojęciu polityki kryminalnej, w: Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego (pod red. *A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowskiej-Hary, J. Kosonogi, H. Kuczyńskiej*), Warszawa 2013; *tenże*, O pojmowaniu sprawiedliwości w prawie karnym, GSP 2005, t. XIV; *tenże*, Przeciwność mediacji w prawie karnym, czyli o rzeczywistych i urojonych granicach sprawiedliwości naprawczej, w: Reforma prawa karnego, propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej (pod red. *J. Jakubowskiej-Hary, C. Nowak, J. Skupińskiego*), Warszawa 2008; *tenże*, Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?, Gdańsk 2006; *tenże*, Sytuacja pokrzywdzonego przestępstwem w świetle ostatnich nowelizacji prawa karnego, w: Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej (pod red. *T. Dukiet-Nagórskiej*), Białsko-Biała 2006; Zapobieganie przestępczości w społecznościach lokalnych (pod red. *J. Czapskiej, W. Krupiarza*), Warszawa 1999; Zasada proporcjonalności w prawie karnym (pod red. *T. Dukiet-Nagórskiej*), Warszawa 2010; *F. Zedler*, Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz, t. IV (art. 1004–1095¹ k.p.c.), Toruń 1995; *H. Zehr*, Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice, Scottsdale 1990; *A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska*, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Legalis 2012; *Z. Ziemiński*, O pojmowaniu sprawiedliwości, Lublin 1992; *A. Zienkiewicz*, Mediacja jako forma wymiaru sprawiedliwości, ADR Arbitraż i Mediacja 2013, Nr 4; *tenże*, Studium mediacji. Od teorii ku praktyce, Warszawa 2007; *J.W. Zion*, The Dynamics of Navajo Peacemaking, Journal of Contemporary Criminal Justice 1998, t. 14, Nr 1.

§ 1. Kara kryminalna, jej istota i cele

I. Pojęcie kary kryminalnej i jej kulturowo-historyczne uwarunkowania

- 1 W refleksji naukowej o obowiązującym prawie karnym na ogół zgodnie przyjmuje się, że pojęcie „kara kryminalna” używane jest w języku prawniczym dla określenia społecznie ujemnej reakcji na popełnione przestępstwo, wyrażającej jego potępienie, i która ze swej istoty stanowi osobistą dolegliwość dla jego sprawcy wymierzoną przez konstytucyjnie uprawniony do tego organ państwa.
- 2 Ujmując procesy tworzenia i stosowania prawa w szerszej perspektywie – tj. w kategoriach uczestnictwa w kulturze – *D. Garland*, jeden z najciekawszych reprezentantów socjologicznego nurtu nowej kryminologii brytyjskiej, zwraca uwagę na swoistą dialektykę relacji: kara a kultura. Wyraża się ona w tym, że kara stanowi nie tylko funkcję stopnia rozwoju cywilizacyjnego społeczeństwa, ale jest także czynnikiem kształtującym ten rozwój. Kara bowiem zawiera w sobie zawsze doniosły ze społecznego punktu widzenia przekaz informacyjny o tym, jaki wzorzec powinnego postępowania w danej społeczności obowiązuje, na jakim systemie wartości został on oparty, i wreszcie, jaka jest „cena” naruszenia przyjętego ładu prawnego¹.

¹ *D. Garland*, Punishment and Modern Society, s. 287. Por. także *K. Krajewski*, Kara i współczesne społeczeństwo, s. 82 i n.

W domyśle tego stwierdzenia bez trudu odnaleźć można także ślad starej koncepcji *E. Durkheima*, zarysowanej już w jego pracy z 1902 r., pt.: „La division du travail social”. Jej podstawową tezą było właśnie twierdzenie, że poprzez publiczne potępienie tych, którzy naruszają określone wartości i normy, kara odegrać może istotną rolę w integrowaniu grupy społecznej wokół owych wartości i norm. Karanie, które na pierwszy rzut oka wydaje się być jedynie sposobem postępowania z przestępcami, mającym na celu zabezpieczenie przed nimi innych, w rzeczywistości wpływać może także na naturę społeczeństwa, wzmacniać więzi i wyznaczać sposoby życia uznawane za możliwe i społecznie pożądane². W ten sposób państwowe sankcjonowanie może działać w długich okresach jako instrument internalizacji norm i wartości³.

Jednak państwowe sankcjonowanie może niekiedy osiągnięty już postęp cywilizacyjny niweczyć czy w niego godzić, co następuje zawsze wtedy, gdy państwo w ramach kontroli społecznej poprzez prawo, przyjmując określoną strategię zwalczania przestępczości, nie uwzględnia bądź ignoruje społecznie ujemne koszty nazbyt szeroko zakrojonej penalizacji życia społecznego i nadmiernie represyjnej polityki kryminalnej.

Państwo, które zakłada omnipotencję kary w zapobieganiu przestępczości, programowo dystansując się od kreatywnych sposobów sterowania zjawiskami społecznymi, w tym także za pomocą instrumentów szeroko rozumianej polityki społecznej, z użyciem środków zupełnie odmiennych od sankcji karnych, z natury rzeczy prowadzi – jak sądzę – do osłabienia aktywności społecznej w podejmowaniu celowych przekształceń w usuwaniu nie objawów, a przyczyn przestępczości, zaś samo rozwijanie legalizmu i poszanowania dla wartości prawa wyłącznie na drodze budzenia strachu przed surowymi karami prowadzi nieuchronnie do zubożenia życia duchowego społeczeństwa⁴.

W kontekście analiz historyczno-kulturowych kara kryminalna jest postrzegana i określana jako **instytucja społeczna „długiego trwania”**, która istnieje od zarania dziejów i stanowi element kulturowego dziedzictwa powiązane z ideą wymierzania sprawiedliwości, zaspokajając także potrzeby osób i zbiorowości w zakresie poczucia ładu społecznego i bezpieczeństwa, i która z tego powodu nie jest aksjologicznie neutralną instytucją ustrojową⁵.

J. Makarewicz w swoim monumentalnym „Wstępie do filozofii prawa karnego”, z uwzględnieniem źródłowych badań historycznych, etnograficznych i porównawczych, przedstawiając ewolucję, tudzież kulturowe uwarunkowania zmieniających się ocen w wartościowaniu zachowań ludzkich jako czynów wywołujących „pokrzywdzenie”

² *E. Durkheim*, *La division du travail Social*, s. 77 i n.

³ Por. *P.J.A. Feuerbach*, *Revision der Grundsätze*, s. 55 i n.; por. także *K.H. Gössel*, *Wesen und Begründung*, s. 17 i n.

⁴ O potrzebie uwzględniania w zapobieganiu przestępczości nie tylko strategii destruktywnej opartej na działaniu bodźców awersyjnych, charakterystycznych zwłaszcza przy stosowaniu środków izolacyjnych, ale także długofalowej strategii kreatywnej z użyciem środków z zakresu dobrze przemyślanej polityki społecznej, a której przejawy znajdujemy m.in. także w koncepcjach zapobiegania ujmowanych w kategoriach *diversion* – zob. szerzej m.in. *J. Kwaśniewski*, *Profilaktyka społeczna*, i literatura tam podana, a także *J. Blachut*, *A. Gaberle*, *K. Krajewski*, *Kryminologia*, s. 467 i n.

⁵ Myśl ta znajduje m.in. swoje rozwinięcie w nadzwyczajnie interesujących poznawczo analizach kary w badaniach integralno-kulturowych *J. Utrata-Mileckiego*, w jego pracy: *Podstawy penologii. Teoria kary*, Warszawa 2006, zwłaszcza s. 46–82. Zob. także *tenże*, *Kara w badaniach integralno kulturowych*, w: *Kara w nauce i kulturze*, s. 229–267, tudzież opracowania innych autorów z tego zakresu zamieszczonych w tej pracy zbiorowej, s. 39–228.

innych, „złych”, „niemoralnych”, bo powodujących szkodę, i z tych powodów uznawanych jako „karygodne” (choć oczywiście ich **ujemność** nie od razu była określana dzisiejszą nazwą „przestępstwo”, podobnie jak społeczna reakcja na takie zachowania nie od razu była określana jako „kara”), wykazał na wiele sposobów, że fakty takiej ujemnej reakcji na zachowanie nieakceptowane przez jednostkę czy wspólnotę nie są bynajmniej związane tylko z państwem, jak wówczas na ogół mniemano, ale że występuje znacznie wcześniej, bo w każdej grupie społecznej, tam gdzie istniały tylko normy społeczne, a one istniały zawsze. Można bowiem znaleźć społeczeństwa pozornie bez przywództwa, ale nie można znaleźć takich, w których jednostki żyją ze sobą bez jakiegokolwiek normy⁶.

