

AGNIESZKA KANIA

Z PROBLEMATYKI RETRYBUTYWNEJ ORAZ UTYLITARNEJ SPRAWIEDLIWOŚCI KARANIA

I. WPROWADZENIE

Rozpoznanie istoty sprawiedliwości wzbudza liczne kontrowersje interpretacyjne¹. Nie bez racji podkreśla się więc w piśmiennictwie, że trudno byłoby w istocie wypracować jednoznaczne oraz uniwersalne wyjaśnienie, czym *de facto* jest sprawiedliwość i na czym polega stosowanie się do jej wymagań². Z doktrynalnych rozważań wynika bowiem, że analizowana sprawiedliwość uzyskuje nierzadko status symbolu, „poręczającego za dobre zamiary lub wyrażającego zakładany konsens”³. Ponadto zakresowa nieostrość objaśnianej sprawiedliwości przesądza również o tym, że jej analiza pozostaje każdorazowo narażona na szczególne, „semantyczne nadużycia”⁴.

Pomimo zasygnalizowanych trudności interpretacyjnych, należy jednak w tym miejscu stwierdzić, że w ramach filozoficznoprawnej refleksji nad problematyką sprawiedliwości nie zabrakło również konkretnych oraz zwięzłych ujęć tego pojęcia. Już bowiem w starożytnej myśli Platonińskiej można odnaleźć stwierdzenie, że sens wspomnianej wartości – pojmowanej jako cnota i mą-

¹ O pojęciu, jak również sposobach pojmowania sprawiedliwości zob. m.in. Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, Warszawa 2011, s. 79; Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992, s. 18; K. Ajdukiewicz, *Język i poznanie*, t. 1, Warszawa 1960, s. 365; J. Karp, *Sprawiedliwość społeczna. Szkice ze współczesnej teorii konstytucjonalizmu i praktyki polskiego prawa ustrojowego*, Kraków 2004, s. 69; M. Zalewska, *Racjonalne koncepcje sprawiedliwości w ocenie Hansa Kelsena*, w: B. Wojciechowski, M.J. Golecki (red.), *Rozdroża sprawiedliwości we współczesnej myśli filozoficznoprawnej*, Toruń 2008, s. 53 i n.; T. Orczykowski, *Szkoła psychologiczna w prawie*, Toruń 2007, s. 56–57; S.J. Karolak, *Sprawiedliwość. Sens prawa. Eseje*, Kraków 2005, s. 9.

² M. Łoś-Bobińska, *Zasady wymiaru sprawiedliwości w świetle badań ankietowych*, „Etyka” 1968, nr 3, s. 162; por także T. Kaczmarek, *Sędziowski wymiar kary w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w świetle badań ankietowych*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1972, s. 70–71; A. Perelman, *O sprawiedliwości*, tłum. W. Bieńkowska, Warszawa 1959, s. 22; M. Szerer, *Problematyka społecznego oddziaływania kary*, „Państwo i Prawo” 1974, z. 5, s. 19. W prezentowanej wypowiedzi autor jednocześnie zaznaczył, że: „[...] słynne cyceronowe sformułowanie, że *iustitia suum cuique distribuit*, okazuje się zwodnicze, bo jak przydzielać każdemu, co mu się należy, skoro nie wiadomo właśnie, co się komu należy”.

³ B. Janiszewski, „Sprawiedliwość” kary. Rozważania w świetle prawnych podstaw jej wymiaru, w: A.J. Szwarc (red.), *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka*, Poznań 1999, s. 169.

⁴ J. Winczorek, *Sprawiedliwość jako przedmiot badań i jako problem w socjologii prawa*, w: B. Wojciechowski, M.J. Golecki (red.), op. cit., s. 36.

drość – sprowadza się w istocie do tego, aby: „[...] każdy miał to, co jest jego własnością i robił to, co do niego należy”⁵. Celem zaś immanentnie powiązanej ze sprawiedliwością – sprawiedliwej kary – było, jak przekonywał antyczny filozof: „[...] uczynienie lepszym tego, kto ją znosi, a zatem przyniesienie mu korzyści, albo stanie się przestrożą dla innych, by ci widząc takie cierpienia z obawy stawali się lepsi”⁶. Do przedstawionej powyżej *sui generis* definicji nawiązywała również formuła sprawiedliwości, którą zaproponował Ulpian, kwalifikując tę ostatnią jako stałą oraz niezmienną wolę przyznawania każdemu należnego mu prawa⁷. Z kolei dla Cycerona *iustitia* uosabiała najwyższą cnotę, wyróżnioną obok roztropności, męstwa i powściągliwości, której wyekstrahowanie wynikało z powszechnej użyteczności i zapewnienia każdemu poczucia jego osobistej wartości⁸. Podobną – równie doniosłą wartość – przypisał sprawiedliwości Arystoteles, który utożsamiał ją nie tylko z „największą cnotą”, lecz także z „doskonałością etyczną”, traktując tym samym wszelkie przejawy niesprawiedliwości w kategoriach „wad etycznych”⁹.

Podejmowanie dalszych starań przybliżających sens analizowanego pojęcia dostrzega się również w pracach myślicieli późniejszych epok¹⁰. Spośród najbardziej interesujących ujęć warto odwołać się m.in. do słów twórcy koncepcji trójpodziału władzy – Monteskiusza, dla którego sprawiedliwość stanowiła: „[...] wykładnik realnego stosunku między dwiema rzeczami”¹¹. Z kolei w poglądach Kanta, sens sprawiedliwości sprowadzał się do imperatywu kategorycznego, głoszącego: „[...] postępuj zawsze tak, jak byś chciał, żeby postępowali twoi bliźni, według takiej maksymy, dzięki której chcesz, aby stała się powszechnym prawem”¹². W jeszcze zaś innym ujęciu przekonywano, że sprawiedliwość należy utożsamiać z bezstronnością, której deontologiczne założenia miały stanowić przeciwwagę dla teorii użytecznej, eksponującej zasadę

⁵ S. Zabłocki, *Pojęcie sprawiedliwości w myśli etycznej i penologicznej Bronisława Wróblewskiego*, w: A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Ius et lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002, s. 90.

