

Günther KAISER

Czy kryminolodzy mogą mieć wkład w wymierzanie kary?*

Können Kriminologen zur Strafzumessung beitragen?

I

Wymierzenie kary, jak wiadomo, uchodzi od dawna za główną treść oryginalnej sędziowskiej władzy rozstrzygania. Nie kłóci się z tym fakt, że dawniejsze poglądy o „wolnym od prawa” (*rechtsfrei*) decydowaniu sędziego ustąpiły miejsca rozumieniu wymierzania kary jako stosowania prawa, zapoczątkowującego swobodę wyrokowania przez sędziego¹. W nauce wymierzanie kary jest problemem starym, ale ciągle aktualnym, w ostatnim czasie wręcz w stopniu nasilonym. Jest to problem tak stary jak kryminologia². Zainteresowanie nim osiągnęło swój punkt szczytowy w nauce prawa wraz z ukazaniem się analizy F. Exnera w r. 1931³. Niejednakowość i irracjonalność dostarczały od początku punktów zaczepienia dla ataków i określały kierunek badań naukowych. Wkrótce stwierdzono, że chodzi o stosowanie prawa czy, według współczesnych pojęć, o implementację.

Ustawa nie daje w § 46 I 2 StGB jednoznacznie rozstrzygającego programu. G. Stratenwerth potępił wręcz formułę podstawową § 46 StGB jako błąd ustawodawczy o szczególnej wadze, gdyż uważał ją za regulację nic nie mówiącą i nieokreśloną⁴. Wprawdzie § 46 II StGB wymienia cały szereg okoliczności istot-

* Wykład wygłoszony na seminarium w Instytucie Prawa Karnego UMCS w październiku 1990 r.

¹ H.-J. Bruns: *Grundprobleme des Strafzumessungsrechts*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” [dalej cyt. ZStW] 1982, 94, s. 114; W. Frisch: *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*, ZStW 1987, 99, s. 789.

² J.-J. Chr. v. Santen: *Versuch, die Größe der Gesetzwidrigkeiten gegen die Person, das Eigentum und das Strafmaß, nach sicheren Verhältnissen zu bestimmen*, Rostock 1826; G. v. Mayr: *Die Kriminalstatistik als Prüfungsmittel für die Gleichartigkeit der Rechtsprechung in Strafsachen*, „Beiträge zur Allgemeinen Zeitung” 1878; O. Woerner: *Die Frage der Gleichmäßigkeit der Strafzumessung im Deutschen Reich*, München 1907.

³ F. Exner: *Studien über die Strafzumessung der deutschen Gerichte*, Leipzig 1931.

⁴ G. Stratenwerth: *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübingen 1972, s. 13 i n.

nych dla wymierzania kary, ale jest to wylczenie niepełne. Ogólnie sędziemu pozostawia się dużą swobodę oceny, którą należy zapełnić.

Wymierzanie kary jest więc uznawane za klasyczną domenę sędziego i od ponad wieku jest obserwowane, a z czasem także analizowane przez naukę. Już J.-J. Chr. von Santen na początku XIX wieku ganił niejednorodność sędziowskiego wymierzania kary⁵. „Jeśli porównać pewną liczbę wyroków karnych orzeczonych na podstawie kodeksu karnego cesarza Karola V, to dochodzi się rychło do przekonania, że trud był daremny. Surowość kary zależy w większości wypadków od oceny sędziego, tzn. od jego widzimisię. Każdy wyrokujący ma swoiste wykształcenie i indywidualne poglądy, ma swoją naturę i wreszcie humory”. Także F. von Liszt ponad 60 lat później denerwował się samowolą wymierzania kary przez sędziów. „Cały nasz wymiar kary wisi w powietrzu, najwyższe i najbardziej precyzyjne osiągnięcia «karzącej sprawiedliwości» okazują się przy bliższej obserwacji trikami iluzjonistów, w których artyści nie próbują nawet rozbudzić u widza złudzeń”⁶.

Aż do czasów dzisiejszych badania empiryczne zajmują się opisywaniem i analizą decyzji wymiaru kary, koncentrując się na podobieństwach w przypadku nie uzasadnionych różnic i na zwiększaniu się indywidualizacji w procesie decydowania. Przy tym sprzeczność pomiędzy dwoma celami, równością kary i indywidualnością, jest tylko pozorna. W wymierzaniu kary zróżnicowanie nie może oznaczać, że w ogóle istnieje różne wymierzanie kar. Ponieważ sędzia ma decydować w różnych konkretnych przypadkach, w których należy zawsze uwzględnić czyn i sprawcę, nie może być jednakowego wymierzania kary dla wszystkich przypadków. Taki postulat prowadziłby właśnie do nowej nierówności. Na ten temat prowadzono badania na podstawie systemów kar ustalonych w niektórych krajach europejskich (Belgia, Holandia, Finlandia, Szwajcaria, Wielka Brytania), przy czym te zapisane wymiary kar – zastosowane do różnych przypadków – usuwały tylko powierzchowną nierówność, ale wytwarzały nową, gdyż traktowano jednakowo niejednakowe przypadki⁷.

Na tym tle, porównywania podobnych przypadków oraz różnego traktowania przypadków nieporównywalnych, możliwa jest właśnie szczególna indywidualizacja wymierzania kary ze strony sędziego. Tym samym nie może się utrzymać zarzutu, że zbytne ujednoczenie w dziedzinie wymierzania kary zniekształca cel kary, jakim jest prewencja ogólna, gdyż odstraszenie, a zwłaszcza motywacja dla zachowania się zgodnego z normami zmniejsza się jakoby, gdy następuje mało zróżnicowane wymierzanie kary. Ponieważ pożądany parytet przewiduje w różnych przypadkach zróżnicowanie, nie należy się obawiać ujednoczenia poprzez wysiłki badaczy sankcji w kierunku „równości wobec prawa”⁸.

⁵ v. Santen: *op. cit.*, s. 1 i n.

⁶ F. v. Liszt: *Kriminalpolitische Aufgaben*, ZStW 1889, 9, s. 490.

⁷ Zob. A. Ashworth: *Techniques for Reducing Subjective Disparity in Sentencing*, [w:] *Eighth Criminological Colloquium, Council of Europe, Theme: Disparities in Sentencing: Causes and Solution*, Strasbourg 1987, s. 3.

⁸ *Loc. cit.*

Wszystkie te wysiłki w kierunku wymierzania kary nie mogą oczywiście ignorować tego, że określone zróżnicowanie jest możliwe i w pewnych granicach także potrzebne. Zapewnia ono rozwój praktyki wymierzania kary wraz ze zmieniającymi się stosunkami społecznymi i zapobiega zastygnięciu w *status quo*.

Jako przykład można przytoczyć zmiany w ciągu ostatnich 20 lat w dziedzinie z jednej strony przestępstw naruszania nietykalności cielesnej, a z drugiej – przestępstw przeciwko własności, wrażliwość na przemoc cielesną, zwłaszcza seksualną, zwiększa się, podczas, gdy wysokość kary przy deliktach własnościowych i majątkowych wyraźnie spada⁹.