6 W przedpaństwowym wspólnocie pierwotnej przekroczenie zwyczajowo przyjętych w danej grupie norm, obojętnie, czy nastąpiło od wewnątrz danej grupy, a więc spowodowane zostało zachowaniem członka tej wspólnoty (rodziny, rodu bądź plemienia), czy było wynikiem zdarzeń wywołanych od zewnątrz przez „obcego”, wyzwałało ujemną reakcję, prowadząc w pierwszym przypadku do zemsty indywidualnej, prywatnej bądź publicznej, społecznej (*vindicta publica*), w drugim – do pomsty krwawej (*Blutrache*)⁷.

7 *B. Wróblewski*, który socjologii kary poświęcił dwutomową pracę⁸, ściśle odróżniał **między- i wewnątrzgrupowe reakcje ujemne**. Ich genezę upatrywał w czysto bioinstyktownych, tj. nieświadomych, spontanicznych przebiegach, jako że umysł pierwotnego człowieka w **zaczątkowym** okresie jego uspołeczniania nie mógł jeszcze ani szacować, ani świadomie formułować pewnych faktów ze stanowiska „dobra” i „zła”. Tego typu oceny powstaną dopiero w późniejszym okresie, kiedy w procesie uspołeczniania zbiorowości człowiek nabywa zdolności myślenia i racjonalizowania swoich reakcji⁹.

Rozwijając tę myśl, powiedzielibyśmy, że rozwój psychospołeczny, zarówno jednostki, jak i grupy, oznacza najogólniej (progresywny) proces konstruowania się struktur psychicznych, dokonujący się w toku interakcji człowieka z otaczającym go światem. W ich wyniku następuje stopniowe nabywanie zdolności przystosowawczych do otoczenia i kreatywnych zdolności do jego świadomego przekształcania. Umiejętności tych człowiek nie nabywa w formie gotowego „wyposażenia genetycznego”, ale ich osiągnięcie – szeroko uwarunkowane poznawaniem obrazu świata i własnej osoby¹⁰ – ma swoją chronologię i dynamikę¹¹.

⁶ *J. Makarewicz*, Wstęp do filozofii, s. 59, 74, 93–95.

⁷ Tamże. Por. zwłaszcza rozdz. II – To co niemoralne i karygodne, s. 51–146, rozdz. III – Rozwój przestępstwa, s. 147–232 i rozdz. IV – Rozwój kary, s. 233–296. Zob. także *W. Makowski*, Podstawy filozofii, s. 3–210 (Część 1 – Pierwotne środki obrony społecznej, Część 2 – Doświadczenie prawnie karne); *S. Glaser*, Kara odwetowa a kara celowa.

⁸ *B. Wróblewski*, Penologia, Wilno 1926.

⁹ *B. Wróblewski*, Penologia, t. I, s. 114–116, a także s. 6–136.

¹⁰ Por. m.in. *J. Piaget*, Punkt widzenia Piageta, s. 153 i n.; *T.R. McConnell*, Ogólny charakter rozwoju, w: *Psychologia wychowawcza*, s. 153 i n.; *Z. Włodarski*, *A. Matczak*, Wprowadzenie do psychologii, s. 142 i n.; *Z. Putkiewicz*, Podstawowe zagadnienia psychologii, w: *Z. Putkiewicz*, *B. Dobrowolska*, *T. Kukulowicz*, Podstawy psychologii, s. 65–175.

¹¹ *A. Matczak*, Rozwój ontogenetyczny człowieka, w: *Z. Włodarski*, *A. Matczak*, Wprowadzenie do psychologii, s. 142–166; *K.C. Garrison*, Rozwój umysłowy, w: *Psychologia wychowawcza*, s. 204–222; *F.F. Potter*, Rozwój społeczny, w: *Psychologia wychowawcza*, s. 273–304.

Odzwierciedlanie obrazu świata i własnej osoby w początkowym okresie następuje 8
za pośrednictwem **wrażeń** jako najprostszych czynności poznawczych, dzięki którym
człowiek przyswaja sobie informacje o pojedynczych cechach bodźca. Z czasem poja-
wia się zdolność do ich rozróżniania, które najpierw przejawia się w **aktywności odru-
chowo-bezwarunkowej**, potem w **reakcjach warunkowych**, aby w dalszej kolejności
przybrać formę **czynności celowych**.

Zmiany, jakim myślenie podlega w toku rozwoju, przyczyniają się do postępów
w zakresie umiejętności rozwiązywania problemów i do zmiany ich charakteru. Nastę-
puje różnicowanie struktury tych czynności, poprzez które poznanie wykracza poza to
„co jest” i zaczyna obejmować to, co „może być”. Ukierunkowanie myślenia na sferę
możliwości sprawia, że pierwsze nasuwające się człowiekowi rozwiązania problemów
przestają być przez niego traktowane jako jedyne. Świadomość, że mogą one być tylko
jednymi z wielu możliwych, przyczynia się do pojawienia się **krytycyzmu myślenia**¹²,
a w konsekwencji także do **różnicowania** sposobów reagowania na zdarzenia czy za-
chowania zagrażające trwaniu jednostki lub wspólnoty.

B. Wróblewski, przedstawiając genezę instytucji pomsty krwawej, a więc krewnia- 9
czej reakcji **międzygrupowej**, łączy ją – w jej pierwotnej, wyjściowej postaci – z in-
stynktem nienaruszalności grupy, zaś reakcje **wewnątrzgrupowe** (publiczne, zbiorowe
bądź prywatne, indywidualne) w pierwszym przypadku z instynktem upodobnienia,
w drugim – z instynktem nienaruszalności osoby i jej przedmiotów¹³.

W krytyce dominujących wówczas poglądów (m.in. S. Kutrzeby, P. Dąbkowskie-
go, S. Ciszewskiego i J. Makarewicz, a także wielu innych autorów)¹⁴ B. Wróblewski,
nie zaprzeczając, że sama zemsta lub gniew – chociaż mogą występować przy pomście
krwawej, podobnie zresztą jak przy zemście publicznej czy prywatnej, jako ich „otocze-
nie”, a nawet zjawiać się w roli pobudki reakcji, modyfikować jej przebieg – w żadnym
razie nie występują w roli czynnika pierwotnie determinującego i określającego od stro-
ny psychologicznej istotę omawianych tu reakcji, co właśnie – jego zdaniem – skłania
do tego, aby dla określenia ich charakteru używać w miejsce nazwy „pomsta krwawa”,
„zemsta publiczna” bądź „zemsta prywatna” innej nazwy, która nie przesądzałaby ich
bioinstynktownej treści¹⁵.

Zbliżone stanowisko, co prawda inaczej uzasadniane, znajdujemy u W. Makowskie- 10
go, który wcale nie twierdził stanowczo (a co często ulega przeoczeniu), że popęd ze-
msty jest impulsem pierwotnym, ale że raczej składa się na nią pewna liczba różno-
imiennych impulsów, co właśnie tłumaczy możliwość przekształceń zarówno w samym
dokonywaniu zemsty, jak i następnie w jej surogatach albo zwyczajach, które ją później
wyparły. Żądze zemsty, a raczej jej popęd, można uważać za złożony proces psychicz-
ny, w którym grają rolę – prócz zasadniczego ustosunkowania procesów psychicznych
(emocjonalnych i intelektualnych) – także czynniki zewnętrzne o charakterze zarówno
socjologicznym, jak i biologicznym, indywidualnym i zbiorowym, i które razem wzięte

¹² A. Matczak, Rozwój ontogenetyczny człowieka, w: Z. Włodarski, A. Matczak, Wprowadzenie do psy-
chologii, s. 187–195.

¹³ B. Wróblewski, Penologia, t. I, cz. I, rozdz. I–V, s. 21–99, oraz cz. II, rozdz. I–III, s. 100–222.

¹⁴ Tamże, s. 32 i n.

