

Francesco D'AGOSTINO

KRYZYS SPRAWIEDLIWOŚCI KARNEJ W KULTURZE WSPÓŁCZESNEJ

Nie można być dobrym, jeśli nie jest się sprawiedliwym. Nie można też odkupić swoich win moralnych, jeśli się najpierw nie uwolni od odpowiedzialności prawnej. Krótko mówiąc, nie może być miłości bez sprawiedliwości. Dlatego klasyczna teoria sprawiedliwości karnej, chociaż nie uważa za swój przedmiot szczegółowych zagadnień etycznych, zawsze potrafiła nawiązać owocny dialog z etyką jako taką, znajdując w wymiarze dobra, który bada etyka, owo silne ukierunkowanie ku wartościom, stanowiące jej głęboki rys charakterystyczny.

W jaki sposób należy ujmować paradygmat sprawiedliwości karnej? Zdaniem wielu badaczy należy zacząć od starannych podziałów. Przed nadejściem nowożytności prawo karne było okrutne, krwawe, inkwizytorskie, irracjonalne, obciążone przesadami metafizycznymi i religijnymi. W czasach n o w o ż y t n y c h udało się skonstruować prawo racjonalne, ludzkie, świeckie i gwarancyjne – godne oświeconego społeczeństwa. Chociaż przeciwstawienie to utrwaliło się, jest ono mało przekonujące. Nie sposób zakwestionować siły nowatorskiego porywu, jaki przyniosło oświecenie prawne we wszystkich instytucjach społecznych, wśród których prawo karne zajmuje wcale nie ostatnie miejsce. Twierdzę jednak, że chociaż dzieła, w których położono podwaliny pod nowożytną wrażliwość prawnokarną (myślę nie tylko o Cesare Beccarii, lecz także o Paulu J. A. von Feuerbachu i wielu innych), były innowacyjne, nadszedł czas, by zminimalizować osiemnastowieczne podziały i bronić j e d n o l i t o ś c i (co najmniej do czasów najnowszych) tego, co należałoby nazwać „zachodnim” sposobem myślenia o sprawiedliwości karnej. Ma on liczne korzenie i nie wolno żadnego z nich pomijać. Najstarsze sięgają klasycznego świata przedchrześcijańskiego, w którym za istotę przestępstwa uznawano hybris, czyli postawę przejawiającą się w zachowaniach społecznych, w których konkretyzuje się nieuzasadnione dążenie podmiotu do uzyskania p r z e w a g i nad innymi poprzez użycie przemocy. W tym właśnie horyzoncie pojawiła się zasada, zgodnie z którą konieczna jest właściwa odpowiedź na hybris. Nie powinna się ona jednak wyrażać w postaci przemocy, lecz w postaci s i ł y: w ten sposób narodziła się doniosła zasada prawodawstwa – zasada s a n k c j i. Paradygmatu tego nie zmienia pojawienie się chrześcijaństwa z jego niezwykłym przesłaniem. Przeciwnie, wzmacnia go ono, pokazując, że sprawiedliwości nie można oddzielać od miłosierdzia: zaczyna rodzić się myśl, że sankcja może