Jeśli spojrzeć na historię badań wymierzania kary, to można stwierdzić, że postulaty wyrównania zmieniły się; podczas gdy dawniej obawiano się zmniejszenia kary do nieproporcjonalnej niskości, czemu należało przeciwdziałać¹⁰, to dziś przeważa tendencja do łagodzenia obecnej praktyki sankcji¹¹. W czasach nowszych żąda się także większej przejrzystości, możliwości kontroli i opanowania praktyki orzecznictwa oraz zwiększenia racjonalności¹². Wymaga się ponadto od udoskonalonej praktyki orzecznictwa większej sprawiedliwości procesowej w sensie zaspokajania zasad *fair*, także z perspektywy ofiary. W badaniach dotyczących wymierzania kary widać dziś ogólnie dwa zasadnicze kierunki.

Jedna część badaczy postawiła sobie za cel osiągnięcie pewnej jednolitości wymierzania kary przez sędziów. Należy według nich wychodzić od przesłanki reprezentatywnej praktyki orzekania kary, która może być wyrazem i odbiciem ogólnej wizji sądownictwa¹³. Zadaniem najważniejszym jest przede wszystkim wyjaśnianie procesów wymierzania kary przez sędziego. Przez to poprawia się prawidłowość tych procesów w praktyce, a sędzia może tak wyjaśnione procesy włączyć do własnego rozpatrywania decyzji. Poza tym w badaniach implementacyjnych może się dokonać wskazanie typowych wzorów rozstrzygania. Ogólnie chodzi o obserwację i analizę faktycznie się dokonującej praktyki wymierzania kary¹⁴.

Obok tego w nowszych czasach rozwinęła się gałąź badań dążąca do „właściwego” wymierzania kary i zaczynająca nie tyle od obserwacji i oceny praktyki wymierzania kary, co od samej jego substancji. Punkt wyjścia stanowi założenie, że dla każdego przypadku istnieje tylko jedna właściwa kara. Przeczy to bardzo rozpowszechnionemu pogładowi, że w ramach swobody decydowania wyznaczonej przez prawo istnieje większa liczba możliwych rozstrzygnięć¹⁵. O ile istnieją

⁹ H. Horskotte: *Praktische Konsequenzen der Strafzumessungsforschung*, [w:] *Strafzumessung, Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog*, hrsg. v. Chr. Pfeiffer, M. Oswald, Stuttgart 1989, s. 283.

¹⁰ Exner: *op. cit.*, s. 83 i n., s. 107.

¹¹ Horskotte: *op. cit.*, s. 281 i n.

¹² W. Hassemer: *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, ZStW 1978, 90, s. 70 i n.

¹³ H.-J. Bruns: „Gleichmäßige” oder „rechtliche” Strafzumessungspraxis – aus generalpräventiven Gründen?, *„Juristische Rundschau”* 1979, s. 355.

¹⁴ F. Strenng: *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, Heidelberg 1984, s. 3 i n.

¹⁵ Frisch: *op. cit.*, s. 362, gdzie kwestionuje przyjęcie kary punktowej.

wypowiedzi o karze „właściwej” i można je udostępnić praktykom, o tyle jest także osiągalna jednolitość praktyki wymierzania kary¹⁶.

Wynika stąd, że badanie empiryczne, oparte głównie na obserwacjach, znajduje czy wręcz musi znaleźć punkt ciężkości w kierunku pierwszym, podczas gdy właściwe wymierzanie kary, jako empirycznie niemożliwe do uzasadnienia, może być w najlepszym wypadku przedmiotem analizy i krytyki kryminologicznej.

II

Jak to już zostało powiedziane, bardzo wczesnie miały miejsce systematyczne badania rodzaju i rozmiarów nierówności wymierzanych kar. Przykład najbardziej jaskrawy stanowią badania F. Exnera nad regionalnymi i czasowymi różnicami w wymierzaniu kary, prowadzone przy pomocy analiz statystycznych. Takie badania statystyczne są jednak w dużym stopniu niepewne i obciążone problemami metodologicznymi. W wielu ocenach brak zbadania, czy porównywane przestępstwa mają w przybliżeniu ten sam ciężar¹⁷. Ponadto istnieje trudność zabezpieczenia, czy nie jest rzeczą przypadku ocena osądzonych zdarzeń jako ciężkich lub lekkich wypadków¹⁸.

Jednak tylko pewne i szczegółowe statystyki mogą dawać niewątpliwe wnioski. Stąd też zdać się można tylko na takie, w których w dziedzinach ujętych statystycznie zapewniona jest zarówno jednolitość populacji, jak i jednakowa jakość kryminologiczna¹⁹.

Przeprowadzone przez F. Exnera badania przekrojowe oraz liczne badania późniejsze, np. w dziedzinie karania sprawców pod wpływem alkoholu w ruchu drogowym z lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych²⁰ dowiodły zmiany w stosowaniu rodzaju kar, wymiaru kary oraz pokazały różnice regionalne. Wykazano także tendencję do upraszczania i do zaokrąglonych wyraźnie wymiarów kary²¹. Kontynuowanie takich badań porównawczych w różnych okręgach sądowniczych prowadziło do postulatu, żeby – jeżeli nie można stwierdzić korelacji pomiędzy łagodnym karaniem a znacznym narastaniem przestępczości w jakimś okręgu w porównaniu z bardziej surowym orzeczeniem w innym – następowało upowszechnianie łagodniejszej praktyki karania. Trzeba jeszcze jednak zaznaczyć, że okręgi z surowszym orzecznictwem wykonywały za te z orzecznictwem łagodniejszym także zadania prewencji ogólnej²².

¹⁶ H. Giehring: *Ungleichheiten in der Strafzumessungspraxis und die Strafzumessungslehre – Versuch einer Analyse aus der Sicht eines Strafrechtswissenschaftlers*, [w:] *Strafzumessung, Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog...*(przypis 9), s. 80.

¹⁷ Exner: *op. cit.*, s. 14 i n.

¹⁸ Streng: *op. cit.*, s. 9.

¹⁹ Co do ujednoczenia metod statystycznych patrz: „Recommendations of the Council of Europe” 1975; prócz tego: P. van D y n e: *Backgrounds of Disparity in the Administration of Criminal Law*, [w:] *Eighth Criminological Colloquium...*(przypis 7), s. 5.

²⁰ Zob. H. S c h ö c h: *Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz*, Stuttgart 1973, s. 107 i n.

²¹ Por. W. H e i n z: *Rechtsgleichheit und Rechtsrichtigkeit in der jugendstrafrechtlichen Sanktionspraxis*, [w:] *Grenzen der Sozialwissenschaften*, hrsg. v. H. M ä d i n g, Konstanz 1988, s. 115.

²² Horstkotte: *op. cit.*, s. 282.

III

Ponieważ trzeba się pogodzić z regionalnym zróżnicowaniem, przy czym wiązać się ono może z określonymi zwyczajami w poszczególnych regionach, to jednak dla zainteresowanych jest całkowicie niezadowalające, jeśli w tych samych okręgach sądowniczych występują jaskrawe różnice w wymierzaniu kary w porównywalnych przypadkach.