¹⁵ Tamże, s. 42–44, 116, 137 i n.

mogą przekształcać treść i przebieg ujemnych reakcji pierwotnego człowieka czy wspólnoty, do której on przynależy, na zdarzenia przez nią nietolerowane¹⁶.

Inna sprawa, na co trafnie zwraca uwagę *W. Świda*, że charakterystyka psychologicznych podstaw ujemnych reakcji bioinstynktownych ludów pierwotnych w ich najwcześniejszym stadium rozwoju nie do końca jest pewna, jako że opieramy się w tej mierze przede wszystkim na materiale, którego dostarczają nieliczne dzisiejsze plemiona pierwotne, co do których nie mamy jednak wcale pewności, że od strony psychologicznej ich reakcje mają tożsamy przebieg, co u ich dalekich przodków¹⁷.

- 11 Tak czy owak w tym miejscu zwrócimy dalej uwagę, że w piśmiennictwie dość szeroko rozpowszechnione jest z kolei przekonanie, że kara rozwinęła się z zemsty, którą wspólnota pierwotna i jej członkowie odpowiadali na wyrządzoną im krzywdę, i co miałyby oznaczać, że zemsta wpisana w naturę pierwotnych stosunków ludzkich odbywa wraz z nimi ewolucję i w pewnym punkcie rozwoju staje się karą¹⁸.

Odwołując się do zwyczajów genetycznie z prawem karnym związanych, przykładowo *F. Liszt*, w pierwszych wydaniach swojego podręcznika, te **instynktowne** ujemne reakcje nazywa wprost **pierwotnymi formami kary**¹⁹. Także w polskiej literaturze penologicznej szukano jej genезy w pierwotnych reakcjach bioinstynktownych.

Niektórzy badacze rozwój instytucji kary postrzegali zatem jako stopniowe cywilizowanie pierwotnej reakcji zemstnej (*J. Makarewicz*, *S. Glaser*) bądź zintelektualizowanego i zsocjologizowanego gniewu przekształconego w pomstę (*W. Makowski*), czy wreszcie uważali karę w jej rozwoju za determinowaną instynktami reakcję ujemną na czyjeś naganne postępowanie (*B. Wróblewski*)²⁰.

- 12 W krytyce takiego stanowiska jego przesłanie, zdaniem *M. Szerera*, stanowi w rzeczy samej pomieszanie związku **czasowego** z łącznością **rozwojową** między karą a pierwotną zemstą. Ta ostatnia co prawda historycznie wyprzedza karę, jednak nie pozostaje z nią w żadnym związku **treściowym**. Immanentne bowiem właściwości zemsty nie zostały wcale przekazane i wpisane w naturę kary²¹. Podobnie i później także – zdaniem *L. Lernella* – wbrew wcześniej lansowanym w literaturze poglądom nie ma żadnej ewolucji czy też kontynuacji kary w postaci prostej linii biegnącej od pradawnej zemsty krwawej do kar współcześnie stosowanych, i na linii której miałyby rzekomo następować jakieś bezustanne „uszlachetnianie kary” (*mitigatio poena*)²².

Współcześnie, w odpowiedzi na pytanie o ciągłość historyczną kary kryminalnej *J. Utrat-Milecki* trafnie zwraca uwagę, że kara jako fakt **kulturowy** nie jest i nie może

¹⁶ Zob. *W. Makowski*, Podstawy filozofii, s. 13 i n.; *tenże*, Przyczynek do psychologii, s. 12 i n.; por. odniesienie się do jego stanowiska – *B. Wróblewski*, Penologia, s. 34–35.

¹⁷ Tak *Świda*, Prawo karne, 1966, s. 259; zob. także *W. Makowski*, Podstawy filozofii, s. 140–141.

¹⁸ Zob. szerzej o tym: *M. Szerer*, Kara. Szkic socjologiczny, s. 3 i n.

¹⁹ Tak *F. Liszt* w pierwszych wydaniach swego podręcznika z 1881 r. pt. Das deutsche Rechtsstrafrechts, a w następnych, począwszy od wyd. II z 1884 r. już pt. Lehrbuch des deutschen Strafrecht (rozdz. I § 1 II, s. 4). W późniejszych jego edycjach – od 1912 r. – usunął taką supozycję i wyraźnie rozróżniając trzy formy reakcji: oferowanie bóstwu, wyobcowanie i pomstę, nie nazywał ich wszakże już więcej „karą”. Zwrócił na to uwagę *W. Makowski*, Podstawy filozofii, s. 8, przyp. 1.

²⁰ Zob. *B. Wróblewski*, Penologia, t. 1, s. 15–223; *J. Makarewicz*, Wstęp do filozofii, s. 233–296, zwłaszcza s. 295; *S. Glaser*, Kara odwetowa a kara celowa, s. 18 i n.; *W. Makowski*, Podstawy filozofii, s. 8–26; współcześnie: *J. Warylewski*, Kara, s. 86–67; zob. także szerzej o tym *J. Utrat-Milecki*, Podstawy penologii, s. 49, 105.

²¹ *M. Szerer*, Kara. Szkic Socjologiczny, s. 4–60.

²² *L. Lernell*, Podstawy nauki polityki kryminalnej, s. 253.

być kontynuacją **naturalnych** instynktownych reakcji ludzkich, skoro powstała ona przede wszystkim po to, by zemstę okiełzać i jej zapobiec²³.

Ta *prima facie* nad wyraz celna myśl nie uwalnia jednak, jak sądzę, od pewnych możliwych wątpliwości, które zresztą na dobrą sprawę po części wywołał sam autor, zauważając w innym miejscu, że „w sporze o genezę bardziej chodzi o sposób myślenia o naturze i sensie kary, niż o ściśle historyczne wyjaśnienie jej rozwoju oparte na materiale źródłowym. Na poziomie ogólności, na jakim te kwestie są rozważane, dostępny materiał badawczy nie jest w stanie ich ostatecznie rozstrzygnąć”²⁴.

Poza sporem pozostawać może twierdzenie o braku jakiegokolwiek ciągłości **rozwojowej** między karą a zemstą, niezależnie jaką jej postać mamy na myśli (krwawą, publiczną czy prywatną), a która w **zaczątkowym** okresie kształtowania się wspólnoty pierwotnej była niczym innym, jak tylko i wyłącznie spontaniczną, **nieświadomą**, bezwarunkową reakcją czysto **bioinstynktowną**, przyrównywaną przez B. Wróblewskiego do zachowania się zwierzęcia, któremu odebrano jadło, i do jego walki „o odebrany pokarm, czy posiadniętą przez innego samca samicę”²⁵. Te pierwotne, proste reakcje instynktowo-ruchowe, impulsywne, nie będąc wynikiem świadomego i racjonalnego wyboru czy namysłu, w etologii definiowane są jako wrodzone dziedziczne zdolności zwierząt bądź ludzi do wykonywania ciągu zachowań napędzanych przez popędy wywołane przez odpowiednie bodźce zewnętrzne, które to zachowania umożliwiały przeżycie osobnika lub utrzymanie gatunku²⁶.

Reakcje bioinstynktowne, o których tu mówimy (znów niezależnie od tego, z jakimi treściami od strony psychologicznej chcielibyśmy je wiązać, tj. przykładowo, z zemstą, gniewem, ze strachem, repulsją, agresją czy odruchem panowania lub instynktem samozachowawczym, nienaruszalności lub upodobnienia itp.), w pierwszym okresie swego występowania miały charakter także całkowicie nieograniczone, i to zarówno w znaczeniu przedmiotowym, jak i podmiotowym. Trudno bowiem przypuszczać, aby np. impuls gniewu poddawał się rozróżnieniom i ograniczeniom już wówczas, kiedy nawet różnica pomiędzy istotą żywą a przedmiotem martwym, jako celem pomsty, była dla pierwotnego człowieka niedostępna. W. Makowski zwraca uwagę, że przykładowo Papuasi na wybrzeżu Maklaja w Nowej Gwinei biją miejsce, na które upadli, jak i przedmiot, który stał się przyczyną tego upadku²⁷. Pragnienie zemsty kazało z kolei Indianom Omaha wyładować swój gniew, jeśli nie na winowajcy, to przynajmniej na świnie²⁸.

²³ J. Utrat-Milecki, Podstawy penologii, s. 56, dodając, że odmienną treść zemsty i kary można obserwować, studiując współczesne rozważania na temat różnicy między samosądem (lynchem) a wymiarem sprawiedliwości.