⁶ J. Warylewski, *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*, Gdańsk 2007, s. 35; J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914, s. 36.

⁷ A. Plisecka, *Definicja sprawiedliwości w filozofii Cycerona i w prawie rzymskim*, „*Studia Iuridica*” 40, 2002, s. 131.

⁸ Cyceon twierdził, że: „Albowiem bez sprawiedliwości świat straciłby zupełnie swą wartość i nie byłoby miejsca dla pozostałych cnót, tak iż działałyby się jeno same morderstwa, podpalenia, zdrady, krzywdy i inne nieszczęścia znacznie gorsze niż te, które dotyczą nas dzisiaj; a przez nie świat nieuniknienie musiałby zginąć”; cyt. za: *ibidem*, s. 132.

⁹ M. Augustyniak, *Sprawiedliwość w myśli Arystotelesa*, w: B. Kruszewska, P. Polaczuk, L. Świto (red.), *Sprawiedliwość. Wybrane koncepcje*, Olsztyn 2010, s. 5; J. Warylewski, *op. cit.*, s. 36.

¹⁰ Antyczni Grecy oddawali cześć „Sprawiedliwości” pod dwiema postaciami. Uosabiała ją Temida, symbolizująca czystość oraz stanowiąca: „[...] wskazówkę, że nigdy nie ustąpiła przed złoczyńcami, nigdy nie ugięła się przed zgrabną mową, modlitwą, błaganiem, zawrożeniem ani niczym w tym rodzaju”, oraz Astrea, która, zgodnie z dawnymi wierzeniami, opuściła ziemski padół i udała się do niebios, jaśniejąc obecnie jako konstelacja Panny. Natomiast starożytni Rzymianie czcili „Sprawiedliwość” w dwóch bóstwach, nazywanych Iustitia oraz Aequitas. M. Jońca, *Jak powinna wyglądać Sprawiedliwość?*, „*Edukacja Prawnicza*” 2009, nr 11, s. 33–34.

¹¹ S. Zabłocki, *op. cit.*, s. 90.

¹² *Ibidem*, s. 90-91.

maksymalizacji dóbr¹³. W ostatnim z zaprezentowanych stanowisk podkreślano jednocześnie ponadczasowy charakter analizowanego pojęcia, napominając w konsekwencji, że tak: „Jak prawda w systemach wiedzy, tak sprawiedliwość jest pierwszą cnotą społecznych instytucji”¹⁴.

Ponadto dla definicyjnych rozważań poświęconych objaśnieniu „sprawiedliwości” znamienne okazało się również filozoficzne przeświadczenie Gustava Radbrucha, argumentującego, że idea prawa nie powinno pozostawać nic innego, niż sprawiedliwość¹⁵. Zasygnalizowana w ten sposób ścisła relacja – akcentująca powiązania, zachodzące pomiędzy prawem a sprawiedliwością¹⁶ – nakazywałaby zatem przyjąć, że rozwiązania normatywne powinny stanowić odzwierciedlenie sformalizowanej oraz zinstytucjonalizowanej sprawiedliwości¹⁷. W istotę zaprezentowanego stanowiska wpisywały się zatem słowa, że: „[...] prawo bez sprawiedliwości byłoby martwym wrakiem. Owszem, można sobie wyobrazić takie prawo: Byłby to zespół reguł technicznych obliczonych na zdyscyplinowanie społeczeństwa jako swoista tresura”¹⁸. W świetle powyższego ujęcia sprawiedliwość uzyskała więc przymiot „naczelnej wartości prawa”¹⁹, nawiązując w konsekwencji do samej etymologii wspomnianych pojęć. Łacińskie słowo *ius*, oznaczające prawo, pozostaje bowiem w bliskim pokrewieństwie z określeniem *iustitia*, tłumaczonym jako „sprawiedliwość”. Jurydyczne tło sprawiedliwości sugerowałoby tym samym, że sprawiedliwość należy łączyć czy wręcz utożsamiać z prawem – z nadaną mu treścią, jak również z kwestią jego przestrzegania bądź nieszanowania²⁰. Ekspozując wspomnianą zależność językową, w doktrynie przedmiotu zaproponowano wyróżnienie jeszcze innych powiązań (funkcjonalno-ideologicznych), zachodzących

¹³ Warto w tym miejscu podkreślić, że główne założenia „sprawiedliwości” J. Rawls prezentował na płaszczyźnie umowy społecznej, którą określał mianem sytuacji hipotetycznej, pierwotnej, oddającej sens stanu natury. Z kolei do elementów konstruujących sytuację pierwotną autor ten zaliczył: zasłonę niewiedzy (partnerzy umowy społecznej nie wiedzieli bowiem o swoim miejscu w społeczeństwie, pozycji ani statusie), osoby hipotetyczne (które znamionowało posiadanie ogólnej wiedzy, racjonalność, plany życiowe, wolność) oraz otoczenie sprawiedliwości (warunki życiowe, z których wynika, że współpraca międzyludzka jest możliwa i konieczna); krytycznie o założeniach wymienionej teorii – O. Höffe; S. Lis, *Otfrieda Höffego teoria sprawiedliwości*, Tarnobrzeg 2008, s. 55 i n.

¹⁴ S. Zabłocki, op. cit., s. 91.

¹⁵ G. Radbruch, *Zarys filozofii prawa*, Warszawa–Kraków 1938, s. 41. Nie bez znaczenia pozostaje również przekonanie Stagiryty, który stwierdził, że o sprawiedliwości „można mówić tam, gdzie wzajemne stosunki między ludźmi unormowane są przez jakieś prawo, prawo zaś istnieje wśród ludzi, wśród których możliwa jest niesprawiedliwość; bo wyrok sądu jest rozstrzygnięciem, co jest sprawiedliwe, a co niesprawiedliwe”. Cyt za: J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, tłum. Ł. Słoniowski, Kraków 2006, s. 47.