Tak więc często zależne jest od zwykłego przypadku, który z sędziów zajmie się daną sprawą karną. Orzeczona przezeń kara będzie w dużej mierze wyrazem jego osobowości i w tym sensie będzie całkowicie niezależna od czynu i osoby sprawcy. Zarzut samowoli wydaje się w takim przypadku całkiem usprawiedliwiony, choć osoba, której dotyczy decyzja sędziego, nie ma w myśl obowiązującego prawa żadnej możliwości ponownego zbadania zbyt (jego zdaniem, w porównaniu z podobnymi przypadkami) surowej sankcji, jeśli tylko sędzia podjął decyzję zgodną z przepisami i mieści się w ramach swobod rozstrzygnięcia.

Poza zakresem przedstawiania i analizy sędziowskich dyspozycji ciągle jako otwarte pozostaje pytanie, na ile zachowanie sędziego, także i po rozprawie, ma wpływ na zachowanie skazanego? W tym kontekście prowadzono studia nad nieformalnym i formalnym prowadzeniem postępowania w prawie karnym dla nieletnich na późniejsze sprawowanie się nieletnich lub młodocianych²³.

Jak próbuje pokazać Chr. Pfeiffer w swym badaniu porównawczym dwóch grup sędziów, istnieje potem całkiem wyraźny związek pomiędzy zachowaniem sędziego wobec oskarżonego a jego późniejszym stosunkiem do prawa. Jak pokazują badania Pfeiffera, sędziowie dla nieletnich zachowujący się bezpośrednio i wykazujący podejście indywidualne rzadziej stosują kary pozbawienia wolności. Są oni natomiast otwarci na środki wolnościowe i częściej stosują nieformalne załatwienie postępowania. Nieletni czy młodociany ma w ten sposób otrzymać bodziec do zachowania współdziałającego także i w przyszłości, jeśli chodzi o postępowanie zgodne z prawem²⁴.

Jak należało oczekiwać, w studium tym wyniki badania procentu recydywy są bardziej niż jednoznaczne – w przypadku decyzji podjętych przez sędziów nastawionych na współdziałanie z oskarżonym stwierdza się o wiele niższy procent recydywy niż w przypadku sędziów autorytatywnych, którzy stosowali o wiele częściej karę pozbawienia wolności²⁵. Problematyczne wydaje się jednak, że recydywa daje się wytłumaczyć faktycznie postawą i zachowaniem sędziego w postępowaniu karnym, czy jest to istotna determinanta. Można by wtedy przenosić wnioski wysnute z postępowania wobec nieletnich w określonym zakresie także do postępowania z dorosłymi.

Jeśli jednak uwzględnić, że Pfeiffer nie przeprowadził w swoim studium ścisłego badania empirycznego, a jego wyniki oparte są na obserwacji sędziego, a

²³ Chr. Pfeiffer: *Kriminalprävention im Jugendgerichtsverfahren*, Köln u.a. 1989, wyd. II, s. 235 i n.; W. Heinz: *Gleichheit vor dem Gesetz in der Sanktionspraxis? Empirische Befunde der Sanktionsforschung im Jugendstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland*, [w:] *Kriminologie und Strafrechtspraxis – Tagungsbericht des Kriminologischen Arbeitskreises*, hrsg. v. H. Göppinger, Bd. 7, Tübingen 1990, ss. 171–209 (187 in.).

²⁴ Pfeiffer: *op. cit.*, s. 308 in.

²⁵ *Ibid.*, s. 305 in.

także w jego badaniu nie była reprezentowana całkowita jednolitość klienteli porównywanych grup sędziowskich²⁶, to powstają duże wątpliwości co do przedstawionych w studium monopryczynowych uzasadnień problemu.

Trudno sobie także wyobrazić, że zachowanie sędziego ma mieć tak wielkie oddziaływanie na młodocianych, jak to pokazuje studium. Oczywiście, młody człowiek o nie ustabilizowanej osobowości będzie ulegał wpływowi uznanej za autorytet osoby sędziego, ale uogólnienie tego na większość młodocianych przestępców nie jest uzasadnione.

Jeśli dalej uwzględnić, że właśnie stosunek do prawa może być kształtowany bardziej przez opiekunów społecznych i wychowawców niż przez prawników, to należy żądać, by obok badania zachowania sędziów przeprowadzić w takim samym zakresie badania pracowników sektora społeczno-wychowawczego²⁷.

Dla pracy kryminologa w dziedzinie wymierzania kary z wyników badań korelacji pomiędzy zachowaniem sędziego a procentem recydywy wynika jeszcze jeden interesujący punkt wyjścia do badań. Skoro udowadnia się, że rodzaj sankcji ma wpływ na późniejsze zachowanie skazanego, to jest to nawiązanie do prezentowanej już wcześniej przez niektórych naukowców tezy, że łagodniejsza sankcja oznacza prawdopodobieństwo późniejszego zgodnego z prawem zachowania. Zbytним uproszczeniem byłoby jednak w tym kontekście twierdzenie, że to późniejsze zachowanie skazanego tłumaczy się w sposób miarodajny postawą sędziego i wymiarem kary. Należy tu raczej szukać dalszych źródeł wpływów i analizować je.

Kryminologowi pozostaje w tym zakresie stwierdzenie, że zachowanie sędziego w procesie i zależny od osoby sędziego wybór sankcji mógłby być ewentualnym czynnikiem późniejszej integracji społecznej przestępcy. Powinny też nastąpić dalej idące badania, zwłaszcza uwzględniające pozostałe grupy uczestniczące w procesie resocjalizacji.

IV

W dalszych badaniach, wykraczających poza obserwację nierówności przy orzekaniu kar, udało się wyodrębnić określone wzorce działania w praktyce wymierzania kary. Stwierdza się mianowicie w tej dziedzinie zwiększoną różnorodność zarówno w wyborze rodzaju kary, jak i co do możliwości umorzenia postępowania. Różnorodność ta łączy się ściśle z zasadą kary zindywidualizowanej²⁸.

Natomiast przy rozważaniu wysokości kary sędziowie z reguły postępują według prostych wzorców – włączają przy podejmowaniu decyzji tylko nieliczne

²⁶ W. Heinz – recenzja pracy Chr. Pfeiffera: *Kriminalprävention im Jugendgerichtsverfahren*, „MschrKrim” 1986, 69, s. 60.

²⁷ W pracy Pfeiffera tak jednak nie jest, por. Pfeiffer: *op. cit.*, s. 293 i n.; grupa pracowników społecznych pozostaje raczej jako *black box* i nie można jej podawać jako determinanty sprawdzenia się. Przez to jednak badanie zostało przeprowadzone zbyt skrótowo i w uproszczeniu, trudno na podstawie tak niepewnych wyników pokusić się o jakąś ogólną odpowiedź.

²⁸ H.-J. Albrecht: *Strafzumessung im Vergleich Deutschland und Österreich*, [w:] *Strafzumessung, Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog...*(przypis 9), s. 59 i n.

fakty mające wpływ na wymiar kary, przede wszystkim uprzednią karalność i czynniki związane z czynem. Niewielkie znaczenie mają natomiast cechy osobowości sprawcy, których zbadanie zresztą sprawiłoby sędziemu znaczne trudności²⁹. Decyzje są często zorientowane na bezpośrednie otoczenie decydującego. Powoduje to nieformalne powiązanie z nieformalnym katalogiem kar, w zależności od danego sądu czy danego okręgu sądowego. W tym kontekście badano praktykę zróżnicowania w sądach dla nieletnich. Różnice wynikały nie z różnych cech czynu czy sprawcy, lecz były wynikiem różnych regionalnych zwyczajów³⁰.