spełniać wobec przestępcy dobroczynną funkcję ekspiacyjną. Czasy nowożytne przynoszą dalszą integrację tego modelu przez powolne, lecz nieodwracalne kształtowanie się idei, że prawo można ująć w drobiazgowy wykaz u p r a w n i e ń, wśród których jest również prawo każdego człowieka, nawet przestępcy, do gwarancji ochrony przed państwem i jego roszczeniami karnymi (jeśli te nie zostały rzetelnie uzasadnione). Te trzy źródła nowoczesnego prawa karnego, gdyby rozwijać je niezależnie, mogłyby okazać się niemożliwe do pogodzenia; jeśli jednak przyjąć wobec nich mądrą postawę inkluzywną, udaje się nie tylko połączyć je w jeden model, nie tracąc zbyt wiele z ich specyficznej tożsamości, lecz także zbudować system filozoficzno-karny, który prawomocnie można by nazwać k l a s y c z n y m, czy też jeszcze trafniej – h u m a n i s t y c z n y m, jego sercem jest bowiem myśl, że sprawiedliwość można syntetycznie ująć jako zasadę, zgodnie z którą każdemu należy oddać, co mu należy: przestępcy zatem trzeba również oddać, to co się jemu należy, jego s p r a w i e d l i w ą k a r ę. Znamy h i s t o r y c z n e ograniczenia tego modelu: wymierzanie kar okrutnych i niehumanitarnych, pokusę – której bardzo często ulegano – uciekania się do tortur jako metody śledczej oraz tysiące niesprawiedliwych form stygmatyzacji społecznej, z jakich model ten korzystał. Należy jednak dostrzec także obecną w tym modelu spontaniczną siłę, która doprowadziła go do samokrytyki i wreszcie do przekroczenia siebie – przy zachowaniu tego, co istotne, czyli prymatu sprawiedliwości jako podstawowej wartości antropologicznej. Dowodzi tego na przykład fakt, że na Zachodzie ochrona p o r z ą d k u p u b l i c z n e g o, który także uważany jest za wartość podstawowej rangi, lecz o charakterze bardziej p o l i t y c z n y m niż p r a w n y m, była przez pokolenia prawników prawidłowo umieszczana (w skali priorytetów politycznospołecznych) po zasadzie s p r a w i e d l i w o ś c i, w imię wagi szacunku dla prawdy i dla godności osoby.

Atrakcyjność klasycznego modelu prawa karnego (który należy ująć w jego istotnych wymiarach, pozostawiając na marginesie tysiące elementów akcydentalnych, nieprzynoszących mu chwały) nie płynie tylko stąd, że jest on miejscem spotkania różnych procesów historyczno-kulturowych. Jego źródło stanowi również fakt, że zbiegają się w nim istotne momenty psychologiczne i społeczne: po pierwsze, zdrowy rozsądek, który z zadowoleniem widzi nagrodzoną zasługę i ukaraną winę, a następnie – myśl oświecona i liberalna (przynajmniej w wersji kantowskiej), która przyjmuje, że świadomość wolności, jaką nosi w sobie każda jednostka, jest nie tylko kategorią podstawową, lecz także – i przede wszystkim – założeniem wszelkiego porządku społecznego. Innym ważnym momentem tego modelu jest wyważona antropologia o korzeniach chrześcijańskich, która w cierpieniu wzbudzonym w przestępcy przez sankcję karną dostrzega nadzwyczajną wewnętrzną siłę nienaruszającą tożsamości osoby, lecz m o g ą c ą spowodować w niej głębokie zmiany i doprowadzić ją do eks-

piacji za popełnione winy. Ważne są wreszcie intuicje tych, którzy rozmyślając nad historią Zachodu, uważają prawo, zwłaszcza prawo karne, za najbardziej niezwykłą „technikę” ochrony współżycia społecznego, jaką kiedykolwiek stworzyły istoty ludzkie. Technika ta realizuje się nie przez eliminację podmiotów, które zagrażają społeczeństwu, lecz przez ich ponowne włączenie – przez karę prawną – do systemu, który wcześniej naruszyli. Właśnie o tym powinniśmy myśleć, gdy podejmujemy refleksję nad *e k s p i a c j ą* karną.

Utrwalający się w dziewiętnastym wieku system prawny, a zwłaszcza jego formalistyczne i etatystyczne odmiany, przyzwyczaił nas do poglądu, że popełnienie przestępstwa polega wyłącznie na naruszeniu prawa państwowego: dlatego właśnie – i tylko dlatego – przestępca miałby zasługiwać na karę. Funkcja kary interpretowana jest w tej nowej perspektywie jako *o d s t r a s z a n i e* (odwiedzenie przestępcy za pomocą środków psychologicznych, na przykład obawy przed karą, od zamiaru popełnienia przestępstwa), *z a p o b i e g a n i e* (za pomocą środków socjotechnicznych przekonanie przestępcy, że „zbrodnia nie popłaca”) lub jako *o c h r o n a s p o ł e c z e ń s t w a* (przez osadzanie kryminalistów w więzieniach, co sprawia, że nie mogą popełniać dalszych przestępstw). Niewątpliwie kara kryminalna może spełniać wszystkie trzy funkcje albo też tylko jedną z nich i może je spełniać z pożytkiem dla wszystkich. Klasyczną teorię kary odróżnia od jej przeformułowań etatystycznych i formalistycznych to, że na pierwszym planie umieszcza ona wymóg, by kara była przede wszystkim *s p r a w i e d l i w a* obok tego, że powinna ona być *s k u t e c z n a* (czyli działać odstraszająco, zapobiegawczo czy obronnie). Sprawiedliwość zaś nie jest sprowadzalna do formalistycznego przestrzegania prawa państwowego, niezależnie od tego, że przestrzeganie go jest ważne, czemu oczywiście żaden teoretyk podejścia klasycznego nie będzie zaprzeczać. Aby kara była sprawiedliwa, musi spełnić dwa warunki: po pierwsze, musi być odpowiedzią na przestępstwo rozumiane jako nieuzasadnione naruszenie porządku społecznego, które zakłóciło równowagę współżycia, a po drugie, musi pozwolić przestępcy na dokonanie *e k s p i a c j i*, czyli stwarzać możliwość jego ponownego włączenia w ten porządek.