¹⁶ W ocenie H. Rota problematyka relacji zachodzących między pojęciem sprawiedliwości a pojęciem prawa jest w istocie tak „stara jak świat, zawsze pasjonująca i wciąż ważka społecznie”, idem, *Elementy teorii prawa*, Wrocław 1992, s. 159.

¹⁷ F. Ciepły, *Sprawiedliwość karania a prawo łaski – uwagi krytyczne*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2008, nr 3, s. 34.

¹⁸ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 127.

¹⁹ R.A. Tokarczyk, *Sprawiedliwość jako naczelna wartość prawa*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 6, s. 3–4.

²⁰ S.J. Karolak, op. cit., s. 10.

pomiędzy wymienionymi pojęciami (prawo–sprawiedliwość), które jeszcze bardziej sugestywnie przekonywały o bliskiej relacji czy wręcz o ich wzajemnym sprzężeniu²¹. Z drugiej jednak strony – o czym warto również wspomnieć – w piśmiennictwie starano się zwrócić uwagę na pewne niebezpieczeństwo wiążące się z bezrefleksyjnym utożsamianiem prawa ze sprawiedliwością. Nie zaprzeczając doniosłości wysuwanej w literaturze tezie, akcentującej związek prawa ze sprawiedliwością, trzeba bowiem stwierdzić, że nie każde prawo jest zdolne do realizacji sprawiedliwości. Podnosząc wskazany problem, stwierdzono, że zdolne do tego okazywało się jedynie prawo korelujące z aprobowanymi wartościami o charakterze aksjologicznym (moralnym)²². Z perspektywy historycznej przytoczona wypowiedź znajduje zaś niewątpliwie wymowne odzwierciedlenie w „zachwianym” zaufaniu do prawa stanowionego, m.in. w okresie totalitaryzmu oraz komunizmu²³.

Zaprezentowane poglądy utwierdzają niewątpliwie w przekonaniu, że próba zdefiniowania sprawiedliwości stanowi jedno z najbardziej intrygujących wyzwań współczesności. Dostrzegając relewantność tego zadania nie sposób byłoby jednak rozproszyć podejrzeń, iż próba konstruowania ścisłych, podręcznikowych definicji sprawiedliwości jest nie tylko skazana na niepowodzenie, lecz także raziłaby swoją arbitralnością²⁴.

II. RETRYBUTYWNE ORAZ UTYLITARNE UJĘCIE SPRAWIEDLIWOŚCI KARANIA

Rozważając ideę sprawiedliwości na tle retrybtywnej oraz utylitarnej teorii kary, należałoby w pierwszej kolejności przypomnieć słowa Edmunda Krzemuńskiego, który – podkreślając szczególne znaczenie zasady sprawiedliwości na

²¹ R.A. Tokarczyk, *Sprawiedliwość...*, s. 3–4. Autor wskazał zatem nie tylko na powiązania treściowe pomiędzy cytowanymi terminami, ale również zwrócił uwagę na powiązania o charakterze funkcjonalnym, dostrzegając realizację sprawiedliwości przez prawo; idem, *Filozofia prawa*, Lublin 2001, s. 211.

²² Ibidem.

²³ Słusznie zauważył zatem J. Laskowski, że utożsamienie sprawiedliwości z prawem okazać się może błędne oraz niebezpieczne. Autor ten stwierdził bowiem, że: „Wiadomo, że można tworzyć prawa zarówno sprawiedliwe, jak i niesprawiedliwe. Kiedy mamy do czynienia z prawem niesprawiedliwym, wtedy przestrzeganie zasad prawa będzie niesprawiedliwością”. Zob. idem, *Sprawiedliwość a prawo*, w: B. Czech (red.), *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa. Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 11 i 12 czerwca 1991 roku w Katowicach*, Katowice 1992, s. 134; J. Zajadło, *Gustaw Radbruch i antynomie współczesnej filozofii prawa*, „Colloquia Communia” 1988–1989, nr 6, s. 63–75. Zob. także A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 13–15; J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001, s. 105 i n.; idem, *Dziedzictwo przeszłości. Gustaw Radbruch: portret filozofa, prawnika, polityka i humanisty*, Gdańsk 2007, s. 206 i n.; idem, *Formuła Radbrucha a paradygmat niepozytywistycznej teorii prawa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2000, s. 687 i n.; R. Alexy, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg–Göttingen 1993, s. 4.

²⁴ M. Łoś-Bobińska, op. cit., s. 177.

plaszczyźnie prawnokarnej – nie bez racji napominał, iż naród, który raz od niej odstąpi, nie będzie przestrzegał tej najważniejszej reguły sądenia także w przyszłości²⁵. Poglębiając karnistyczną refleksję nad tytułową problematyką, należałoby przede wszystkim odwołać się do dwóch wielkich tradycji sprawiedliwościowych: 1) teorii nawiązujących do założeń prawa naturalnego oraz 2) teorii utylitarnych, utożsamiających istotę sprawiedliwości z dążeniem do zapewnienia szczęśliwego bytowania całemu społeczeństwu²⁶. Zasadnicza różnica między wspomnianymi teoriami sprowadzała się zaś do tego, że o ile pierwsza z nich dostrzegała uzasadnienie kary w popełnionym przez sprawcę przestępstwie, o tyle druga usprawiedliwiała jej zastosowanie koniecznością zapobieżenia zachowaniom niezgodnym z prawem. Innymi słowy, zasygnalizowaną powyżej dychotomię, w pewnym uproszczeniu, odzwierciedlał w istocie *sui generis* „kazus Temidy”, nakazujący rozstrzygnąć, czy mityczna bogini sprawiedliwości, wyważająca na jednej szali ciężar przestępstwa, na drugiej – dolegliwość zawartą w karze, powinna mieć opaskę na oczach, aby nie widzieć, kogo karze i w jakich okolicznościach zewnętrznych, czy wręcz przeciwnie: powinna mieć oczy szeroko otwarte i patrzeć uważnie w przeszłość²⁷.