Dalszych powodów stosowania takich wzorców wyrokowania należy szukać poza tym w wykształceniu młodych sędziów. Dotychczas nie obciążano ich niemal problemami sankcji i wymierzania kary, a teraz postawieni w sytuacji podejmowania decyzji wydają się skłonni do orientowania się według decyzji starszych, doświadczonych sędziów³¹.

V

W ostatnim czasie spektrum analizowanych problemów badawczych nie ogranicza się już do działającego na zewnątrz wymiaru kary, lecz próbuje określić raczej determinanty praktyki karania oraz faktyczny wpływ określonych faktów na wymiar kary³². Podstawę dalszych badań stanowi także pozycja społeczna i osobowościowa sędziów.

Wyniki badań stosunku do kary u sędziów są po części jednoznaczne – dla osobistego stosunku do kary istotne są w mniejszym stopniu płeć, poziom wykształcenia czy rodzina, bardziej zaś indywidualne nastawienie i orientacja polityczna³³. Zasadniczy wpływ na sposób wymierzania kary wywiera ponadto gotowość sędziego do spełnienia oczekiwań innych instancji, np. stosowania się do praktykowanych w danym sądzie wysokości kar³⁴.

Stwierdzono także systematyczne przecenianie faktów obciążających przy jednoczesnym niedocenianiu faktów łagodzących w toku szeregu eksperymentów (nazywa się to efektem lenistwa lub fenomenem perseweracji), co łączy się z psychicznym przywiązaniem sędziego do własnych decyzji poprzednich³⁵.

²⁹ Por. K.-L. Kunz: *Überlegungen zur Straf bemessung auf erfahrungswissenschaftlicher Grundlage*, [w:] *Entwicklungslinien der Kriminologie*, hrsg. v. G. Kielwein, Köln 1985, s. 34.

³⁰ W. Heinz: *Umsetzung und Wirkung von Strafdrohungen im Gesetz*, [w:] *Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen*, hrsg. v. Th. Reiser, R. Voigt, Baden-Baden 1989, s. 145. Heinz jako najważniejszą determinantę podaje jakość policyjnej sieci rejestracyjnej.

³¹ Streng: *op. cit.*, s. 48 in.

³² Np. u M. Maeka: *Opfer und Strafzumessung – Ein Beitrag zur Systematik und Dogmatik der rechtlichen Strafzumessung*, Stuttgart 1983, s. 3 in. Szuka Maeka odpowiedzi na pytanie, na ile sędzia przy wymiarze kary winien uwzględniać aspekt ofiary.

³³ M. Robert: *Inequalities in Sentencing*, [w:] *Eighth Criminological Colloquium...*(przypis 7), s. 22.

³⁴ M. Oswald, W. Langer: *Versuch eines integrierten Modells zur Strafzumessungsforschung*, [w:] *Strafzumessung, Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog...*(przypis 9), ss. 197–228.

³⁵ B. Schünemann: *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag*, München 1990, s. 52 oraz przypis 112.

Metodologicznie do badania wpływu określonych cech na decyzje wymiaru kary stosowano metodę przypadków fikcyjnych oraz analizę treści realnych wyroków sądowych. Metoda faktów fikcyjnych ma przy tym tę wyższość, że w większym zakresie daje wiedzę o osobistym nastawieniu obserwowanego; poza tym w przeciwieństwie do procesów odgrywanych lub symulowanych jest możliwa ekonomicznie do przeprowadzenia³⁶. Stroną ujemną może być natomiast fakt, że takie z góry określone, oczekujące decyzji, przypadki mogą dać tylko niewystarczające informacje o szczegółach. Nie można uwzględnić atmosfery sali sądowej i procesów interakcji pomiędzy uczestnikami postępowania; brak bezpośrednich wrażeń o osobie obwinionego oraz jego zachowaniu przed sądem. Uważając fikcyjne przypadki za mające wątpliwą wartość, część naukowców odrzuca tę metodę badań – zwłaszcza w dziedzinie ciężkich przestępstw, przy których rozstrzygające jest zachowanie i motywacja decydującego.

W zakresie przestępstw drobniejszych natomiast niebezpieczeństwo sztucznych inscenizacji oceniane jest jako niewielkie, można jednak oczekiwać od metody fikcyjnej wyników dających podstawy do oceny³⁷.

Wśród badaczy empiryków preferuje się jednak raczej analizę realnych rozstrzygnięć sędziowskich na podstawie akt karnych przy pomocy metody analityczno-treściowej. Ta metoda badawcza ujawnia problematykę porównywalności różnych przypadków. Porównywalność taka może istnieć właściwie tylko przy ponownym wymierzaniu kary w postępowaniu stosującym środki prawne oraz w przypadku podwójnego skazania, w pozostałych przypadkach słuszna jest teza, że uwarunkowane przypadkiem różnice wraz ze wzrostem liczby badanych przypadków zmniejszają się, a więc że porównywalność możliwa jest tylko przy bardzo dużej liczbie podobnych przypadków. Dodatkowo realne wyroki konfrontuje się z problemem *black box*, a proces informowania się i podejmowania decyzji jest naukowcowi w dużej mierze nieznanym³⁸. Mimo to realny wyrok odzwierciedla wyniki obiektywne i unika zniekształceń, które mogą wystąpić w metodzie przypadków fikcyjnych przy specjalnych sytuacjach³⁹.

Celem opisanych wyżej badań jest jednak zawsze ogólne zwiększenie jasności (rzeczywistości) wymierzania kary przez sędziów. Pokazanie praktykowi typowych wzorców wyrokowania może przy tym spełnić wiele zadań. Może mieć z jednej strony skutek innowacyjny, unaoczniając sędziemu jego własną niedoskonałość. Ponadto istnieje możliwość tworzenia reguł. Pokazanie pewnych wzorców wyrokowania może służyć jako skala orientacyjna i wywoływać reakcję porównywania lub rozważania własnego zachowania w drodze pewnego rodzaju przyciągania⁴⁰. Stwierdzenie rzeczywistego wpływu faktów na wymiar kary zmierza ponadto do umożliwienia praktyce przy przestępstwach o typowych formach ob-

³⁶ Streng: *op. cit.*, s. 61 i n.

³⁷ H.-J. Albrecht: *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität im Vergleich*, ZStW 1990, 102, s. 9.

³⁸ Albrecht: *Strafzumessung im Vergleich...*, s. 61.

³⁹ Albrecht: *Strafzumessung bei schwerer...*, s. 9; Streng (*op. cit.*, s. 61 i n.) w swoich badaniach preferuje metodę fikcyjnych przypadków.

⁴⁰ Kunz: *op. cit.*, s. 35.

jawowych, by ustaliła pewne typy kar wymierzanych przez sędziów. Tak więc i tą drogą można przyczynić się do ujednoczenia wymierzania kary⁴¹.