Reintegracja ze społeczeństwem ma w teorii klasycznej sens przede wszystkim prawny i dlatego właśnie powinna być przedmiotem działania sędziów, a nie socjologów czy pracowników socjalnych. Reintegracja tego rodzaju nie gwarantuje w żaden sposób moralnej skruchy przestępcy ani też skuteczności rehabilitacji społecznej. Możliwości te nie muszą się wykluczać, lecz nie można ich nawet przyjąć hipotetycznie jako swoistych skutków zastosowania sankcji karnej – inaczej stosowanie sankcji, nawet za niewielkie przestępstwa, nie mogłoby zostać zakończone, gdyby nie uzyskano pewności skruchy przestępcy czy jego rehabilitacji, co jest oczywiście niemożliwe. Sankcja kryminalna, właśnie dlatego, że jest sankcją prawną, nakładaną przez sędziego, działa przede

wszystkim na płaszczyźnie prawnej: temu, kto odbył karę, daje prawo do tego, by nie był prawnie ścigany ani dyskryminowany. Spłaciwszy swój dług wobec społeczeństwa, czyli dokonawszy ekspiacji za swoje przestępstwo, zostaje on przywrócony do stanu pierwotnego – odzyskuje swoją rolę społeczną i pełnię praw publicznych. Kara kryminalna może nie wywołać w przestępcy strachu, może nie odwieść go od przyszłych przestępstw ani nie zmniejszyć społecznej szkodliwości jego czynów: tym, co może być i jest osiągnięte przez karę, jest natomiast nadanie przestępcy swego rodzaju nowej i paradoksalnej niewinności, która umożliwia mu ponowne pełne uczestnictwo w grze społecznej. Jest to „zimna” niewinność, podobnie jak zasadniczo „zimne” jest doświadczenie prawnicze. Jednocześnie jednak niewinność ta staje się konieczną przesłanką dla każdego, kto chce i potrafi odzyskać ten drugi (po ludzku ważniejszy) wymiar niewinności, który związany jest z moralnością: niewinność „cieplą” charakterystyczną dla prawości i dobroci. Nie można być dobrym, jeśli nie jest się sprawiedliwym. Nie można też odkupić swoich win moralnych, jeśli się najpierw nie uwolni od odpowiedzialności prawnej. Krótko mówiąc, nie może być miłości bez sprawiedliwości. Dlatego klasyczna teoria sprawiedliwości karnej, chociaż nie uważa za swój przedmiot szczegółowych zagadnień etycznych, zawsze potrafiła nawiązać owocny dialog z etyką jako taką, znajdując w wymiarze dobra, który bada etyka, owo silne ukierunkowanie ku wartościom, stanowiące jej głęboki rys charakterystyczny.