Przechodząc do *meritum* podjętej problematyki, za reprezentatywną dla pierwszej z zasygnalizowanych powyżej teorii sprawiedliwościowych uznano koncepcję retrybutywną, która będąc przykładem bezwzględnej teorii kary,

²⁵ E. Krzymuski: *Teoryja karna Kanta. Ze stanowiska jego ogólnej nauki o rozumie praktycznym*, w: *Rozprawy i sprawozdania z posiedzeń Wydziału Historyczno-Filozoficznego Akademii Umiejętności*, t. 16, Kraków 1882, s. 287. W prowadzonych w literaturze karnistycznej rozważaniach zwrócono ponadto uwagę na relację zachodzącą pomiędzy ideą sprawiedliwości a miłosierdzia. Zob. m.in. F. Ciepły, *Sprawiedliwość karania a prawo łaski...*, s. 35 i 41. Dlatego należałoby zaproponować zgoła odmienną interpretację wzajemnych sprzężeń zachodzących pomiędzy zaakcentowanymi wartościami moralnymi. Stosowne rozwiązanie przedstawionego zagadnienia miałyby zapewnić odżegnanie się od traktowania „bilateralnych relacji” wskazanych wartości w kategoriach konfliktu, co tym samym skutkowałoby zastąpieniem omawianej zależności koncepcją hierarchizacji wartości (koordynacji). T. Ślipko, *Zarys etyki ogólnej*, Kraków 2002, s. 235–237; zob. także P. Rogoziński, *Instytucja ulaskawienia w prawie polskim*, Warszawa 2009, s. 47–57. Odmienne natomiast na ten temat wypowiedział się B. Janiszewski, *Humanitaryzm jako zasada sądowego wymiaru kary*, w: idem (red.), *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi*, Poznań 2004, s. 88; A. Grześkowiak, *Funkcje kary w świetle projektów zmian kodeksu karnego*, w: A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), op. cit., s. 47–48; autorka jednocześnie zwróciła uwagę, że: „Źródłem sprawiedliwości karnej winna być przyrodzona godność człowieka i szacunek dla każdej ludzkiej istoty”. Zob. też A. Kaufmann, *Über Gerechtigkeit*, Köln–Berlin–Bonn–München 1993, s. 39.

²⁶ Wśród przedstawicieli pierwszej z wyróżnionych teorii należy wymienić zwłaszcza: Platona, Arystotelesa, św. Tomasza z Akwinu, jak również H. Grocjusza, S. Puffendorfa, T. Hobbesa, G.W.F. Hegla oraz I. Kanta. Z kolei do reprezentantów drugiej z wymienionych teorii należeli m.in.: J. Bentham i J.S. Mill. Powyższe rozróżnienie uzupełnia wyodrębnienie trzeciej teorii sprawiedliwościowej – prawnopozytywistycznej, która za sprawiedliwe traktowała wyłącznie to, co zostało uzgodnione przez obywateli w ramach zawartej umowy, a następnie zapisane w prawie pozytywnym stanowionym. Za takim ujęciem sprawiedliwości opowiedzieli się m.in.: J. Austin, H. Kelsen i H. Hart. Zob. Z. Kieliszek, *Państwo sprawiedliwe według Immanuela Kanta*, w: B. Kruszewska, P. Polaczuk, L. Świto (red.), op. cit., s. 44; M.A. Krapiec *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1993, s. 48 i n.; U. Steinvorh, *Sprawiedliwość*, w: E. Martens, H. Schnädelbach (red.), *Filozofia. Podstawowe pytania*, tłum. K. Krzemieniowa, Warszawa 1995, s. 340–341.

²⁷ A. Zoll, *Wina i kara*, „Nauka” 2004, nr 1, s. 39.

akcentowała równie bezwyjątkową konieczność urzeczywistnienia równowagi pomiędzy winą sprawcy i wymierzoną wobec niego karą²⁸. Warto przy tym nadmienić, że przywracanie wspomnianej równowagi zostało przez poszczególnych przedstawicieli retributywizmu zinterpretowane w odmienny sposób. Dla Immanuela Kanta posiadało ono wyraźny moralny charakter, dla Georga W.F. Hegla – logiczno-dialektyczny, dla Friedricha Stahla – religijny, dla Johanna Herbarta – estetyczny, a z kolei dla Karla Bindinga – prawny. Wspólnym natomiast punktem odniesienia zasygnalizowanych uzasadnień retributywizmu okazywało się wyraźne zaakceptowanie założenia wskazującego, że naruszony fundament porządku prawnego powinien zostać odbudowany, nawet wówczas, gdy w końcowym rezultacie nie zostałyby osiągnięty żaden pozytywny efekt, oceniany z perspektywy jednostkowej bądź społecznej.

Blizszą charakterystykę głównych tez retributywizmu należałoby niewątpliwie poprzedzić próbą wyjaśnienia niniejszego terminu. W doktrynalnych rozważaniach zwrócono uwagę, że łacińskie słowo *retribuere* tłumaczono najczęściej jako: „zapłatę, splate, zwrot należności, rekompensatę” czy wreszcie „wyrównanie/nagrodę, związaną z czymś zachowaniem”. Z etymologicznego punktu widzenia wynikało zatem, że objaśniany termin posiadał prywatnoprawne konotacje i – w konsekwencji – początkowo jego sens wiązano z cywilnoprawnym długiem lub zobowiązaniem podatkowym²⁹. Dopiero w późniejszym okresie retribucję zaczęto odnosić do odpłaty – dobrem za dobro lub złem za zło, wzbudzając w ten sposób już pewne asocjacje natury penalnej. Podstawową zaś regułą, dyktującą retributywny wymiar kary, była surowa zasada *ius talionis*, zgodnie z którą, orzeczona kara powinna swoją dolegliwością odpowiadać wymiarowi zła, jakiego dopuścił się sprawca przestępstwa. Zaakcentowane w ten sposób, *stricte* odwetowe „przetaryfikowanie” wspomnianego „zła” na rodzaj oraz rozmiar sankcji spowodowało, że przeciwnicy twardej zasady retribucji określali ją nierzadko mianem idei, zawierającej w sobie: „wylewanie tępej złości”, „wynik animalnych instynktów ludzkiej natury”, „pierwiastek fideistyczny”, „mściwe odczuwanie”, „zakorzeniony przedcywilizacyjny i niewyznawany dziś już instynkt”, „atawizm”, „prymitywizm i barbarzyństwo”. Natomiast reprezentantów idei kary odwetowej, jak egzemplifikowano w doktrynie, nazywano najczęściej ludźmi „mściwymi”, „zacofanymi”, w najlepszym układzie „zaleknionymi”³⁰.