²⁴ Tamże, s. 49–50. Na inne źródła możliwych w tej mierze wątpliwości zwraca uwagę także L. Lernell, Podstawy nauki polityki kryminalnej, s. 252–253, akcentując dialektyczną złożoność genetyczną badanych instytucji i faktów społecznych.

²⁵ B. Wróblewski, Penologia, t. 1, s. 31; zob. podobnie: W. Makowski, Podstawy filozofii, s. 14–15.

²⁶ J. Chmurzyński, Instynkt, <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/3914908/instynkt.html>. W zachowaniu instynktownym biorą udział mechanizmy wyzwalające i efektorowe (np. ruchowe). Zachowania takie składają się z dwóch etapów – fazy przygotowawczej (zachowanie apetycyjne) i końcowej, czyli zaspokajającej (zachowanie konsumacyjne). Zasadniczo zachowania instynktowne wyzwalane przez kluczowy bodziec mogą niekiedy pojawić się także bez niego – jako działania upustowe. Pojęcie instynktu we współczesnej psychologii próbuje się niekiedy zastąpić pojęciem potrzeby. Zob. szerzej o tym *tenże*, Biologiczne nauki behawioralne na przełomie wieków, Kosmos, t. 49, Nr 23/2000, s. 363–374.

²⁷ W. Makowski, Podstawy filozofii, s. 29.

²⁸ J. Makarewicz, Wstęp do filozofii, s. 234.

W przypadku zaś rodowej pomsty krwawej ogarniała ona początkowo wszystkich członków zwaśnionych rodów i była nieograniczona zarówno co do sposobu jej wykonania, jak i czasu trwania, prowadząc do wzajemnego ich wybijania²⁹. Oparta na solidarności rodowej i naznaczona odpowiedzialnością zbiorową (nie wyłączając dzieci i kobiet) niewiele różniła się od wojny i często do niej prowadziła³⁰.

W tym najwcześniejszym okresie każdy zatem odruch zemsty, jak i wszystkie inne reakcje czysto bioinstynktowne nie miały określonych granic, oznaczonego zakresu, jak i przyczyn, które te reakcje emitowały³¹. Według *B. Wróblewskiego*, ich wyładowanie mogło nastąpić przy lada powodzie i sposobności, przy których charakter czy treść faktów bądź postępów je stanowiących mógł być obojętny i nie pozostawać w żadnym związku przyczynowym z wywołaniem bezpośredniej bioinstynktownej reakcji³².

Bez dalszej zatem potrzeby rozwijania tego wątku już w tym miejscu powiedzieć można, bez większego ryzyka błędu, że w **wyjściowej**, pierwotnej zemście, czasowo wyprzedzającej karę, nie ma oczywiście takiego pierwiastka czy cechy, która znalazłaby następnie w niej swoją ekspresję i została przekazana i wpisana w naturę kary, co jakby już z definicji wyklucza istnienie treściowego związku pomiędzy nimi.

- 14 Sprawa ta nie przedstawia się jednak już jako tak oczywiście pewna i jednoznaczna, jeśli nie utracić z pola widzenia, że również sama zemsta ze swojej zaczątkowej, wyjściowej postaci – jako czysto bioinstynktownej, **nieświadomej**, prostej reakcji na bodziec – zaczęła w wyniku procesów uspołeczniania się zbiorowości nabywać cech reakcji **świadomej, kontrolowanej i racjonalizowanej**.

Pierwotnie nieprzejednana pomsta stopniowo przekształca się w zwyczaj, w to, co nosi u nas w polskiej historiografii nazwę „wróżda” i zaczyna ulegać pewnym ograniczeniom, przy których można już określać i odróżniać zakres **słusznej** pomsty od jej **nadużycia**³³.

Początkowa żywiołowość i impulsywność pomsty krwawej zaczyna być miarkowana zasadą talionu, odwetu i elementami kompozycji³⁴, które następnie znalazły także swój wyraz i rozwinięcie w karze, czy to w zasadzie jej stosunkowości, przykładowo do wyrządzonej szkody, czy w osobnym przypisaniu jej także funkcji kompensacyjnej.

- 15 W takiej perspektywie kara, która powstała, aby zapobiec czysto instynktownej, bezwarunkowej, nieprzejednanej zemście, będąc w tym znaczeniu jej **zaprzeczeniem**, jednocześnie staje się **kontynuacją** świadomej, warunkowej reakcji zemstnej, miar-

²⁹ Zob. *Świda*, Prawo karne, 1966, s. 260.

³⁰ Zob. *W. Makowski*, Podstawy filozofii, s. 3–43; *J. Makarewicz*, Wstęp do filozofii, s. 297 i n.; *T. Maciejewski*, Historia prawa karnego, w: System Pr. Kar., t. 2, s. 90 i n.; *J. Warylewski*, Kara, s. 86.

³¹ Zob. obszernie o tym *J. Makarewicz*, Wstęp do filozofii, s. 233–329; *W. Makowski*, Podstawy filozofii, s. 50–143; *B. Wróblewski*, Penologia, t. 1, s. 21–184; *J. Utrat-Milecki*, Podstawy penologii, s. 49–56, 83–98, 106–109; *J. Warylewski*, Kara, s. 86–123; *K. Koranyi*, Powszechna historia, t. III, s. 42–48; *S. Plaza*, Historia prawa w Polsce, s. 371–378; *K. Krasowski*, *B. Lesiński*, *K. Sikorska-Dzięgielewska*, *J. Walachowicz*, Powszechna historia, s. 348–364; *K. Sójka-Zielińska*, Historia prawa, s. 155 i n.; *J. Bardach*, *B. Leśnodorski*, *M. Pietrzak*, Historia ustroju i prawa, s. 181–187; *T. Maciejewski*, Historia prawa karnego, w: System Pr. Kar., t. 2, s. 76 i n.

³² *B. Wróblewski*, Penologia, t. 1, s. 33.

³³ *W. Makowski*, Podstawy filozofii, s. 53.

³⁴ O kompensacyjnym rozwoju kary zob. *Śliwowski*, Prawo karne, 1975, s. 5 i n.

kowanej, równoważonej już elementem **odplaty**, który wpisany został następnie także w naturę kary, tworząc jej istotę.

Pomsta krwawa, sama nie będąc karą, poprzedzając ją czasowo na pewnym wszakże etapie swojego rozwoju, zaczęła wykazywać tendencję do uczynienia działań mściwych odpowiednikiem działań krzywdzących, dążąc do ich zrównoważenia według – chciałoby się powiedzieć – biblijnej paremii „oko za oko, ząb za ząb”, jakkolwiek ta cecha pomsty krwawej należy do znacznie wcześniejszych i wystąpiła na poziomie kulturowym daleko niższym niż ten, jakiemu odpowiada czas powstawania Biblii, i towarzyszyła przeobrażeniom krwawej pomsty, stając się jedną z podstaw kompozycji i przechodzi do późniejszych kodeksów.

Przeobrażenia te, prowadząc do ograniczenia zakresu wyładowania rodowej zemsty tudzież kręgu podmiotów jej działaniem objętych, poza czynnikami natury materialnej i ekonomicznej, były głównie wynikiem osłabienia solidarności rodowej.

Wraz z powstaniem państw plemiennych pomsta krwawa, podlegając ciągle dalszemu limitowaniu, przetrwała aż do późnego średniowiecza, aby wraz z zakończeniem procesu upaństwowienia kary zniknąć całkowicie, co nastąpiło jednak dopiero w czasach nowożytnych³⁵.

Wyliminowana, pozostawiła jednak swój znaczący ślad, wpisując w naturę kary, co podkreśliły jeszcze raz, **zasadę odwetu**. Z pierwotnej i prostej jego postaci z wpływem czasu wykształcił się paradygmat **kary sprawiedliwej**, której dolegliwość miarowano w zależności od rozmiarów wyrządzonego zła, pokrzywdzenia, a później także od stopnia zawinienia.

Te właśnie rozciągnięte w długim czasie przeobrażenia samej pomsty stwarzały podstawę do innego niż krew zakończenia waśni rodowych, prowadząc do wykształcenia zwyczajów pozostawienia pomsty w „zwłóce” czy do zawieszenia czynności wrogich jako wstępu do właściwego pojednania, którego pierwotne formy polegały na zawieraniu sztucznego pokrewieństwa, usynowienia, zamiany krwi zabójcy lub jego krewniaków na krew zwierzęcia, przyjmując później postać rytualnej „pokory”, przy której uznanie swojego „zawinienia” łączyło się z przekazaniem okupu³⁶.