Powiedzieliśmy już, że z nadejściem pozytywizmu prawnego, szczególnie w drugiej połowie dwudziestego wieku, nastąpił kryzys klasycznej sprawiedliwości karnej. Dlaczego tak się stało? W czym tkwi błąd? – możemy zapytać, odwołując się do tytułu znanej pracy, w której podjęto namysł nad faktem, że głębokie i historycznie zakorzenione wytwory kultury mogą w krótkim czasie utracić aprobatę społeczną lub zostać wręcz zniszczone¹. Na pytanie to można udzielić różnych, także niealternatywnych odpowiedzi. Najprostsza z nich odwołuje się do coraz bardziej widocznego w kulturze współczesnej oderwania wiedzy prawnej od jakiejkolwiek innej wiedzy: ustalone teorie prawa nagle okazują się niemożliwe do przyjęcia z powodów politycznych, uznaje się je za przestarzałe czy nawet nieuzasadnione (najbardziej jaskrawym dziś przykładem jest próba usunięcia czy raczej odwrócenia klasycznej prawnej doktryny małżeństwa i rodziny). Klasyczny paradygmat sprawiedliwości karnej miał ponieść porażkę, bo okazał się niezdolny do wykorzystania wyników nauk humanistycznych – od socjologii przez psychologię, od antropologii po demografię. Możemy jednak wysunąć inną hipotezę, która nawiązuje do poprzedniej, lecz jej nie zastępuje i jest przy tym bardziej uporządkowana i złożona.

¹ Zob. D. L. Bartlett, J. B. Steele, *America: What Went Wrong?*, Andrews and McMeel, Kansas City 1992.

Otóż klasyczna doktryna straciła w naszych czasach uznanie, ponieważ opiera się na metafizycznej kategorii wolności. Jak każdy inny rodzaj wiedzy, powinna zatem zrezygnować ze schematów metafizycznych i teologicznych i oprzeć się na racjonalności, która – jest to jeden z zasadniczych dogmatów nowoczesności – może być wyłącznie antymetafizyczna. Stąd próby wykluczenia paradygmatu klasycznego z dyskusji toczonych w ostatnich dziesięcioleciach.

Oprócz tych wyjaśnień doktrynalnych można podać jeszcze jedno, które wykazuje spójne uzasadnienie empiryczne. W świecie, w którym wszystko jest coraz doskonalsze, sprawiedliwość karna wydaje się przeżywać kryzys, czy wręcz upadek. Kryzys ten dotyka systemu prewencji, kontroli społecznej zapobiegającej drobnej przestępczości, systemu sankcji karnych, rehabilitacji przestępców oraz kontroli przestępczości nieletnich. Dlaczego winy za ten kryzys nie przypisać klasycznej teorii sprawiedliwości karnej?

Uznajmy za pewnik, że kryzys dotyka dzisiaj także kary. Spostrzeżenie to jednak nie pomaga zrozumieć sedna sprawy. Czy to kara jest w kryzysie, czy raczej prawo karne? Jeden z największych penalistów niemieckich Klaus Lüderssen uznał, że najtrafniejszy dla włoskiego przekładu zbioru jego prac będzie tytuł: *Il declino del diritto penale*² [Schyłek prawa karnego]. Rzeczywiście żaden inny tytuł nie mógłby z większą precyzją wskazać czytelnikowi osobistego stanowiska autora – podzielanego zresztą całkowicie przez bardzo wielu jego kolegów. Według Lüderssena powolny upadek prawa karnego w nowożytności jest procesem nieuchronnym właśnie dlatego, że należy uznać je za przednowoczesny twór kulturowy i – co ważniejsze – za twór niereformowalny, obciążony średniowiecznymi dogmatami i przesądami.

W jednej sprawie panuje dzisiaj jednomyślna zgoda: system karny jest w katastrofalnym stanie, a wszystkie paradygmaty ideologiczne, w które nowoczesność tak wiele zainwestowała, aby odbudować jego wiarygodność, takie jak zadośćuczynienie, resocjalizacja, poprawa czy ochrona społeczna, zawiodły. Zdaniem zwolenników modelu klasycznego (do których piszący te słowa zalicza również siebie) niepowodzenia te nie miały miejsca bez powodu. Kiedy bowiem rozpada się antropologiczny fundament systemów społecznych, nie można uniknąć upadku ich samych. Uświadomienie sobie tego jest jedynym sposobem reaktywacji sił porządku społecznego, które wydają się całkowicie rozproszone.