²⁸ Nie bez racji podniesiono przy tym w piśmiennictwie, iż *locus classicus* teorii sprawiedliwości, a co za tym idzie – jednej z dwóch zasadniczych koncepcji sprawiedliwej kary, stanowi zawarte w V księdze Arystotelesowskiej *Etyki Nikomachejskiej* wyróżnienie sprawiedliwości retributywnej oraz dystrybutywnej. Zob. także W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1988, s. 46; W. Zalewski, *O pojmowaniu sprawiedliwości w prawie karnym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 14, 2005, s. 1104. Zob. także A. Kaufmann, op. cit., s. 42–43; I. Hayduk-Hawrylak, *Sprawiedliwej kary conditio sine qua non*, w: J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, Warszawa 2009, s. 110–111 i lit. tam podana.

²⁹ F. Cieply, *O dowartościowanie retributywnej racjonalizacji kary*, w: A. Dębiński et al. (red.), *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak*, Lublin 2006, s. 232.

³⁰ F. Cieply, *O dowartościowanie...*, s. 232-234.

Dla wyodrębnienia dalszych, a przy tym podbudowanych stosowną argumentacją teoretyczną, założeń idei retrybutywnej szczególnie doniosły pozostaje dorobek naukowy Kanta³¹. Analiza wybranych pozycji filozoficznych wspomnianego autora pozwoliła bowiem na sformułowanie trzech, wzajemnie powiązanych ze sobą tez, odnoszących się do retrybutywnego sensu karania. Stosownego zaakcentowania wymagały następujące założenia: 1) kara znajduje usprawiedliwienie tylko wówczas, gdy jest zasłużona, 2) kara uzyskuje przymiot zasłużonej jedynie wtedy, gdy ukarany wyrządził zło z wolnej woli, 3) surowość zasłużonej kary jest równa ciężarowi przestępstwa³². Ideologia karna Kanta akcentowała więc, że podstawową oraz zasadniczą regułą, kształtującą rodzaj oraz wysokość wymierzanej kary, stanowi wspomniane *ius talionis*. Jednocześnie należy zaznaczyć, że istotną oraz nieprzemijającą wartością teorii filozofa było również wyeksponowanie w niej winy, jako granicy karania³³. Powyższe założenia uzupełniało zresztą słynne Kantowskie przekonanie o potrzebie ukarania ostatniego żyjącego na wyspie przestępcy w imię bezwzględnie pojmowanej sprawiedliwości. W myśl łacińskiej maksymy, *Fiat iustitia, pereat mundus*³⁴, Kant stwierdzał bowiem, że: „Gdyby nawet społeczność obywatelska miała się rozwiązać, bo tak postanowili jej członkowie [...], to odsiadujący więzienie morderca musi zostać stracony, zanim to nastąpi, tak aby każdy odczuć mógł wagę jego zbrodniczych czynów i by zmyta została krew, która splamiłaby cały lud, gdyby odstąpiono od wykonania kary. W przeciwnym razie lud byłby współwinny tej publicznej obrazy sprawiedliwości”³⁵.

W tym miejscu należy także podkreślić, że – wyróżniony w Kantowskim modelu retrybutywizmu – odwet posiadał charakter formalny. W ten bowiem sposób starano się zaznaczyć, że postulowany ideał karnej wzajemności okazywał się niekiedy bardzo trudny do zrealizowania w praktyce, skoro nie zawsze było możliwe „odtworzenie” lustrzanego odbicia materialnoprawnych znamion przestępstwa w następstwie wymierzanej kary³⁶. O konieczności zachowania odstępstwa od bezwzględnego przestrzegania zasady głoszącej, iż przestępcę należy potraktować w taki sam sposób, w jaki on postąpił, łamiąc obowiązujące regulacje prawne, przekonywał także inny reprezentant retrybutywnej teorii kary – Hegel. Interpretacja dzieł wymienionego filozofa utwierdzała również w przeświadczeniu, że bezwzględne egzekwowanie reguły „to samo

³¹ A. Kaufmann, op. cit., s. 42; M. Piechowiak, *W poszukiwaniu ontologicznych podstaw prawa. Arthura Kaufmanna teoria sprawiedliwości*, Warszawa–Poznań 1992, s. 48–49; Ch. Perelman, op. cit., s. 208 i n.

³² M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005, s. 81.

³³ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 238. Autor jednocześnie zwrócił uwagę, że walor czysto teoretyczny posiadała abstrakcyjna koncepcja Hegla, traktująca karę dialektycznie jako negację przestępstwa, przywracającą ideę prawa.

³⁴ K. Kuźmicz, *Teoria karna Immanuela Kanta w poglądach Edmunda Krzymuskiego*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 4, 2006, s. 81.

³⁵ I. Kant, *Metafizyka moralności*, tłum. E. Nowak, Warszawa 2005, s. 181.