W kontekście analiz historyczno-kulturowych nietrudno więc wykazać, że wykształcone w samej pomście rodowej te nowe zwyczaje znalazły później swoje mniej lub bardziej zmodyfikowane odwzorowanie także w karze czy w instytucjach z nią związanych, chociażby w karach pieniężnych czy w różnych formach materialnego zadośćuczynienia, pojednania sprawcy z ofiarą i wspólnotą mieszkańców (*restorative justice*)³⁷.

W tym miejscu już ogólnie można powiedzieć, że także i kara jako instytucja społeczna „długiego trwania”, mocno osadzona w kulturze i zmieniających się jej wzorcach, z tego m.in. powodu, sama również podlegała i podlega najrozmaitszym przeobrażeniom i modyfikacjom. Dotyczą one nie tylko jej instytucjonalnych postaci i form.

16

³⁵ Zob. S. Plaza, Historia prawa w Polsce, s. 37 i n.; K. Sójka-Zielińska, Historia prawa, s. 163 i n.; J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, Historia ustroju i prawa, s. 181 i n.

³⁶ Zob. R. Hube, Pokora według praw polskich i czeskich, t. IV, s. 287 i n.; *tenże*, Wróżba, wróżda i pokora, t. III, s. 477 i n.; W. Makowski, Podstawy filozofii, s. 62–83.

³⁷ Tak J. Utrat-Milecki, Podstawy penologii, s. 70 i n. Zob. szerzej o historycznych przekształceniach idei kompensacji w ramach odpowiedzialności karnej – W. Zalewski, Sprawiedliwość naprawcza, s. 10–21 i podana tam literatura.

W procesie upaństwowienia kary zmieniały się również charakter i stopień jej oznaczoności, miary surowości i przypisywane karze funkcje. Zasadniczo i ciągle zmieniały się wreszcie moralne i społeczne oceny zdarzeń i zachowań, które były lub miały być objęte działaniem kary, i które, stanowiąc podstawę jej stanowienia, pozostają z nią w nierozzerwalnym związku.

Tytułem tylko egzemplifikacji przypomnijmy tutaj, że z czasem miejsce odwetu „realnego”, który możliwy był w zasadzie tylko w przypadku czynów skierowanych przeciwko życiu i zdrowiu (np. pozbawienie życia za zabójstwo, złamanie ręki za spowodowanie uszkodzenia ciała na tym polegającego), a zupełnie wyjątkowo również wtedy, gdy czyn godził w tzw. cześć niewieścią i polegał np. na zgwałceniu (przy którym mąż pokrzywdzonej mógł „szukać zadośćuczynienia na małżonce sprawcy, doprowadzając i ją przemocą do obcowania płciowego”³⁸), zajął odwet „symboliczny”. Poprzez tzw. **kary odzwierciedlające**, przykładowo za kradzież obcinano rękę, za złamanie postu wybijano zęby, a za bluźnierstwo czy krzywoprzysięstwo wrywano język. **Kary mutylacyjne**, okaleczające, znały wszystkie źródła prawa, w tym nie tylko średniowiecznego, ale też i wczesnonowożytnego, m.in. statuty litewskie, rewizje prawa chełmińskiego, Korektura praw (1552), liczne wilkierze miejskie, a nawet Zbiór Praw Andrzeja Zamojskiego (1778)³⁹.

- 17 Zanim na przełomie XVIII i XX w. wprowadzono do ustawodawstwa karnego zasadę *nullum crimen nulla poena sine lege poenali anteriori* rozpowszechnione były **kary arbitralne**, których rodzaj i wysokość pozostawiono swobodnemu uznaniu orzekającego sądu. Arbitralność sędziowską upowszechniła na szeroką skalę przyjęta przez *Caroline* zasada analogii, i która nawet w zakresie ustawowo stypizowanych kilkunastu najcięższych przestępstw aż w 20 przypadkach, m.in. za kazirodztwo, bluźnierstwo, świętokradztwo i uprowadzenie kobiety, nie określiła grożącej za te czyny kary.

Nieokreśloność grozących kar upowszechnił w Polsce w XVI w. *B. Groicki* w swojej przeróbce tego aktu prawnego, a po nim w XVIII w. – *J. Czechowicz*, cytując komentatora *Caroliny* – *B. Carpzo*wa. Arbitralność kar potwierdzał także III Statut Litewski z 1588 r. nakazujący sędziom, w razie stwierdzenia luki prawnej, by orzekali zgodnie ze swoim sumieniem, idąc śladem praw obowiązujących w innych krajach⁴⁰.

Orzekanie kar nieprzewidzianych w ustawie i określanie ich rodzaju tudzież wysokości według uznania sędziego dopuszczała także w art. 4 § 1 *Theresiana* z 1768 r. Dopiero *Josephina* w 1787 r. statuowała zasadę *nulla poene sine lege*. Stanowiąc, że „sędzia kryminalny do zachowania prawa podług słownego brzmienia obowiązany jest, kiedy do stopnia występku rodzaj kary jaśnie i wyraźnie przypisany jest [...]. Oprócz ustanowionych prawem tym kar kryminalnych, żaden inny rodzaj kary co do występków kryminalnych miejsca mieć nie będzie”⁴¹.

³⁸ Zob. *J. Warylewski*, Kara, s. 88; por. także polemicznie *T. Adamczyk*, Kara w ujęciu historycznym, s. 371–392.

³⁹ Szerzej o tym: *T. Maciejewski*, Historia prawa karnego, w: System Pr. Kar., t. 2, s. 76 i n. oraz podana tam literatura.

⁴⁰ Tamże, s. 79–80. Zob. także *S. Kutrzeba*, Dawne polskie prawo, s. 36–38; *J. Rafacz*, Dawne polskie prawo karne, s. 85–89.

⁴¹ Cyt. za *J. Warylewskim*, Kara, s. 98.

W Polsce zasadę tę przyjęto w ustawie o sądach sejmowych z 1791 r., a także w projektach tzw. Kodeksu Stanisława Augusta, przygotowywanych pod przewodnictwem *H. Kollątaja*⁴².

Jej początki sięgają czasów Oświecenia, a w doktrynie prawa karnego sformułował ją pierwszy *P.J.A. Feuerbach*, wyprowadzając ze swej teorii przymusu psychologicznego założenie, w myśl którego **zagrożenie** karą, aby mogło mieć wartość odstraszenia innych od przestępstwa, wymaga **uprzedniego** określenia w ustawie zarówno przestępstwa, jak i kary – z zachowaniem rygorów: *lex scripta, certa i praevia*⁴³.

Przyjmując, że kara jest dolegliwością grożącą w ustawie i przydaną z powodu naruszenia prawa⁴⁴, myśl tę w sposób jednoznaczny *P.J.A. Feuerbach* rozwinął w swoim podręczniku z 1801 r., przyjmując w charakterze „najwyższej zasady prawa kryminalnego, że każda kara w państwie jest prawnym następstwem ustawy, uzasadnionej koniecznością utrzymania praw zewnętrznych i grożącej dolegliwością zmysłową za naruszenie prawa”. Z zasady *nulla poena sine lege* wynika ponadto, że „zarządzenie kary wyprzedza musi popełnienie zabronionego czynu (*nulla poene sine crimine*) oraz że każdy czyn zabroniony związany jest z ustawowo określoną karą (*nullum crimen sine poena legalis*)”⁴⁵.

Przy ogólnie akceptowanym dzisiaj założeniu, że kara kryminalna może być stanowiona, wymierzana i wykonywana tylko i wyłącznie z powodu przestępstwa, w tym miejscu powiemy dalej, że zdarzenia, które karę wywoływały, nie od razu nazywane były przestępstwami (podobnie zresztą, jak i reakcja przez te zdarzenia wywołana nie była określana od samego jej początku nazwą „kara”⁴⁶).

Podstawą zastosowania kary kryminalnej jest stwierdzenie popełnienia przestępstwa, a więc de facto początkiem rozważań w tym zakresie jest uznanie kary-

⁴² Zob. *T. Maciejewski*, Historia prawa karnego, w: System Pr. Kar., t. 2, s. 80; *S. Borowski*, Kodeks Stanisława Augusta, s. 186 i n.