Według Lüderssena natomiast (a także dla wszystkich teoretyków „postklasycznych” czy „nowoczesnych”, jakkolwiek by ich nazywać) upadek prawa karnego stanowi ostateczny dowód, że stopniowa erozja idei kary jest nieuchronna i że zamiast uczestniczyć w konstruowaniu nowych paradygmatów (które,

² Por. K. Lüderssen, *Il declino di diritto penale*, Giuffrè, Milano 2005.

jak na przykład teoria pozytywnej prewencji ogólnej, skazane są na niepowodzenie), lepiej będzie zrezygnować z odświeżania zużytych mechanizmów kryminalizacji, bo, jak wszelkie inne, okażą się one nieskuteczne. Z klasycznego punktu widzenia wydaje się oczywiste, że należy ponownie przyznać centralne miejsce paradygmatowi, z którego może czerpać zarówno prawo w ogóle, jak i prawo karne w szczególności (i który nowoczesność uparcie odrzuca!), a mianowicie paradygmatowi o d p o w i e d z i a l n o ś c i. Z punktu widzenia zwolenników zsekularyzowanego prawa karnego propozycja ta, jeśli wykażemy, że odpowiedzialność odpowiada w o l n o ś c i, jest niemożliwa do przyjęcia, ponieważ przenika ją nieznośny przesąd metafizyczny. Stąd ostatnie skrajne propozycje: Dlaczego nie przyjąć hipotetycznie, że można całkowicie zrezygnować z kryminalizacji, odbierając państwu możliwość osądzania, co jest z ł y m u ż y w a n i e m w o l n o ś c i przez współobywateli? Jedynym zadaniem, z którego państwo nie może być zwolnione, jest zagwarantowanie porządku publicznego. Gwarancję taką można jednak zapewnić poza tradycyjnymi schematami sprawiedliwości karnej.

Doszliśmy w ten sposób do istotnego pytania: Czy można – w imię kontroli nad porządkiem społecznym – p r z y p i s a ć podmiotowi b r a k w o l n o ś c i? W modelu klasycznym jest to niemożliwe. Kwestia ta bywa w ostatnich latach przedmiotem najgorętszych dyskusji, o czym świadczy mnożenie się konstrukcji teoretycznych prowadzących do takiego właśnie wniosku. Jeśli ktoś lubi śledzić kręte ścieżki nauk humanistycznych, to wie, że od pewnego czasu toczy się szczególnie zaciekle walka o powierzenie n e u r o n a u k o m zadania d e m i s t y f i k a c j i źródeł ludzkiego działania jako działania odpowiedzialnego, czyli wolnego i świadomego. Jeśli uda się zredukować umysł do mózgu, a psychikę do przedmiotu badań neurologii, można będzie bez trudu sprowadzić wolną wolę, intencję, zdolność podejmowania decyzji, cały układ pojęć, na którym zbudowane było „tradycyjne” prawo karne, do cybernetycznego determinizmu. Najbardziej przenikliwi zwolennicy neuronauk starają się wykazać, że ten sposób myślenia o d e t e r m i n i z m i e nie ma nic wspólnego z ideami łączonymi zwykle z f a t a l i z m e m. Idea, że nasz umysł stanowi część s y s t e m u, którego zrozumienie nie wymaga odwoływania się do pojęcia psychiki, gdyż jest to system materialistyczny, zamknięty w sobie samym, nie powinna skłaniać do myślenia, że naszym losem jest smutna inercja moralna. Działanie dla dobra (własnego i innych) miałoby bowiem stanowić integralną część deterministycznego łańcucha przyczyn, do którego należymy. Realizacja dobra odpowiadałaby programowi zapisanemu w naszym kodzie genetycznym, który osiągnął obecny stan dzięki darwinowskiemu, selektywnemu następstwu pokoleń. Gdy tylko to zrozumiemy, trzeba będzie pozbawić prawo funkcji rozróżniania dobrego i złego użycia wolności realizowanej za pomocą sankcji pozytywnych wobec tych, którzy wolności uży-

wają dobrze i negatywnych wobec tych, którzy używają jej źle. Zadaniem prawa w ogóle, a prawa karnego w szczególności, byłoby włączenie się w deterministyczny łańcuch ludzkich czynów, aby wspierać działania społecznie użyteczne i zapobiegać tym, które prowadzą do paraliżu współżycia społecznego, lub je ograniczać. Niezgoda na doprowadzenie tego programu do skrajności czy też – co jest zasadniczo tym samym – brak odwagi usunięcia zeń wszystkiego, co *irrationalne*, byłoby prawdziwą przyczyną upadku prawa karnego.