³⁶ M. Chmieliński, *Prewencja czy retribucja? Artykuł 53 kodeksu karnego w świetle koncepcji penologicznej Immanuela Kanta*, w: J. Miklaszewska, P. Spryszak (red.), *Kant wobec problemów współczesnego świata*, Kraków 2006, s. 146.

za to samo” (*Gleiches mit Gleichem*) nie zawsze było realnie osiągalne. Nie bez cienia ironii egzemplifikował on, że kara, postrzegana jako tradycyjny odwet, może – w określonych przypadkach – razić wręcz swoją absurdalnością. Ujmując nieco lapidarnie, wspomniany filozof stwierdził, że trudno byłoby odnaleźć jakiegokolwiek uzasadnienie stosowania retrybucyjnej formuły „oko za oko”, „zab za zab”, zwłaszcza w sytuacji, gdyby przestępca okazał się osobą bezzębną bądź ślepa³⁷.

Odnosząc się z kolei do utylitarnych postulatów karania sprawców przestępstw, należałoby w pierwszej kolejności zwrócić uwagę, że w ujęciu tym zaproponowano trzy główne strategie oddziaływania: prewencję specjalną, reedukację oraz prewencję ogólną. W odróżnieniu od retribucyjizmu wspomniany utylitaryzm powierzył sankcji kryminalnej zasadniczą rolę w osiągnięciu korzystnych rezultatów, osiąganych w ramach procesu karania³⁸. Spodziewane efekty wiązano przy tym z zapobieganiem przestępczości, nie tylko w wymiarze jednostkowym, przez „uzdrawiający” wpływ na psychikę sprawcy, lecz także w aspekcie ogólnospołecznym, w drodze negatywno- bądź pozytywnoprewencyjnego oddziaływania. Wyróżnione powyżej trzy zasadnicze cele prewencyjne nie uzyskały przy tym jednogłośnie akceptacji w doktrynie. Kontestatorzy utylitarnych teorii kary podnosili konsekwentnie, że wymienione założenia wzbudzają wiele kontrowersji o charakterze merytorycznym. W odniesieniu do celu szczególnoprewencyjnego zwracano uwagę, że jego zaaprobowanie byłoby równoznaczne w skutkach z oderwaniem surowości kary od stopnia winy. W wysuwanej argumentacji podnoszono bowiem, że znajdujące się w centralnym punkcie prewencji indywidualnej dążenie do zapobieżenia kolejnemu przestępstwu przez ukaranego sprawcę nie jest jednoznacznie: „[...] sprzężone ze stopniem zawinienia przy popełnieniu danego przestępstwa”³⁹. Ponadto, od krytycznych uwag – których pojawienie się wynikało przede wszystkim ze sceptycznej oceny samej możliwości rehabilitacji sprawcy – nie były również wolne indywidualnoprewencyjnie zabarwione propozycje utylitarystów, domagających się zastąpienia karania określonym procesem terapeutycznym.

Zgłaszane zastrzeżenia nie ominęły również wspomnianych celów o charakterze ogólnoprewencyjnym. Odwołując się do głównych założeń prewencji ogólnej negatywnej⁴⁰, podniesiono, że jej naczelne przesłanie, prokla-

³⁷ J.G. Murphy, *Trzy pomyłki dotyczące retribucyjizmu*, w: J. Hołówka (red.), *Filozofia moralności: wino, kara, wybaczenie*, Warszawa 2000, s. 243–244.

³⁸ E. Klimowicz, *Utylitaryzm*, w: *Słownik pojęć filozoficznych*, red. W. Krajewski, Warszawa 1996, s. 205–206.

³⁹ W. Sadurski, op. cit., s. 258 i n.

⁴⁰ Na temat negatywnej prewencji ogólnej oraz czołowego jej przedstawiciela P.J.A. Feuerbacha zob. w szczególności: D. Janicka, *Nauka o winie i karze w dziejach klasycznej szkoły prawa karnego w Niemczech w I połowie XIX w.*, Toruń 1998, s. 211; K. Buchała, A. Zoll, *W stu pięćdziesięciolecie śmierci Paula Johanna Anselma von Feuerbacha*, „Państwo i Prawo” 1983, z. 12, s. 29; W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego*, t. 2, Kraków 1934, s. 14; J. Bohnert, *Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*, Heidelberg 1982, s. 12; W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1990, s. 309; zob. również P.J.A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Teil I, Erfurt 1799, s. 40 i n.

mujące ideę odstraszenia innych osób niż sprawca przestępstwa, podważa przede wszystkim związek pomiędzy winą a surowością kary. Lekceważąc zatem wszelkie granice aksjologiczne, idea prewencji negatywnej nie pozwałała na udzielenie odpowiedzi na pytanie – kogo i jak surowo należy karać. Zdaniem Herberta L.H. Harta, słabością omawianej strategii było przede wszystkim odwrócenie się od traktowania sprawcy jako podmiotu moralnego, co wynikało z przyjęcia apriorycznego założenia, że powinien on cierpieć w imię tego, aby „[...] inni poczuli się zmuszeni do większego posłuszeństwa względem prawa”⁴¹. Stąd też wyrażano przekonanie, że: „Cel odstraszenia jest więc osiągnięty, gdy ukarzymy »kozła ofiarnego«, który w oczach opinii publicznej jest winny popełnienia przestępstwa”⁴². Próbuując skompromitować omawianą strategię, nieco od innej strony zwracano również uwagę na to, że sprawcy przestępstw działają najczęściej pod wpływem impulsu, bez dokonywania „wstępnej” analizy surowości hipotetycznej sankcji, licząc jednocześnie, że ominie ich kara⁴³. Parafrazując słowa Denisa Szabo, można by więc dopowiedzieć, że emanacja strachem, pociągająca za sobą zwiększanie represyjności, nie jest skuteczną metodą powstrzymania potencjalnych sprawców od popełniania przestępstw, skoro podobnie jak niektóre wirusy, przyzwyczajone do stosowanych przeciwko nim określonych środków medycznych, wykazują finalnie odporność na skuteczność ich działania, nawet gdyby nastąpiło zintensyfikowanie składu związków chemicznych⁴⁴.