Obok przedstawionych wyżej implementacyjnych badań, obserwujących i analizujących, uprawia się w ostatnim czasie w nasilonym stopniu dogmatykę wymiaru kary. Chodzi o stworzenie modelu wymiaru kary, który da praktykowi pomoc orientacyjną przy podejmowaniu decyzji, a zatem również przyczyni się do ujednoczenia praktyki stosowania sankcji. Celem tego kierunku, zorientowanego na „właściwą” karę, jest stworzenie wskazówek działania dla sędziów. Do pomyślenia są także zalecenia dotyczące wymiaru kary, przy czym konieczne jest konkretne przedstawienie cech umożliwiających zaszerogowanie czynu przez sędziego w ramach karnych. Odrzuca się natomiast, spotykana dotąd czasem, pracę przy pomocy pustych formuł, które nie dają się zastosować w praktyce⁴². Nie można przy tym jednak zaniedbywać obowiązku sędziowskiego, jakim jest spełnianie nakazu ustawowego z § 46 ust. 1 zd. 2 StGB, który trudno mu będzie spełnić bez uprzedniego przedstawienia i systematyzacji przez nauki empiryczne⁴³.

Nie udało się dotąd osiągnąć ustalenia jednego modelu wymiaru kary. Podczas gdy jedna część naukowców wychodzi od obecnego także w praktyce modelu odkupienia winy i uważa za cel tworzenia reguł oceny treści winy oraz skali kar, według której dany czyn zależy od ciężaru winy można zakwalifikować⁴⁴, druga faworyzuje model zorientowany na skutki. Według tego drugiego poglądu głównym zadaniem jest ustalenie struktury celowej i zbadanie, jakie rodzaje i wysokości kary nadają się i konieczne są do osiągnięcia danego celu⁴⁵. W związku z nie bardzo jednolitą linią tego kierunku badawczego także i dotychczasowe rezultaty nie są jeszcze zadowalające.

VI

Badania praktyki wymiaru kary koncentrowały się dotąd głównie na osobie sędziego jako podmiotu podejmującego decyzję. Sędzia jest tym, który widziany z zewnątrz podejmuje w postępowaniu głównym decyzję co do rodzaju i wysokości kary. Ale przy bliższym przyjrzeniu się wymierzaniu kary uwidacznia się wielowarstwowy proces większej liczby instancji, przy czym miarodajne decyzje zapoczątkowane są już na początku. Dlatego też nauka w stopniu coraz większym interesuje się postępowaniem początkowym i etapami pośrednimi, tym bardziej że te sprawy tradycyjnie mniej były analizowane i kontrolowane przez orzecznictwo i literaturę niż postępowanie główne.

Już na policji przygotowuje się proces podejmowania decyzji, gdyż to policja sporządza protokół i tym samym włącza w całość procesu interakcyjnego swoje

⁴¹ Heinz: *op. cit.*, s. 116.

⁴² Frisch: *op. cit.*, s. 797.

⁴³ *Ibid.*, s. 378.

⁴⁴ Zob. Giehring: *op. cit.*, s. 86 in.

⁴⁵ *Ibid.*, s. 90 in.

własne decyzje i oceny. W tym kontekście mówi się o władzy definiującej policji. Policijną sieć rejestracji uważa się ponadto za miarodajną determinację zróżnicowanych regionalnie szans oskarżenia i skazywania⁴⁶.

Prokuratura bada z prawnego punktu widzenia dotychczasowe ustalenia i rozstrzyga o wniesieniu oskarżenia. Sprawuje w ten sposób funkcję filtrowania i selekcji. Ponieważ jednak może ona w myśl § 153 i n. k.p.k. umorzyć postępowanie, więc właściwa decyzja znajduje się nie tylko w gestii sędziego, lecz właśnie przede wszystkim prokuratury. Gdy oskarżenie zostanie wniesione, władza śledcza sygnalizuje poprzez wybór formuły oskarżenia określony rodzaj przyszłej kary. Decyzja o ściganiu lub nieściganiu określonych deliktów oddziałuje jednak z kolei na pracę policji i jej gotowość do zajmowania się określonymi czynami⁴⁷. Również w postępowaniu głównym, jak pokazują badania empiryczne, prokuratura ma, mimo niewielkiej roli określonej w prawie procesowym („strzec prawa”), w istocie rzeczy znaczny wpływ. Tu rozwój sytuacji wykazuje wyraźne zbliżenie do procedury anglo-amerykańskiej⁴⁸.

Sędzia ma w postępowaniu karnym za zadanie wyciągnąć wnioski z dotychczasowego przebiegu procesu interakcyjnego, przy czym dane statystyczne pokazują, że sędzia orientuje się według wniosku karnego prokuratury, uważa go za górną granicę wymiaru kary i na ogół za wartość orientacyjną dla umiarkowanego obniżenia sankcji. Przekroczenie wniosku prokuratury niemal się nie zdarza⁴⁹. Toteż uwaga badaczy kieruje się coraz bardziej na ciąg instancji poprzedzający rozprawę główną z udziałem sędziego i na wyjaśnienie zachowania prokuratorskiego⁵⁰. W szczególności wzrasta zainteresowanie takimi przypadkami, które rozstrzygane są poza rozprawą główną już samą decyzją prokuratury, ale które pod względem rzeczowym zalicza się do wymierzania kary.

VII

Szczególny, bardzo ostatnio aktualny, rodzaj przedstawionych wyżej procesów interakcyjnych pomiędzy uczestnikami postępowania stanowią tzw. nieformalne ustalenia procesowe. Przyjmuje się więc, że dziś co czwarte postępowanie główne, przede wszystkim w dziedzinie spraw karnych gospodarczych i związanych z narkotykami, załatwia się na tzw. drodze ugody⁵¹. Zwłaszcza w kręgu

⁴⁶ Por. Heinz: *op. cit.*, s. 145; opierając się na badaniach dotyczących umorzenia postępowania zgodnie z § 45 i 47 JGG [ustawy o nieletnich].

⁴⁷ Oswald, Langer: *op. cit.*, s. 221.

⁴⁸ B. Schünemann: *Daten und Hypothesen zum Rollenspiel zwischen Richter und Staatsanwalt bei der Strafzumessung*, [w:] *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren, Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 35/1, hrsg. v. G. Kaiser, H. Kury, H.-J. Albrecht, Freiburg 1988, s. 277.

⁴⁹ *Ibid.*, s. 276.

⁵⁰ Zob. G. Kaiser: *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Frankfurt/M. 1972, s. 77 i n.; E. Blankenburg, R. Voigt: *Implementation von Gerichtsentscheidungen*, „Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, hrsg. v. W. Maihofer, H. Schelsky, Bd. 11, Opladen 1987, s. 18 i n.