Czy klasyczna teoria prawa karnego może stawić czoła tym prowokacjom? Moim zdaniem tak, lecz pod pewnym warunkiem: jeśli nauczy się głębokiego myślenia o sobie samej i o antropologicznym założeniu, na którym się opiera, a mianowicie o *odpowiedzialności*. Spróbujmy doprecyzować związane z tą kwestią pojęcia: odpowiedzialność wyjaśniamy albo w terminach psychicznych, albo fizycznych. Ponieważ jednak w *naucze* należy wyjaśniać całą rzeczywistość (również jej elementy psychiczne) wyłącznie w terminach fizycznych, jeśli chcemy do końca wyeliminować irracjonalność, czyli *meta-fizykę*, nie mamy innego wyjścia, jak tylko przyjąć „nowoczesny” sposób pojmowania determinizmu, dzięki któremu zidentyfikujemy w naszych mózgach źródła wszystkich zachowań. W mózgu znajdziemy biologiczne korzenie towarzyskości, altruizmu, życzliwości, indywidualnych zdolności i talentów, słowem całego tego uniwersum, które błędnie uważano za *niematerialne* i w którym tradycyjnie umieszczano emocje, uczucia, charakter, a przede wszystkim to, co nazywamy *wartościami*. Zachowajmy jednak spokój, widząc, że neuronauki lokalizują je w określonych obiegach mózgowych i badają ich intensywność metodami ilościowymi, charakterystycznymi dla nauk *fizycznych*. Przez te badania wartości nie zostają zniszczone, lecz po prostu są poznawane i opisywane jako *fakty*, które wskazują na ogromną złożoność naszego mózgu. Fakty te nie są wytworami naukowo nieuchwytnych mocy duchowych, lecz dobrze określonych dynamizmów ewolucyjnych poddających się naukowej analizie.

Jeśli zatem prawo karne ze swoim roszczeniem do wymierzania kary będzie trwać przy metafizycznej idei odpowiedzialności – zdaniem zwolenników modelu ponowoczesnego – nie będzie mogło nie ponieść klęsk. Jedynym rozwiązaniem dla prawa karnego ma być, ich zdaniem, jego wewnętrzne przekształcenie i przyjęcie nieznanego (do dzisiaj) oblicza *prawa interwencji*. Wyrażeniem tym zaczyna się określać system prawny, który byłby zdolny do przypisywania odpowiedzialnym podmiotom ewentualnych działań antyspołecznych, nie kryminalizując ich jednak, lecz po prostu je *lecząc*, aby zagwarantować porządek społeczny.

Nie można apriorycznie zaprzeczyć, iż neuronauki mogą pokazać, że występujący u ogromnej większości ludzi zmysł społeczny, który przejawia się w zasadniczo akceptowanych społecznie uczuciach, ma źródło deterministycz-

no-genetyczne. Wykluczone jest natomiast, by osoba genetycznie pozbawiona „zmysłu społecznego” lub taka, u której zmysł ten jest szczególnie słaby (a zatem osoba, której nie można by nawet czynić wymówek, nie mówiąc o stawianiu „zarzutów” czy uznaniu jej za „przestępcę”), mogłaby zostać w y l e c z o n a, a nie z n i s z c z o n a.

Jak zauważył kiedyś trafnie Vittorio Mathieu, gdybyśmy byli dobrze skonstruowanymi komputerami, nasze oprogramowanie zawierałoby raczej instrukcję pozbywania się naszych niebezpiecznych kolegów, a nie instrukcję ponoszenia ryzyka i kosztów ich naprawy na podstawie niepewnej i przybliżonej wiedzy (jej pozytywny wynik byłby zresztą mało prawdopodobny), naprawy dokonywanej za pomocą procedur, na przykład sądowych, które nie są ściśle i których założenia mogą się nawet wydać nielogiczne, tak jak zasada domniemania niewinności. Ponowoczesna kultura, oczekująca od klasycznego systemu prawa karnego rezygnacji ze skażonego metafizyką roszczenia do wymierzania kary i zastąpienia go bardziej nowoczesnym podejściem psycho-socjologicznym, prowokuje następujące wyzwanie: Dlaczego leczyć podmiot – sprawcę przestępstwa, zamiast go z n i s z c z y ć (i zastąpić innym, bardziej użytecznym)? Dlaczego szanować przestępcę jako o s o b ę, zamiast ją usunąć, tak jak usuwa się wadliwą część maszyny?