Od wysuwanych kontrargumentów nie była również wolna druga z odmian prewencji generalnej, tzw. prewencja generalna pozytywna, zakładająca, że naczelnym zadaniem wymierzonej kary powinno być zintegrowanie społeczeństwa wokół poszanowania wartości prawa, a tym samym zapewnienie stabilizacji obowiązującym normom⁴⁵. Podając w wątpliwość sprawiedliwościowe atrybuty sankcji karnej, racjonalizowanej pozytywnoprewencyjnie, w piśmiennictwie stwierdzono, że nie istnieje bowiem żadna pewność, aby kara, uwzględniająca wspomniane treści utylitarne, rzeczywiście umocniła moralne skrupuły społeczeństwa⁴⁶. Równie sceptycznie oceniono prezentowany w literaturze wniosek o – rzekomych – zainteresowaniach społeczeństwa pojęciem

⁴¹ A. von Hirsch, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retrybutywnym*, „Jus et Lex” 2006, nr 1, s. 55.

⁴² W. Sadurski, op. cit., s. 260.

⁴³ M. Królikowski, T. Krawczyk, *Raport o Raporcie... Rzecz o poszukiwaniu kary sprawiedliwej*, „Studia Iuridica” 29, 2001, s. 120.

⁴⁴ D. Szabo, *Kryminologia i polityka kryminalna*, tłum. K. Piasecki, Warszawa 1987, s. 197.

⁴⁵ Zob. w tym zakresie m.in.: E. Durkheim, *Zasady metody socjologicznej*, tłum. J. Szacki, Warszawa 1968, s. 37–38; J.Ch. Müller-Tuckfeld, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt am Main–Berlin–Bern–New York–Paris–Wien 1998, s. 213; J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, tłum. B. Nawroczyński, Kraków 1958, s. 236; I.B. Nestoruk, *Zasada ultima ratio na przykładzie niemieckiego prawa karnego*, w: T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Katowice 2006, s. 28; C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, tłum. E.S. Rappaport, Warszawa 1959, s. 139.

⁴⁶ A. von Hirsch, op. cit., s. 56.

winy czy kary proporcjonalnej⁴⁷. W krytycznych uwagach podnoszono także, iż komentowana koncepcja prewencyjna, traktująca karę jako bodziec do przestrzegania prawa, nie respektuje również moralnego statusu sprawcy, skoro z założeń samej teorii nie wynika, że: „[...] potępienie moralne przez karę ma rzeczywiście podstawy moralne”⁴⁸. Ogólnoprewencyjnie zorientowany wymiar kary wzbudzał przy tym zastrzeżenia nie tylko o charakterze *stricte* teoretycznym, lecz także praktycznym. Na podkreślenie zasługują w tym miejscu słowa Helmuta Marquardta, iż żadne badania empiryczne nie są w stanie wykazać, czy określona wysokość kary posiada zamierzony skutek odstrasżający. Podobnie, jak zaznaczył autor, nie można również stwierdzić, że określony wymiar kary, bardziej niż inny, przyczynia się do stabilizacji normy⁴⁹.

III. UWAGI KOŃCOWE

Przeprowadzone rozważania nie stwarzają zatem podstaw do mówienia o zwrocie kopernikańskim, oscylującym pomiędzy wyborem klasycznej koncepcji odpłaty a tendencją, aprobującą szczególnie- bądź ogólnoprewencyjne założenia prawa karnego⁵⁰. Naczelne przesłania dwóch zasadniczych teorii kary kryminalnej oraz kierowane pod ich adresem zastrzeżenia utrudniają niewątpliwie określenie *ad hoc* komponentów, w jakie powinien zostać wyposażony „ideał kary”, uosabiany przez „karę sprawiedliwą”. Stąd też może pojawić się pytanie, czy dążenie do objaśnienia, czym jest kara sprawiedliwa, powinno opierać się na wymienionych koncepcjach, czy też bardziej postulowane byłoby poszukiwanie nowych koncepcji, które mogłyby uzyskać akceptację ze strony współczesnej, sprawiedliwościowej myśli penalnej⁵¹.

⁴⁷ B. Schönemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1988, s. 125–139.

⁴⁸ A. von Hirsch, op. cit., s. 58.

⁴⁹ H. Marquardt, *O teoretycznym i praktycznym znaczeniu celów kary w zachodnioniemieckim prawie karnym*, w: T. Kaczmarek (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym. Materiały Polsko-Niemieckiego Sympozjum Prawa Karnego, Karpacz maj 1990*, Wrocław 1990, s. 124.

⁵⁰ Ibidem, s. 130.

⁵¹ Równie kontrowersyjne opinie wzbudza wyróżniana w doktrynie prawa karnego sprawiedliwość naprawcza. Zwolennicy wymienionej idei realizacji karania sprawców podkreślali, że wymieniona koncepcja, zestawiana zwłaszcza z ideą retrybutywizmu, zdecydowanie lepiej koreluje z aktualnymi potrzebami społeczeństwa. Według założeń sprawiedliwości naprawczej reakcja na przestępstwo nie powinna stanowić odwetu, ale uosabiać dążenie sprawcy do pojednania się z pokrzywdzonym oraz do rzeczywistego wyrównania szkody, której w wyniku popełnionego przestępstwa doświadczyły wszystkie dotknięte nim osoby. Chodzi tu zatem nie tylko o podmioty „bezpośrednio” zaangażowane w czyn przestępny – ofiarę oraz sprawcę, ale również o osoby „wtórnie” w nim uczestniczące, czyli o społeczność lokalną. Przy takim założeniu kompensacja szkody, jakiej doznał pokrzywdzony, stanowi jeden z elementów sprawiedliwości naprawczej, która swoim zasięgiem zmierza także do celu w postaci odbudowania zachwianego ładu i porządku społecznego, a ściślej mówiąc, relacji przebiegających na płaszczyźnie: ofiara–sprawca–społeczność. W. Zalewski, *Współczesna polityka kryminalna zagrożeniem dla praw człowieka?*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 13, 2005, s. 426–427; idem, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji prawa karnego?*, Gdańsk 2006.