⁵¹ Th. Weigend: *Abgesprochene Gerechtigkeit – Effizienz durch Kooperation im Strafverfahren?* „Juristenzeitung” 1990, s. 774.

prawa anglo-amerykańskiego od dawna, choć tam na zasadzie innych maksym procesowych, normalne i ostatnio także uznane ustawowo są tego rodzaju procesy jako tzw. *plea bargaining*. Można w nich regulować wymiar kary poprzez ustalenia pomiędzy prokuratorem a oskarżonym lub jego obrońcą. Wymienia się często 90% takich *guilty pleas* w całości procesów sądowych, natomiast pełne procesy karne stały się w amerykańskiej praktyce sądowej wręcz rzadkością⁵². W ten sposób oszczędza się obwinionemu przewidzianego prawem postępowania sądowego dotyczącego ustalenia winy – wszyscy uczestnicy procesu mogą pod kierunkiem sędziego uczynić użytek ze swoich prawnie uznanych interesów i ugodzić się co do wymiaru kary, który może być zaakceptowany przez wszystkie strony. Ale tego rodzaju formy negocjowania kar nie pozostały bez krytyki. W tej bowiem „idealnej formie”, z zakończeniem możliwym do zaakceptowania przez wszystkich, negocjacje funkcjonują tylko wtedy, gdy uczestniczą w nich partnerzy jednakowo silni. W praktyce jednak obwiniony znajduje się przeważnie w sytuacji mniej korzystnej: strona przeciwna grozi w przypadku odrzucenia jej oferty *guilty plea*, którą należy uznać za warunek prawny *plea bargaining* podwyższeniem kary, co wobec wysokich kar maksymalnych w Stanach Zjednoczonych nie pozostawia obwinionemu wyboru⁵³. W ten sposób domniemanie niewinności przekształca się prawie w swoje przeciwieństwo, gdyż *plea bargaining* połączona jest z założeniem, że oskarżony jest winien, a przedmiotem pertraktacji jest wyłącznie wysokość kary⁵⁴.

Należy więc już choćby z tego powodu odrzucić przejęcie tego praktykowanego w Ameryce Północnej sposobu postępowania. Także sama forma *guilty plea* jest nie do pogodzenia z zasadami procesowymi przyjętymi w Republice Federalnej i w ogóle w Europie kontynentalnej, gdyż pertraktacje odbywają się w większości przypadków bez udziału sędziego, który zresztą i tak ma w procesie stron niezbyt wielką rolę⁵⁵. W Ameryce to raczej prokurator jest tą osobą, która w drodze niemożliwego praktycznie do zbadania oraz poprzez możliwość zwiększenia lub zmniejszenia kary może wywierać wpływ na obwinionego⁵⁶.

Dalszą cechą ujemną jest wywołana z konieczności przez nieformalne załatwienie nieproporcjonalność winy i kary, ponieważ w toku pertraktacji manipuluje się decyzją o wymiarze kary, sąd ustala karę na niższym poziomie niż proporcjonowanie do winy. Decyzja o sankcji jest wtedy w każdym przypadku „błędna” – jeśli obwiniony mimo *guilty plea* nie popełnił czynu, to kara jest za wysoka, a jeśli natomiast jest winien, to kara jest za niska⁵⁷.

Prócz tego doświadczenia amerykańskie pokazują, że kara oparta na *plea bargaining* traci swe działanie ogólnoprewencyjne. Ogólnie biorąc *plea bargaining* ma w amerykańskiej opinii publicznej jak najgorszą ocenę⁵⁸.

⁵² Th. Weigend: *Absprachen im ausländischen Strafverfahren – eine rechtsvergleichende Untersuchung zu konsensualen Elementen im Strafprozeß*, Freiburg 1990, s. 36.

⁵³ Schünemann: *Absprachen...*, s. 103 i n. Nazywa on system *guilty plea* – „maszyną wymuszania”.

⁵⁴ Weigend: *op. cit.*, s. 68.

⁵⁵ W USA jednak już kwestionowane; por. *ibid.*, s. 46 i n.

⁵⁶ *Ibid.*, s. 36.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 59.

⁵⁸ *Ibid.*, s. 75.

Dyskusyjny jest natomiast fakt, czy w ten sposób należy odrzucać w ogóle postulat jakichkolwiek kontaktów nieformalnych przy ustalaniu wysokości kary. Jeśli mamy idealne wyobrażenie o rozmowach nieformalnych, ułatwiających korzystne w równej mierze dla wszystkich uczestników procesu wymierzenie kary, to można od takiego nieformalnego kontaktu oczekiwać pozytywnego oddziaływania na obwinionego – szansa efektu pedagogicznego i lepsza resocjalizacja poprzez osobisty kontakt z innymi uczestnikami, zwłaszcza z sędzią, co usprawiedliwiłoby forsowanie kontaktów nieformalnych. Obok tego ma miejsce jeszcze przesunięcie akcentu z czynu na osobę sprawcy, co także mogłoby mieć pozytywny wpływ na wymiar kary⁵⁹.

Jednak rzeczywistość nieformalnych rozmów procesowych, podobnie jak na obszarze anglo-amerykańskim, wygląda całkiem inaczej – w ustalaniu wyroku obwiniony wcale nie bierze udziału. *Deal* (ugoda) w wymierzaniu kary podobna jest w istocie rzeczy do groźby – jeśli obwiniony odmówi zgody, to musi liczyć się z najgorszym i nie może oczekiwać jakiegokolwiek przychylności ze strony sądu lub prokuratury⁶⁰. Właściwa decyzja bazuje więc na ugodzie pomiędzy obrońcą a prokuratorem, przy czym stwierdza się pewną przewagę wymiaru sprawiedliwości⁶¹. Poza tym oskarżony, nie biorąc udziału w nieformalnych rozmowach pomiędzy obrońcą i prokuratorem a sędzią, może stanąć w obliczu sankcji, której wymierzenia i uzasadnienia nie jest w stanie pojąć, ale i tak nie będzie miał innego wyboru, jak ją przyjąć. Niezależnie od tego w dużej mierze ignoruje się w tym przypadku uzasadnione życzenia ofiary. W takich okolicznościach, tzn. dla ochrony zarówno oskarżonego, jak i ofiary, wydaje się wręcz nakazem zabronienie nieformalnych pertraktacji procesowych.

Nie można jednak nie dostrzec, że orzecznictwo sądów najwyższych dopuszcza pewne kontakty nieformalne⁶². Dlatego postulat totalnego ich zakazu spowodowałby przeprowadzenie takich rozmów potajemnie, co oznaczałoby dla obwinionego dalsze niekorzystne sytuacje, gdyż nie byłby on w stanie żądać nagrody za swe ewentualne współdziałania⁶³. Dlatego w celu ograniczonego dopuszczenia nieformalnych umów procesowych niezbędna jest przynajmniej pewna formalizacja, lepsza przejrzystość i kontrola dotychczasowej praktyki takich pertraktacji. Postulat taki wynika z ankietowania uczestników postępowania i analizy sprawozdań.

Nie można jednak w świetle obowiązującego prawa karnego procesowego wymagać prawnego zobowiązania wymiaru sprawiedliwości do wstępnych koncesji na rzecz obwinionego, podobnie jak i cofnięcia ich w przypadku niepowodzenia.

⁵⁹ W. Schmidt-Hieber: *Absprachen im Strafprozess – Privileg der Wohlstandskriminellen?* „Neue Juristische Wochenschrift” [dalej cyt. NJW] 1990, s. 1884.

⁶⁰ Weigend: *op. cit.*, s. 778.

⁶¹ B. Schünemann: *Die Verständigung im Strafprozess – Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung?* NJW 1989, s. 1902; *id.*: *Absprachen...*, s. 48.

⁶² Por. BGHSt 36, 210; BGH, NJW 1990, s. 1924.

⁶³ Weigend: *op. cit.*, s. 782.

Pod tym względem system anglo-amerykański daje obwinionemu pewne zabezpieczenia. Sędzia nie jest wprawdzie w myśl prawa amerykańskiego związany zaleceniem co do wymiaru kary, uzyskany w toku rozmów od prokuratury, ale w całym szeregu stanów, częściowo z mocy ustawy, częściowo poprzez orzecznictwo, obowiązuje zasada, że oskarżony może wycofać swoje przyznanie się do winy, jeśli sąd nie dotrzymuje warunków rozmów⁶⁴.