Pytania te mogą się w takim sformułowaniu wydać niemożliwe do przyjęcia. Zwolennicy l e c z e n i a powiedzieliby jednak natychmiast, że prawo nie wymaga e l i m i n a c j i przestępców, społeczeństwo ponowoczesne będzie bowiem – z miłości do ludzkości (zgodnie ze znaną wskazówką Molierowskiego Don Juana) – traktować podmioty o tendencjach jawnie antyspołecznych z wielką łagodnością, a zarazem bardzo racjonalnie i unieszkodliwiać je, unikając w ten sposób niepokojenia opinii publicznej. Nawet gdyby było to możliwe, sama idea powierzenia prawu karnemu leczenia zamiast karania nadal wydaje się niepokojąca – między innymi dlatego, że w paradygmacie leczenia konkretne formy, jakie mogłoby ono przyjąć, pozostają nieokreślone. Niech za przykład posłuży nam zupełnie nowy rodzaj zarzutów, które coraz częściej stawiane bywają w Europie, takich jak – w kontekście niemieckim – kłamstwo oświęcimskie, czyli uznana za przestępstwo negacja Szoah³.

Jakie są racje normy kryminalizującej ten czyn? Otóż negacjonista karany jest nie za wypowiedzenie sądu o charakterze historycznym, lecz dlatego, że sąd ten ujawnia postawę n i e n a w i ś c i r a s o w e j, która – ponieważ nie pozostała we „wnętrzu” przestępcy – wyzwala w społeczeństwie postawy agresji i pogardy, te zaś – ze względu na ich możliwe wyrodzenie się w akty przemocy – wydają się całkowicie nie do pogodzenia z zasadami współżycia społecznego. Rasizm jest zatem sam w sobie przestępstwem. Jest on skutkiem niesłusznej

³ Por. § 130 III niemieckiego kodeksu karnego.

i antyspołecznej pretensji do wyższości nad innymi, jest publicznym przejawem – by użyć sformułowania tylko odrobinę bardziej wyszukanego – złego użycia wolności. Tak przebiega rozumowanie – nie może ono przebiegać inaczej – zwolennika klasycznego paradygmatu prawa karnego, który z wyłożonych właśnie powodów nie może nie popierać kryminalizacji kłamstwa oświęcimskiego. Jeśli jednak wolność jest metafizyczną mrzonką, takie wyjaśnienie kryminalizacji nienawiści rasowej zostaje bardzo osłabione i niespójne okazują się wszelkie próby wykazania, że ten, kto propaguje nienawiść rasową, zasługuje na karę. Jeśli jednak nie mamy prawa karać rasistów, to w jaki sposób powinniśmy ich leczyć?