⁴³ *P.J.A. Feuerbach*, Revision der Grundsätze, s. 27 i n. O samej jego teorii przymusu psychologicznego zob. także *E. Krzymuski*, Wykład prawa karnego, t. 1, s. 28–29; *S. Budziński*, Wykład porównawczy, s. 298–302; *R. Hube*, O teoryjach prawa kryminalnego, w: Pisma Romualda Hubego, t. I, s. 104–106.

⁴⁴ *P.J.A. Feuerbach*, Revision der Grundsätze, s. 27, gdzie pisze wprost *Die gesetzlich bedrohte Tat (die gesetzliche Voraussetzung) ist bedingt durch die gesetzliche Strafe*, proklamując zasadę panowania ustaw w prawie karnym (połączoną z zakazami retroakcji i analogii) – *Feuerbach* w opozycji do arbitralnej praktyki wymiaru sprawiedliwości rolę sędziów ograniczał do wykładni ustaw „zgodnie ze zwyczajem językowym oraz powiązaniem słów, zdań i różnych rozporządzeń”. Zob. szerzej i gruntownie o poglądach *P.J.A. Feuerbacha* w tej mierze w interesującej pracy *D. Janickiej*, Nauka o winie i karze, s. 125–129, a także 50–82, 189–200 i literatura tam podana. Por. także *R. Dębski*, Pozaustawowe znamiona, s. 16–19.

⁴⁵ *P.J.A. Feuerbach*, Lehrbuch, s. 41. Zaslugą *P.J.A. Feuerbacha*, było wprowadzenie tej zasady do bawarskiego kodeksu karnego z 1813 r., który w art. 1 stanowił: *wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesetz ein Gewisses Übel gedrohet hat, ist diesem gesetzlichen Übel als seine Strafe unterworfen*.

⁴⁶ W terminologii na określenie przemocy państwowej, uważanej dziś za działanie karzące, używano najpierw nazwy „zabicie” jako aktu niezależnego od przestępstwa bądź wskazywano na rodzaj zastosowanej wobec zloczycy przemocy państwowej np. *Kopf* (głowa), *Hals* (gardło), *Leben* (życie), czy *Leib* (ciało). Następnie używana będzie nazwa „winy”, wskazująca na swój związek z przestępstwem i powinnością zadośćuczynienia, i dopiero w początkach XIV w. w źródłach niemieckich pojawia się nazwa *Strafe* (kara), która również pojawia się w Statutach Kazimierza Wielkiego. Zob. *W. Makowski*, Podstawy filozofii, s. 404; *T. Maciejewski*, Historia prawa karnego, w: System Pr. Kar., t. 2, s. 76.

godności pewnych czynów, przy czym w literaturze nie ma wcale powszechnej zgody co do tego, dlaczego i jakie czyny możemy kwalifikować jako przestępstwa⁴⁷.

Odsyłając do szerszych rozważań o ewolucji pojęcia przestępstwa, przedstawionych w tomie 3 Systemu Prawa Karnego⁴⁸, w tym miejscu zwrócimy tylko uwagę, że objaśnienia natury zdarzeń wywołujących ujemne reakcje społeczne szukano poza prawem, odwołując się do wierzeń religijnych, norm etycznych czy kulturowych, do idei „prawa natury” czy wreszcie do wartości ważnych zarówno dla rozwoju i samorealizacji jednostki, jak i dla utrzymania i przetrwania wspólnoty.

20 Początkowo przestępstwo postrzegano jako czyn grzeszny obrażający bóstwo i prawa boskie. Czynniki sakralny w określaniu przestępstwa, obecny powszechnie na pewnym etapie rozwoju prawodawstwa, w prawie polskim utrzymał się generalnie aż do drugiej połowy XVIII w.⁴⁹

Przez wiele stuleci prawo europejskie i polskie nie знаło ogólnej definicji przestępstwa, ale już w średniowieczu kanoniści i włoscy prawnicy na określenie przestępstwa używali dwóch ogólnych terminów: *delictum* i *crimen*, przy czym pierwszy oznaczał przestępstwo w ogóle, a drugi zbrodnie, tj. czyn popełniony rozmyślnie w złym zamiarze, i dla których *peccatum*, czyli grzech, stanowił pojęcie **nadrzędne**⁵⁰.

Taki podział występował również w Statutach Kazimierza Wielkiego oraz w Korkturze praw z 1532 r., podobnie Statuty litewskie silnie wiązały jeszcze pojęcie przestępstwa z grzechem⁵¹. Czynniki ten, na co zwracał uwagę *J. Makarewicz*, siłą rzeczy eksponowany był także w wywodach stron procesowych i wyrokach sądowych⁵². Przestępstwo, nawet odległe od religii jako takiej, jak np. cudzołóstwo (prawdopodobnie ze względu na przepisy Dekalogu), uchodziło za naruszenie zakazów boskich – *eiusque contra precepta Dei crimine adulterii impregnationis*, podobnie jak z tych samych powodów rozmyślnie uśmiercenie człowieka – *ac per idem contra Leges Divinas et Humanes Criminaliter excessisse*⁵³.

⁴⁷ Trafnie zwraca uwagę *J. Utrat-Milecki*, że dla rozważań o samej karze kryminalnej zagadnienie, za co w ogóle można karać, a za co i dlaczego niekiedy kar się nie wymierza, ma niebagatelne znaczenie zarówno dla teorii kary, jak i dla praktyki wymiaru sprawiedliwości – zob. *J. Utrat-Milecki*, Prawo karne i polityka kryminalna, w: *Kulturowe uwarunkowania*, s. 85–86.

⁴⁸ *T. Kaczmarek*, Dobro prawne i społeczna szkodliwość czynu, w: *System Pr. Kar.*, t. 3, s. 240–257.

⁴⁹ *T. Maciejewski*, Historia powszechna, s. 353; *tenże*, Historia prawa karnego, w: *System Pr. Kar.*, t. 2, s. 32; *S. Plaza*, Historia prawa w Polsce, s. 353. Por. także *J. Makarewicz*, Polskie prawo karne, część ogólna, Lwów–Warszawa 1919, s. 42–72; *tenże*, Wstęp do filozofii, s. 42–45, 68–220; *W. Makowski*, Podstawy filozofii, s. 414–416.

⁵⁰ Zob. *T. Maciejewski*, Historia powszechna, s. 353.

⁵¹ Tamże.

⁵² *J. Makarewicz*, Prawo karne. Część ogólna, s. 45, wskazując na liczne przypadki powoływania się na „prawo boskie” w procesach o zamach na Stanisława Augusta (*proc. judic. in c. regicidii* p. 51, 53, 60, 89, 99, 100).

⁵³ Por. wyrok Trybunału Lubelskiego z 1689 r. (*ad perpetuam Rei memoriam Trina decreta Tribun. B.3*) oraz wyrok tego Trybunału z 1663 r., Akta Lwowskie ex. 1664, t. 413, p. 1180), przy czym czynnik sakralny, dodaje *J. Makarewicz*, występował ze szczególną siłą, ilekroć czyn karygodny nosił cechy bezpośredniego lub przynajmniej pośredniego znieważenia kultu, zob. *J. Makarewicz*, Prawo karne. Część ogólna, s. 45.

Przestępstwo od strony materialnej postrzegane w kategoriach „grzechu” czy „zła” z biegiem czasu zaczęto identyfikować także z czynem moralnie nagannym, bo „społecznie szkodliwym dla wspólnoty” czy „wyrządzającym krzywdę człowiekowi”⁵⁴.

J. Makarewicz, przedstawiając ewolucje w relacjonowaniu karygodności do moralności, trafnie zwracał uwagę na to, że utilitaryzm społeczny jest punktem wyjścia wszelkich osądów etycznych, które w sumie tworzą system moralny na pewnym stopniu cywilizacji. To co dla danej grupy społecznej jest szkodliwe, musiało zostać przez tę grupę uznane za złe, to co zaś jest dla niej korzystne – za dobre. W ten sposób to, co moralne, oznacza pożyteczne dla wspólnoty, niemoralne natomiast rozumiano jako „szkodliwe społecznie”⁵⁵.