Z perspektywy zaś fundamentalnych, a przy tym głęboko zakorzenionych w tradycji standardów karania wydaje się, że klasycznie ujmowane względy sprawiedliwościowe (powiązane na gruncie rodzimego ujmowania kary „sprawiedliwej” z oceną stopnia winy sprawcy oraz stopnia społecznej szkodliwości czynu) nie powinny marginalizować także względów indywidualnoprzewencyjnych oraz szeregu okoliczności związanych z czynem oraz osobą sprawcy⁵². Forsowany w ten sposób postulat kompleksowego rozpoznania czynu oraz osoby sprawcy, niewyłączający *in concreto* preponderancji jednego ze wskazanych celów karania, mogłby – przynajmniej w pewnym stopniu – stwarzać gwarancje uzyskania sprawiedliwego rozstrzygnięcia.

dr Agnieszka Kania
Uniwersytet Zielonogórski
a.kania@wpa.uz.zgora.pl

Zasadniczym przesłaniem sprawiedliwości naprawczej okazuje się jednak wyeksponowanie roli ofiary. Przesunięcie obiektywu i zmiana ogniskowej na osobę pokrzywdzonego miała służyć zapewnieniu ofierze aktywnego uczestnictwa w jej własnej sprawie. Założenie to jednak krytycznie oceniał H.J. Hirsch, stwierdzając, że: „Mówi się o postawieniu na pierwszym planie ochrony ofiar, a tak naprawdę chodzi tylko o dalszy demontaż prawnokarnej reakcji przeciw sprawcy” (idem, *Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1990, Heft 3, s. 544). Oznaczało to tym samym, że pozornie silny argument modelu *restorative justice* budził w istocie wiele kontrowersji. Zdaniem F. Ciepłego zasadniczej krytyki wymagało przede wszystkim utożsamianie przestępstwa z pojęciem „konflikt”, skoro etymologicznie oznacza on relację pomiędzy agresorem i kimś, kto się broni. Postępowanie karne wszczynają się natomiast nie na podstawie relacji interpersonalnych, jak przekonuje autor, ale na podstawie czynu. Ponadto w sceptycznie ocenianej sprawiedliwości naprawczej podniesiono także, że: „[...] człowiek może, ale nie musi chcieć («musieć chcieć» to antynomia) ani się poprawić, ani pojednać, ani dobrowolnie naprawić wyrządzonej szkody. [...] Ofiara przestępstwa ma przede wszystkim prawo, aby sąd sprawcy wymierzył sprawiedliwą karę. Wynika to z zasady sprawiedliwości. Tę zasadę może złagodzić wyłącznie ideał miłosierdzia i na tym ideale dopiero może być budowana mediacja”, F. Ciepły, *Sprawiedliwość naprawcza wobec przestępstwa*, w: A. Gretkowski, D. Karbarz (red.), *Mediacja w teorii i praktyce*, Stalowa Wola 2009, s. 189 i n. Oznaczałoby to tym samym, że dopiero przyjęcie ostatniego z założeń mogłoby zabezpieczyć komentowaną sprawiedliwość naprawczą przed utożsamieniem jej z utopijną ideą. Nie wglębiając się jednak w szczegółowe analizy wspomnianej problematyki, warto w tym miejscu odwołać się także do słów J. Kochanowskiego, którego zdaniem wymieniony rodzaj sprawiedliwości uosabiał w rzeczywistości odmianę współczesnego abolicjonizmu, podważającego sens kary oraz negującego prawo do jej wymierzania (idem, *Powrót kary sprawiedliwej*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 9). Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w piśmiennictwie zwrócono uwagę, iż: „Abolicjoniści kwestionują karę, ponieważ ta nie tylko przysparza skazanemu niepotrzebnych cierpień moralnych i fizycznych, ale pozostawia na nim moralne piętno, znamię, stygmat, który utrudnia powrót do normalnego życia. To nie przestępstwo, ale kara jest rodzajem zbrodni. Kara to społeczne monstrum, głupie, bezskuteczne i odrażające postępowanie z przestępcami. Proces karny w tym świetle to zabawa w moralność, degradująca ceremonia”, F. Ciepły, *Sprawiedliwość naprawcza...*, s. 189 i n. C. Kulesza, *Sprawiedliwa kara a konsensualne formy zakończenia postępowania karnego (uwagi na tle orzecznictwa sądowego)*, w: W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak. Osoba. Dzieło. Kontynuacje*, Warszawa 2013, s. 923–941.

⁵² Zob. F. Ciepły, *Sprawiedliwościowa racjonalizacja wymiaru kary kryminalnej wobec współczesnych tendencji polityki karnej w Polsce*, Lublin 2017, s. 308 i n. Na temat kontrowersji co do traktowania prewencji ogólnej jako wyznacznika czy „współwyznacznika” kary sprawiedliwej zob. A. Kania, *Prewencja ogólna jako dyrektywa sądowego wymiaru kary. Rozważania na tle Kodeksu karnego*, Zielona Góra 2016, s. 251 i n.

ISSUES OF RETRIBUTIVE AND UTILITARIAN JUSTICE OF PUNISHING

S u m m a r y

This article is devoted to selected problems of a retributive and utilitarian idea of just punishment. It draws attention to the traditional controversies related to the philosophical and legal explanations of the aforementioned justice, which are also eloquently reflected in the field of criminal liability. The analyses conducted reinforce the belief that the attempt to define justice (also the justice of punishing) belongs to the most intriguing challenges of the contemporary times. The doubts identified within the retributive and utilitarian idea of punishment do not provide a clear answer to the question of what components should be attached to the 'ideal punishment' identified with a just penalty. Therefore, the question arises whether the pursuit of an explanation – what in fact is a fair punishment – should be based on these concepts, or whether it would be more appropriate to seek new concepts, capable of being accepted by the modern justice-related penal approach.