Istnieją różne sposoby wymijającego potraktowania tych pytań. Wielu prawdopodobnie utrzymywałoby, że prawdziwą kwestią nie jest ujawnienie etiogenezy samego rasizmu, lecz raczej wyjaśnienie faktu wyłonienia się właśnie rasizmu ze zbiorowej wyobraźni, która przenika i kształtuje treść naszego życia społecznego. Tak jednak nie jest. Można co prawda wykorzystać neuro nauki do lepszego zrozumienia rasizmu i wydaje się nawet, że naukowcom udało się na tym polu wiele wyjaśnić. Interwencja neuronauki jednak, zamiast upraszczać kwestię, grozi wielkim jej zawikłaniem. Niedawno przeczytaliśmy pełen entuzjazmu komunikat o odkryciu dokonany przez grupę naukowców, którzy wyodrębnili w mózgu, a dokładnie w ciele migdałowatym (ośrodku emocji), neurologiczne „siedlisko” przesądów rasowych. Czy odkrycie to można wykorzystać w postmetafizycznym leczeniu negacjonistów, które miałyby być alternatywą dla klasycznego prawa karnego? Czy zamiast skazywać rasistów na więzienie, nie moglibyśmy uciec się do zabiegu medycznego na ich ciele migdałowatym (zabiegu chirurgicznego, ale jako metoda mniej inwazyjna mogłoby wystarczyć odpowiednie podawanie leków) i w ten sposób przywrócić ich społeczeństwu? Nie wątpimy, że dobrze poinformowany rząd może mieć pokusę użycia tego rodzaju technik, aby ostatecznie usunąć przesady rasowe z ludzkich mózgów (nie z umysłów!), gwarantując w ten sposób zniknięcie jednej z najboleśniejszych przyczyn konfliktów społecznych. Co by się jednak stało, gdyby do rządów doszli właśnie rasiści? Dla nich „zdrowe” ciało migdałowate to takie, które aktywuje nienawiść rasową, i ten właśnie jego typ musiałby przyciągać uwagę naukowców chcących wywołać antysemityzm u większości obywateli! Krótko mówiąc, gdziekolwiek w mózgu zlokalizowany byłby rasizm, czy postawa mu przeciwna, problemem pozostaje ocena paradygmatu myślenia. Czy mamy go oceniać za pomocą kryteriów statystyczno-ilościowych (za właściwe należałoby wówczas uznać impulsy występujące częściej) czy wartościujących (za właściwe należałoby uznać impulsy mniej agresywne – albo też, przeciwnie, bardziej agresywne)? Niestety bardziej prawdopodobna jest hipoteza, że ten, kto sprawuje władzę, narzuca własne paradygmaty jako właściwą miarę porządku społecznego. Prawdą jest, że to, co Luis Buñuel

nazwał w swoim słynnym filmie „złudzeniem wolności”⁴ wciąż powraca, a my za każdym razem temu złudzeniu ulegamy – tak jak ludzą się naukowcy, sądząc, że potrafią sprawić, by znikło. I dopiero w tym miejscu należy na nowo podjąć dyskusję.

Konkluzja może być tutaj bardzo krótka. P o n o w o c z e s n a d e k o n s t r u k c j a klasycznego prawa karnego osiągnęła duże natężenie – proces ten przebiegał równolegle z rozprzestrzenianiem się relatywistycznych i postmetafizycznych paradygmatów antropologicznych. Dekonstrukcja owa splotła się z kryzysem współczesnego prawa karnego w sposób tak skomplikowany, że kryzys może się wydawać – zależnie od przypadku – raz przyczyną, a raz skutkiem. Ponowoczesnej myśli prawnej, która uporczywie odrzuca podstawowe kategorie myśli klasycznej, czyli odpowiedzialność, oskarżenie, winę czy ekspiację przez karę, jako kategorie metafizyczne, bardzo trudno będzie respektować fundamentalne prawa osoby, prawa absolutnie nienaruszalne, nawet wtedy, gdy osoba ta popełnia czyny przestępcze. Rozpad podmiotowości ludzkiej, charakterystyczny dla kultury ponowoczesnej, musi doprowadzić również do zaniku s z a c u n k u dla przestępcy jako podmiotu z a s ł u g u j ą c e g o na karę. Ujęcie klasyczne natomiast prowadzi do skutków przeciwnych: przestępca nigdy nie traci w nim swojej godności, ta bowiem jest wymiarem antropologicznym i nie można jej wywalczyć ani otrzymać, ani też zrezygnować z niej czy ją stracić. Przestępca, jako istota ludzka, zachowuje wszystkie podstawowe prawa, a przede wszystkim p r a w o d o k a r y, które daje mu możliwość o d k u p i e n i a winy. Mówimy tutaj nie o racjonalizacji współczesnej polityki karnej (do czego wciąż nam daleko), lecz o konieczności ponownego umieszczenia wszelkich działań z tą polityką związanych w ramach paradygmatu s p r a w i e d l i w o ś c i k a r n e j. Nie jest to kwestia przede wszystkim polityczna czy prawna, lecz w podstawowy sposób a n t r o p o l o g i c z n a.

Tłum. z języka włoskiego *Patrycja Mikulska*

⁴ *Widmo wolności (Il fantasma della libertà)*, Francja–Włochy, 1974.