Proces interakcji pomiędzy uczestnikami postępowania jest jednak innowacyjny i potrzebuje innowacji w celu znalezienia optymalnej wysokości sankcji, także i z innych względów. Toteż od przynajmniej dwóch 10-leci myśli się o reformie rozprawy głównej. Jej zasadą główną ma być jej podział na dwie części. Takie rozpatrywanie winy, które oznacza podział rozprawy głównej na część dotyczącą kary, mogłoby przynieść ze sobą znaczną poprawę w dziedzinie wymiaru kary, jak to pokazały empiryczne badania porównawcze. Zajmowały się one mianowicie problemem możliwości realnego stosowania dwupodziału, porównując tę formę z rozprawami tradycyjnymi⁶⁵. Poprzez uprzednie rozpatrzenie problemu czynu należy oczekiwać zintensyfikowania analizy rodzaju i wysokości sankcji, tzn. dłuższego rozpatrywania potem samego wymierzania skutków prawnych. Można poprawić jakość badania osobowości sprawcy, ale także i ochronę osobowości obwinionego. Rozdzielenie postępowania może zapobiec przedwczesnym i zbędnym, ale także i piętnującym sprawcę dywagacjom na temat stosunków osobistych. Poza tym w ten sposób można zlikwidować wpływ ewentualnych uprzedzeń sędziego, jeśli wcześniejsza karalność nie będzie podawana do wiadomości przed orzeczeniem winy.

Stan badań nie jest jednak w tej kwestii jednoznaczny. Podczas gdy D. Dölling⁶⁶ w swym badaniu porównawczym nie był w stanie udokumentować tego założenia, to B. Schunck⁶⁷, kontynuując te badania, stwierdził tendencję, według której podzielenie postępowania na dwa etapy zwiększa neutralność sędziego. Praktyka odrzuca natomiast postulat wprowadzenia uprzedniego badania winy (*Schuldinterlokut*)⁶⁸. Uzasadnia to brakiem możliwości praktycznego podzielenia materiału procesowego na dotyczący winy i dotyczący skutków prawnych oraz problemem konieczności wydłużenia rozprawy głównej. Badania wykazują jednak, że w większości przypadków rozdział taki jest dość sensowny⁶⁹.

⁶⁴ Schünemann: *Absprachen...*, s. 115 oraz przypis 325. W tej pracy (s. 141 i n.) wysunięto propozycję, jak przyszłe prawo powinno traktować nieformalne umowy, przy czym przewiduje się oparcie na prawie hiszpańskim, wprowadzającym ustawowo system *guilty-plea*, oparty nie na procesie stron, lecz na procesie inkwizycyjnym, a zatem opowiedziano się za odejściem od systemu anglo-amerykańskiego.

⁶⁵ Zob. D. Dölling: *Die Zweiteilung der Hauptverhandlung – Eine Erprobung vor Einzelrichtern und Schöffengerichten*, [w:] *Kriminologische Studien*, hrsg. v. F. Schaffstein, H. Schüller-Springorum, Bd. 28, Göttingen 1978, s. 117; B. Schunck: *Die Zweiteilung der Hauptverhandlung – Die Erprobung des informellen Tatinterlokuts bei Strafkamern*, [w:] *Kriminologische Studien*, Bd. 39, s. 72 i n.

⁶⁶ Dölling: *op. cit.*, s. 241.

⁶⁷ Schunck: *op. cit.*, s. 254.

⁶⁸ Dölling: *op. cit.*, s. 4; Schunck: *op. cit.*, s. 3 i n.

⁶⁹ Tak Dölling: *op. cit.*, s. 78 i n., s. 144; Schunck: *op. cit.*, s. 72 i n.

VIII

Ze względu na sprawiedliwość proceduralną, a więc gwoli zachowania pokoju, zasad *fair* i spokoju, a także lepszego uwzględniania interesów ofiary oraz bardziej sensownego stosowania sankcji od lat osiemdziesiątych coraz bardziej wysuwa się na plan pierwszy sprawa wyrównania szkody i ugody sprawcy z ofiarą. Rozważania na ten temat znajdują się obecnie w centrum międzynarodowej dyskusji kryminalno-politycznej. W tym względzie nie pozostał także bezczynny ustawodawca i stworzył w dziedzinie sankcji i wymiaru kary zarówno w prawie dorosłych, jak i dla nieletnich regulacje, które próbują uwzględniać starania sprawcy o osiągnięcie zgody z poszkodowanym poprzez łagodzenie lub odejście od kary (por. § 46 ust. 2 zd. 2 StGB, § 153a StPO i § 102 i n. JGG [prawa karne nieletnich]).

Zadaniem kryminologa jest przeprowadzenie badań oraz informowanie ustawodawcy i praktyki o ich przebiegu i wynikach. I tak na przykład z amerykańskich, angielskich i niemieckich analiz na ten temat z ostatnich 2 lat wynika, że wprawdzie ugoda dotycząca sprawcy i ofiary spełnia funkcję uspokajającą, zwłaszcza w prawie nieletnich, ale z najróżniejszych względów nie może mieć łącznie funkcji większej niż marginalna. Ponadto kryminolog jest w stanie poprzez ankietowanie ludności i ofiar przestępstw uzyskać informacje o ich stosunku do odszkodowań i karania oraz porównać opinię ofiar z innymi ludźmi. Jak wykazały dotychczasowe badania, ofiary ciągle jeszcze przeważnie są poszkodowane mimo wszystkich wysiłków ze strony prawa. Dlatego one, wbrew jurystycznym różnieniom postępowania cywilnego i karnego, szczególnie zainteresowane są tym, by z prawem i sprawiedliwością spotkać się w jednym miejscu łącznie. Odrzucają więc prawnicze zróżnicowanie na sankcjonowanie odszkodowawcze i karnoprawne. Wyniki ankiet pokazują także szeroką akceptację dla sankcji polegających na pracy dla dobra ogólnego lub wniesieniu odszkodowania, a nieakceptowanie kary pozbawienia wolności.