Zachowania godzące w dobra jednostki lub rodziny, a wcześniej rodu, wywołując, jak mówiono dawniej, ich „pokrzywdzenie” uchodziły wzorem rzymskim za przestępstwa prywatne, chociaż nawet w okresie dominacji zasady prywatnoprawnej, jeszcze w ustroju rodowo plemiennym, pojawiły się już – wprawdzie na razie nieliczne – przestępstwa o charakterze publicznym, jak zdrada plemienia, tchórzostwo na wojnie, ciężkie wykroczenia obyczajowe, poważne naruszenia norm religijnych (znieważenie miejsc sakralnych, krzywoprzysięstwo). Uważano, że takie czyny obrażały bóstwo, które opiekowało się plemieniem. Dlatego ścigano je publicznie z urzędu, przez całe plemię, bo obawiano się, że w przeciwnym razie, gdyby nie zostało pomszczone, zagniewani a wszechmocni bogowie sprowadziliby na obojętną społeczność rozmaite klęski żywiołowe⁵⁶.

Krąg przestępstw publicznych nie był ani stały, ani ściśle zakreślony. Był wąski w okresach słabości władzy państwowej, a rozszerzał się w miarę jej wzrostu i na podstawie arbitralnego uznania władcy.

W krajach Europy zachodniej już we wczesnym średniowieczu wzrastała liczba przestępstw ściganych z urzędu, mimo że nadal przeważała jeszcze zasada prywatnoprawna. Zasadę tę zaczęto wszakże stopniowo ograniczać, przyjmując, że przestępstwa naruszające dobra prywatne jednostki w istocie godzą także w **porządek (mir) publiczny**. Zasada publicznoprawna ostatecznie zwyciężyła w krajach europejskich w XVI w. za sprawą m.in. prawa włoskiego i *Caroliny* (1532 r.) oraz dzieła jej komentatorów⁵⁷.

Równolegle do uznania każdego przestępstwa za czyn naruszający w jakiejś mierze interesy czy dobra ogółu przez sam fakt zakłócenia ustalonego przez państwo porządku publicznego zaczęto – odchodząc od formalnego podziału przestępstw na „publiczne” i „prywatne” – uwzględniać odmienne kryteria ich podziału, oparte m.in. na stopniu ich szkodliwości, dzieląc z tego punktu widzenia przestępstwa na zbrodnie, występki

⁵⁴ Zob. szerzej o tym J. Makarewicz, Wstęp do filozofii, s. 59–146; W. Makowski, Podstawy filozofii, s. 411–432; E. Krzymuski, Wykład prawa karnego, t. 1, s. 78–80, 140–164, 204. Ten ostatni autor traktował zresztą przestępstwo nie jako „czyn”, lecz przede wszystkim jako „krzywdę”. Nie czyn bowiem, lecz relacja między czynem a pokrzywdzonym stanowi przestępstwo – przy czym krzywdą mogło być także naruszenie porządku prawnego; zob. E. Krzymuski, Teoria karna Kanta, Kraków 1822, s. 69–70; por. szerzej o tym M. Wąsowicz, Kara w polskiej myśli prawniczej, s. 85; zob. także S. Estreicher, Wykłady z historii ustroju, s. 303 i n.

⁵⁵ J. Makarewicz, Wstęp do filozofii, s. 59, 72–146.

⁵⁶ S. Plaza, Historia prawa w Polsce, s. 354, 356. Por. także S. Estreicher, Wykłady z historii ustroju, s. 303–307.

⁵⁷ Zob. S. Plaza, Historia prawa w Polsce, s. 356–357, a także T. Maciejewski, Historia powszechna, s. 362–365, 529; tenże, Historia prawa karnego, w: System Pr. Kar., t. 2, s. 51 i n.; K. Sójka-Zielińska, Historia prawa, s. 154–157, 168–169, 173–174; S. Estreicher, Wykłady z historii ustroju, s. 304.

i wykroczenia, czy rozróżniając sprawy większe (*causae maiores*) i mniejsze (*causae miniores*)⁵⁸.

Materialne określenie przestępstwa jako czynu, który narusza jakieś ważne, szeroko zinternalizowane normy moralne czy godzi w określone dobra bądź wartości ważne dla wspólnoty czy jednostki, i z tego właśnie powodu uważanego za szkodliwy, jeśli nawet nie w sensie materialnym to dla spójności systemu społecznego występuje zarówno w ówczesnej europejskiej doktrynie, jak i ustawodawstwie⁵⁹.

23 Koncepcje te, wyrosłe na gruncie teorii prawa natury i umowy społecznej, swój najpełniejszy wyraz znalazły w rozprawie *C. Beccarii* „O przestępstwach i karach” (1764).

Zakładając, że jedyną i prawdziwą miarą wagi przestępstw jest szkoda wyrządzona narodowi (społeczeństwu)⁶⁰, a więc okoliczność, która jest „jedną z tych prawd oczywistych, które nie potrzebują do ich odkrycia ani kwadratów, ani teleskopów, i które są dostępne dla przeciętnego umysłu”⁶¹, w rzeczy samej *C. Beccaria* jako pierwszy postulował ujęcie społecznej szkodliwości czynu przede wszystkim jako kryterium rozstrzygające o poprawności **decyzji legislacyjnych**.

24 Z pozycji uutilitarystycznej koncepcji etyki czołowy jej przedstawiciel *J. Bentham* w swoim filozoficznie najważniejszym dziele „An Introduction to the principles of Morals and Legislation” (1789) zakładał, że „według zasady użyteczności tylko takie czyny powinny być przestępstwami, które należy uznać za przestępstwa ze względu na dobro społeczeństwa”, i która z natury rzeczy nie może wymagać „uznania za karygodny takiego czynu, który w żaden sposób nie wyrządza szkody społeczeństwu”⁶². Klasyfikując przestępstwa na podstawie rozbudowanego katalogu szkód społecznych, jakie poszczególne rodzaje przestępstw wyrządzają, sformułował on zasadę, że im bardziej społecznie szkodliwe przestępstwo, z tym większą powinno spotykać się karą⁶³.

25 *S. Mill*, rozwijając twórczo doktrynę uutilitaryzmu w etyce w „Eseju o wolności” (1859), na tle ogólniejszego założenia, że „każdy jest odpowiedzialny przed społeczeństwem jedynie i tylko za tę część swego postępowania, która dotyczy innych. W tej części, która dotyczy wyłącznie jego samego, jest absolutnie niezależny; ma suwerenną władzę nad sobą, nad swoim ciałem i umysłem”⁶⁴, sformułował tzw. **zasadę krzywdy**, z której wywodził, że jedynym usprawiedliwieniem ingerencji państwa w sferę wolności jednostki i jej karania może być tylko właśnie takie postępowanie człowieka, które zmierza do wyrządzenia krzywdy komuś innemu⁶⁵.

26 W te koncepcje i postulaty, o czym, zresztą niedawno przypomniał także *R. Zawłocki*⁶⁶, znakomicie wpisują się poglądy *J. Szymanowskiego* (1748–1801), który uczest-

⁵⁸ Zob. szerszej o tym *T. Maciejewski*, Historia powszechna, s. 378; *S. Płaza*, Historia prawa w Polsce, s. 354; *K. Sójka-Zielińska*, Historia prawa, s. 168–169.

⁵⁹ Szerzej o tym *A. Krukowski*, Społeczna treść przestępstwa, s. 6–64; *R. Zawłocki*, Pojęcie i funkcje, s. 14–65; *T. Kaczmarek*, Dobro prawne i społeczna szkodliwość czynu, w: System Pr. Kar., t. 3, s. 240 i n. oraz literatura w tych pracach podana.

⁶⁰ *C. Beccaria*, O przestępstwach i karach, s. 73, 75.

⁶¹ Tamże, s. 75–76.

⁶² *J. Bentham*, Wprowadzenie do zasady moralności, s. 281–282.

⁶³ Tamże, s. 251.

⁶⁴ *J.S. Mill*, O wolności, w: *J.S. Mill*, Utylitaryzm. O wolności, Warszawa 2005, s. 101–102.

⁶⁵ Tamże, s. 103.

⁶⁶ *R. Zawłocki*, Pojęcie i funkcje, s. 22–23.

nicząc w specjalnej Komisji – „deputacji koronnej” pod przewodnictwem *H. Kollqata*, mającej przygotować tzw. Kodeks Stanisława Augusta – miał największe zasługi w określaniu materialnej istoty przestępstwa.

W pierwszym opracowaniu zatytułowanym „Myśli o podziale księgi II” proponował on m.in. aby rozdział II „O przestępstwach i ich karaniu w szczególności” oprzeć na następujących zasadach:

- 1) (pierwsze „prawidło” co do przestępstw) „Uczynki szkodliwe społeczności powszechnie albo składającemu społeczności partykularnie, powinny być prawem zakazane. Takiego prawa złamanie jest jedynym przestępstwem. Prawa więc zakazywać nie powinny uczynków niewinnych, nikomu nie szkodzących, inaczej są tyrańskie, niesprawiedliwe, nie mogą być poważane, ani zachowywane”;
- 2) (drugie „prawidło” co do przestępstw) „Krzywda, czyli szkoda, która uczynek prawem zakazany przynosi społeczności, albo składającemu społeczności, jest miarą oznaczającą rodzaj i wielkość każdego przestępstwa”, zaś „nagrodzenie krzywdy i szkody wyrządzonej całej społeczności albo składającemu społeczności osobie [...]” powinno być jednym z trzech celów kary⁶⁷.

Zwracając uwagę na to, że nauka o materialnej treści przestępstwa uprawiana była od stuleci, dopowiemy od razu, że równie długą historię ma praktyka wprowadzania do ustaw i kodeksów karnych pojęć wyrażających społecznie ujemną treść przestępstwa.

Przykładowo *Die peinliche Gerichtsordnung* z 1532 r., w historiografii występująca pod wspomnianą już nazwą *Constitutio Criminalis Carolina*, oparta była na zasadzie prawopublicznej, według której każde przestępstwo jest obrazą całego społeczeństwa⁶⁸, i która poprzez jego materialne ujęcie nakładała na sędziego obowiązek ukarania każdego sprawcy za czyn zły moralnie, jeśli tylko wykazywał on jakiegokolwiek podobieństwo do przestępstwa wymienione w tej ustawie⁶⁹.

Materialne ujęcie przestępstwa jako „czynu, który bezpośrednio lub pośrednio skierowany jest przeciwko pomyślności całego społeczeństwa” odnajdujemy w rozdziale I w § 2 *Theresiany* z 1768 r., później także w *Leopoldinie* z 1786 r. oraz w art. 1 ustawy karnej rosyjskiej z 1845 r., określającym przestępstwo jako czyn, który jest „zamazaniem na nietykalność praw władzy zwierzchniej albo na prawa lub bezpieczeństwo społeczeństwa lub osób prywatnych”.

Karnoprawną zasadę *nullum crimen sine periculo sociali* eksponowała także Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r., stanowiąc w art. 5, że: „Ustawa może zabraniać tylko takiego postępowania, które jest szkodliwe dla społeczeństwa. Nie można zabronić tego, czego nie zabrania ustawa, i nikt nie może być zmuszany do czynienia tego, czego nie nakazuje ustawa”⁷⁰.

Do materialnego ujęcia przestępstwa nawiązywał także wprost projekt Zbioru praw, opracowany w 1778 r. na zlecenie Sejmu przez *A. Zamoyskiego*. W przepisie art. 45 tego projektu zdefiniowano przestępstwo jako czyn naruszający „spokojność i bezpieczeń-

⁶⁷ Cyt. za *S. Borowskim*, Kodeks Stanisława Augusta, s. 186–187.

⁶⁸ Zob. w tej mierze *K. Estreicher*, Wykłady z historii ustroju, s. 315.

⁶⁹ Zob. *A. Dziadzio*, Powszechna historia prawa, s. 128.

⁷⁰ Cyt. za *J. Ptak, M. Kinstler*, Powszechna Historia Państwa i Prawa. Wybór tekstów źródłowych, Wrocław 1999, s. 63.

stwo narodu”, a zarazem obrażający „osobę króla lub samowładność i całość państwa oraz kogokolwiek w naszym kraju znajdującego się”⁷¹.

W nawiązaniu do znanego powiedzenia *K. Bindinga*, że władca czy państwo jest władne według swego widzimisię „karać jak chce i jak może” (*wo er strafen will und wie er strafen möchte*)⁷², powiemy od razu, że postulaty czy wymagania, niekiedy zapisane także w dawnych ustawach karnych, aby karać tylko takie czyny, które, stanowiąc pokrzywdzenie innych, są złe i społecznie szkodliwe, ograniczać miały samowolę władców czy rządzących, i w takim znaczeniu współspełniały ważną **rolę gwarancyjną, rozstrzygającą o poprawności decyzji legislacyjnych**.

28 W tym miejscu powiemy także od razu, chociaż tylko ogólnie, że materialne określenie przestępstwa w ustawie nie przesądzało i przesądzać nie mogło jeszcze samo przez się o istotnej wartości prawa, tj. jego pewności. Głębiej i należycie pojmowana zasada pewności prawa wyraża bowiem wobec prawodawcy oczekiwanie, aby ten jednocześnie bliżej i ściślej, jak tylko to jest możliwe, określił **w ustawie** istotne właściwości społecznie szkodliwego zachowania, które chce on objąć działaniem zakazu karnego. Czyli, że domaga się ona opisu i jakiejś charakterystyki tych zachowań, nie tylko poprzez ich społeczne wartościowanie, lecz także przez podanie takich cech i atrybutów, które – jak dawniej mówiono – tworząc ich ustawową „bliższą określoność”, mogłyby w swoim całokształcie wyrażać materialną treść czynu zabronionego i stanowić *ratio essendi* jego bezprawności oraz karalności.

Carolina, a za nią pozostałe ordynacje karne czasów wczesnonowoczesnych⁷³, chociaż zawierały już obszerną typizację deliktów, katalog opisanych w nich przestępstw nie był jednak zamknięty, lecz tylko przykładowy. Określano w nich jedynie kilkadziesiąt najważniejszych przestępstw. Pośród nich poczesne miejsce zajmowały przestępstwa skierowane przeciwko państwu, religii, życiu i zdrowiu, mieniu itp., takie jak np. bunt, zdrada, krzywoprzysięstwo, czary, zabójstwo, spędzanie płodu, sodomia, podpalenia, kradzież itp. Poza ustawowym unormowaniem pozostawało jednak wiele innych społecznie szkodliwych czynów.

Dla wyrównania deficytu ich typizacji, a więc braków w dokładnym oznaczeniu ich kręgu, kodeksy z tego okresu przewidywały możliwość stosowania analogii i ukarania czynów, jeśli tylko wykazywały one jakiegokolwiek podobieństwo do przestępstwa opisanego w ustawie karnej⁷⁴, co oczywiście niepomniernie powiększało zakres dyskrecyjnej władzy sędziego, umożliwiając mu arbitralne decydowanie o uznaniu konkretnego czynu za przestępstwo⁷⁵, a tym samym pozostawiając również dużą swobodę w wymierzaniu kar. W bardzo wielu miejscach *Carolina* nakazywała sędziemu karać

⁷¹ Szerzej o tym *E. Borkowska-Bagieńska*, Zbiór praw sądowych, s. 245 i n.

⁷² *K. Binding*, Strafrechtliche, s. 30.

⁷³ Warto tu dodać, że *Constitutio Criminalis Carolina* stała się wzorem dla innych państw i posiadała doniosłość również dla Polski, ponieważ była stosowana w sądach miejskich w Polsce od połowy XVI w., aż do końca XVIII w. po przełożeniu jej na język polski przez *B. Groickiego*, zob. szerzej o tym *S. Estreicher*, Wykłady z historii ustroju, s. 60–61, 313–316.

⁷⁴ Tak *S. Plaza*, Historia prawa w Polsce, s. 531; *A. Dziadzio*, Powszechna historia prawa, s. 128 i n.; *T. Maciejewski*, Historia powszechna, s. 353 i n.; *tenże*, Historia prawa karnego, w: System Pr. Kar., t. 2, s. 32, gdzie autor przypomina m.in. także, iż podobne rozwiązanie w Polsce przyjęła Korektura praw (1532).

⁷⁵ Chociaż akurat według *Caroliny* stosowanie analogii było dopuszczalne nie w drodze arbitralnej decyzji sędziego, lecz wyłącznie na podstawie opinii znawców prawa – zob. *R. Hippel*, Lehrbuch des Strafrechts, s. 30, na co zwraca także uwagę za tym autorem *A. Dziadzio*, Powszechna historia prawa, s. 128.