IX

Jeśli wziąć pod uwagę prowadzone w różnych krajach nieraz przez długie 10-lecia wieloletnie prace na rzecz racjonalnego wymiaru kary, to ich wynik początkowo nie wydaje się imponujący. Dotyczy to zarówno badań empirycznych, jak i dogmatyki prawa karnego. Nawet tak wielokrotnie dyskutowane w prawie anglo-amerykańskim i skandynawskim rozwiązania *sentencing* czy *judicial guidelines* nie są zbyt przekonujące i okazują się nie bardzo pomocne dla orzecznictwa kontynentalnoeuropejskiego z jego utrwalonymi regułami wymiaru kary. Jak wykazały obserwacje, praktyk nie bierze pod uwagę dotychczasowych metod dogmatyki wymiaru kary dotyczących ustalania skutków prawnych. Stosuje się metodę raczej tylko po to, by *lege artis* uzasadnić podjętą już uprzednio decyzję⁷⁰. Wskazówki i zalecenia naukowców dla praktyki karnej można więc przy-

⁷⁰ Kunz: *op. cit.*, s. 29.

mować tylko jako nie wiążące dla sędziego osądzającego czyn⁷¹. Winny one służyć podejmującemu decyzję tylko jako pomoc orientacyjna i pozostawiać konieczną swobodę decyzji przy określaniu wysokości kary, w ramach której możliwe jest uwzględnienie cech specyficznych rozpatrywanego przypadku, zwłaszcza względów prewencji ogólnej i dopiero wtedy dokonanie właściwej oceny. Pod tym kątem patrząc, wskazówki do działania mogą stanowić wartościową pomoc dla osób podejmujących decyzję, byłoby jednak błędne przyjęcie faktu, że wyniki badań kryminologicznych znajdujące odbicie w takich wskazówkach można przekształcić bezpośrednio w działania praktyczne. Będą one zmieniane, wzmacniane, neutralizowane lub osłabiane, co wskazuje na to, że pomiędzy nauką a praktyką istnieją pewne bariery ze względu na granicę racjonalności. W każdym razie trzeba bardziej niż dotychczas uwzględniać samodzielność kultury praktyków i nie pouczać ich z pozycji wyższości i krytyki. Chociaż ogólnie biorąc, nie udało się kryminologii opracować całościowego obrazu treści i przebiegu procesu wymierzania kary i potrafiła ona tylko zebrać pewne części i rozjaśniać pewne struktury, to nie wolno nie dostrzegać jej długofalowo działającego wpływu na rodzaj myślenia i wzorce podejmowania decyzji w praktyce. Wzorce uzasadnień pozwalają rozpoznać, że waga wymierzania kary jest dziś odczuwana bardziej, a refleksja przy rozważaniu jest głębsza niż kiedyś. Choć patrząc ponadregionalnie i na płaszczyźnie makro wymiar kary daleki jest dziś od jednolitości, dlatego wymagane jest, by przynajmniej w mikroskali w danym miejscu realizować postulat jednakowego traktowania przez praktykę tego zagadnienia, gdyż intensywność tego postulatu rośnie.

Tak więc zmiany w dialogu pomiędzy badaniem, teorią prawa karnego a praktyką są wyraźnie widoczne. Jeżeli początkowo istniała chęć empirycznego wzbogacenia, przeniknięcia i określenia wymiaru kary, łącznie z nieprzerwaną krytyką nie chcącej się nauczyć praktyki⁷², to obecnie nauka zadowala się ogólnie pokazywaniem struktur wymiaru kary i apelem o samoogzekucję pod adresem praktyki. Widać więc uznanie zróżnicowania i praktyki jako samodzielnej kultury prawnej, choć nie bez ograniczeń. „Kreatywne kształtowanie prawa” bowiem, wychodzące poza określony ustawowo katalog sankcji i ich ramy również i dzisiaj, poddawane będzie krytyce. Ponadto punkt ciężkości badań przesunął się z rozprawy głównej i wyroków karnych na postępowanie wstępne i pośrednie (*Vorverfahren, Zwischenverfahren*). Ono właśnie szczególnie potrzebuje empirycznego rozjaśnienia co do swego zasięgu, znaczenia i niewielkiej liczby regulacji. Podczas gdy dawniej analiza dotyczyła głównie porównywania wysokości kary, obecnie coraz częściej analizuje się wybór sankcji w połączeniu z krytyką sankcji stacjonarnych i popieraniem sankcji alternatywnych, wolnościowych.

Zmiany w spojrzeniu na wymierzanie kary i jej precyzję można propagować posługując się hasłami służącymi analizie tego zagadnienia jako pewien system wywoławczy. W hasłach tych należy uwzględnić skutki wymiaru kary, także nieoczekiwane i niepożądane efekty uboczne, problemy prognozowania niebezpie-

⁷¹ Horstkotte: *op. cit.*, s. 289 i n.

⁷² Por. G. Arzt: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft zwischen Studentenbergen und Publikationsflut*, [w:] *GS für Armin Kaufmann*, Köln u. a. 1989, s. 860 i n.

czeństwa z jego konsekwencjami dla sankcji pozbawiających wolności, jakoś uzasadnień w decyzjach wymiaru kary, konflikt pomiędzy równością a proporcjonalnością oraz konflikt między warunkami sądowo-organizacyjnymi a indywidualno-psychologicznymi i socjologicznymi sędziów.

X

Jeśli kończąc spróbujemy odpowiedzieć na pytanie postawione na początku, czy kryminolodzy mogą wnieść wkład w wymierzanie kary? – to z łatwością dojdziemy do wniosku pozytywnego, choć w niewielkim stopniu. Wkład ten jest skromny, jednak jednocześnie sensowny. Respektuje on bowiem poczucie odpowiedzialności sędziego i coraz bardziej także prokuratora jako nosicieli decyzji, oczywiście niebezgranicznych, gdyż oni także muszą podlegać ocenie z punktu widzenia prawa i skutków swych działań.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Problem der Strafzumessung ist, obwohl seit über einem Jahrhundert beobachtet und von der Wissenschaft analysiert, immer aktuell. Die Fragestellung betrifft das Prinzip der Gleichmäßigkeit und Gleichheit bei der Strafzumessung, aber mit einer Beschränkung. Soweit der Richter über einzelne Fälle, mit Berücksichtigung des Tates und des Täters, zu entscheiden hat, kann er nie eine gleiche Strafzumessung für alle Fälle anwenden. Es wird von der Individualisierung der Strafzumessung erfordert. Bei der Strafzumessung sind zwei hauptsächliche Richtungen erkennbar. Aufgabe der Wissenschaftler ist es, die Vorgänge richterlicher Strafzumessung offenzulegen, oder Forschung nach sog. „richtigen“ Strafzumessung, bei der Annahme, daß nur eine richtige Strafe für jeden Fall existiert. Es wird unterstrichen, daß die empirische Forschung ihren Schwerpunkt bei der ersten Richtung findet. Die Forschung der Strafgleichheiten stößt auf verschiedene Erschwerenisse. Es muß sowohl Homogenität im Bereich der Bevölkerung als auch der Kriminalität bei den vergleichbaren Fällen gewährleistet werden.

Die von verschiedenen Forschern durchgeführten Vergleichsuntersuchungen haben regionale Verschiedenheiten in der Anwendung von Strafarten belegt, sogar grelle Unterschiede in der Strafzumessung in den vergleichbaren Fällen in denselben Gerichtsbezirken. Eine große Rolle kann hier die persönliche Einstellung des Richters im Verfahren spielen. Bei der Forschung der Gleichmäßigkeit der Strafzumessung wird unter den Wissenschaftlern die Analyse der realen Fallentscheidungen präferiert, und nicht die Methode der fiktiven Fälle.

Es werden auch Untersuchungen über Strafzumessungsmodelle durchgeführt. In der Wissenschaft wird auch unterstrichen, daß eine wichtige Rolle für die endgültige Strafzumessung das Vor- und Zwischenverfahren spielt. Es wird auch auf die sog. „informellen Prozeßabsprachen“ mit Anteilnahme des Staatsanwalts und des Verteidigers hingewiesen, was aber zu Unproportionalität von Schuld und Strafe führen könnte. Letztendlich wird der Beitrag der Kriminologen zu der rationalen Strafzumessung als nicht groß, aber bedeutend beurteilt.