

OLGA SITARZ

CULTURE DEFENCE A POLSKIE PRAWO KARNE

Czy odmowa używania kasku ochronnego na budowie lub podczas kierowania motocyklem z powodu noszenia turbanu powinna być czynem zabronionym? Jak ocenić zachowanie mężczyzny, który – zgodnie z własną (romską) tradycją – pojmuje za żonę 14-letnią dziewczynkę, a ona, jeszcze przed ukończeniem 15. roku życia, rodzi dziecko? Jak ocenić zachowanie polskiego imigranta, który będąc w USA, bierze na kolana swoją pięcioletnią córkę, co stanowić może według amerykańskiego prawa objaw molestowania seksualnego dziecka? Czym jest brak zgody na transfuzję krwi u ciężko chorego dziecka Świadka Jehowy? Czy obywatel Arabii Saudyjskiej, który przyjeżdża do Polski z dwiema żonami, powinien odpowiadać za bigamię? Czy i jaką karę wymierzyć matce, zdradzonej przez męża, która zabiła własne dzieci i usiłowała popełnić samobójstwo? Czy słuszny byłby wyrok skazujący katolickiego księdza za odmowę składania zeznań co do zdarzeń, o których dowiedział się w trakcie spowiedzi? I wreszcie ostatni, najbardziej znany przypadek: emigrant z Laosu porwał i zgwałcił, mimo oporu, dziewczynę pochodzącą z tego samego plemienia, zawierając w ten sposób – według własnego mniemania – małżeństwo. Czy i za co go ukarać?

Współczesna wędrówka ludów – globalna, obejmująca wszystkie kontynenty i kultury, powoduje, że tego typu pytań będzie coraz więcej. Jeszcze kilkanaście lat temu wydawało się, że problem ten dotyczy wyłącznie USA (i może ewentualnie Wielkiej Brytanii), znanych ze swej wielokulturowości. Coraz częściej jednak to zagadnienie pojawia się i w Polsce (dwa z przytoczonych zdarzeń odnotowano w Polsce). A jak przewrotnie zauważył J. Sozański, nie można wykluczyć, iż Polacy staną się kiedyś mniejszością narodową w państwie: Europa¹!

Z formalnego punktu widzenia sprawa wydaje się prosta. Prawo, w tym prawo karne, nie jest tworem niezmiennym i globalnym. Nowe regulacje, nowelizacje, ale przede wszystkim olbrzymia mobilność ludności na świecie oraz suwerenność każdego państwa w zakresie legislacji karnej powodują, iż konieczne staje się unormowanie zasad wyboru tej ustawy, która w danej sytuacji winna być stosowana.

W Polsce wybór właściwej jurysdykcji opiera się przede wszystkim na tzw. zasadzie terytorialności. W myśl art. 5 k.k. polską ustawę karną stosuje się do sprawy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium polskim, chyba że umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną, stanowi inaczej. Polska jurysdykcja karna została rozszerzona na polski statek wodny (za który uważa się również stałą platformę wiertniczą) lub powietrzny.

¹ J. Sozański, *Ochrona mniejszości w systemie uniwersalnym, europejskim i wspólnotowym*, „Kodeks”, Warszawa 2002.

Zasada terytorialna jest niejako uzupełniana przez inne zasady, umieszczone w końcowej części przepisów ogólnych (rozdział XIII, art. 109–114). Zasada obywatelstwa (narodowości podmiotowej, personalna) nawiązuje do założenia, iż obywatel polski ma obowiązek przestrzegania polskiego prawa karnego, gdziekolwiek się znajduje, również za granicami kraju. Stąd też art. 109 stanowi, iż polską ustawę karną stosuje się do obywatela polskiego, który popełnił czyn za granicą. Warunkiem takiej odpowiedzialności jest jednak tzw. podwójna karalność (przestępność) czynu – uznanie takiego czynu za przestępstwo również przez ustawę obowiązującą w miejscu jego popełnienia (art. 111 § 1 k.k.). Jeżeli zachodzą różnice między ustawą polską a ustawą obowiązującą w miejscu popełnienia czynu (np. dotyczące wysokości kary), to stosując polską ustawę, sąd może uwzględnić te różnice na korzyść sprawcy (art. 111 § 2 k.k.). Podobne zasady funkcjonują w systemach innych państw, co sprowadza się do znanej angielskiej maksymy: „jeśli jesteś w Rzymie, musisz zachowywać się jak Rzymianin”.

Wskazane powyżej reguły odpowiedzialności nie budzą – ogólnie rzecz ujmując – zastrzeżeń co do ich zasadności i racjonalności. Nie ma wątpliwości, że każdy musi przestrzegać prawa kraju, na którego terytorium przebywa. Pierwsze zastrzeżenie wobec przytoczonych na wstępie zdarzeń sprowadza się do tego, że omawiany problem nie dotyczy wyłącznie cudzoziemców, emigrantów czy uchodźców (choć ich przede wszystkim). Dotyczy także mniejszości kulturowych, etnicznych i religijnych, które „od zawsze” podlegają jurysdykcji danego państwa.

Ponadto, zgodnie z art. 27 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych z 16 grudnia 1966 r. każdy ma prawo **do własnego życia kulturalnego**. Podobny zapis znajduje się w **Konstytucji RP** i brzmi: „RP zapewnia obywatelom polskim należącym do mniejszości narodowych i etnicznych wolność zachowania i rozwoju własnego języka, zachowania obyczajów i tradycji oraz rozwoju własnej kultury” (art. 35 ust. 1). Każdy, kto znajduje się pod władzą RP, korzysta z wolności i praw zapewnionych w konstytucji, a wyjątki od tej zasady, odnoszące się do cudzoziemców, określa ustawa (art. 37). O wolności sumienia i religii (w tym m.in. o uczestniczeniu w obrzędach) stanowi art. 53 konstytucji. Potwierdza ona również prawo rodziców do wychowania religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniem. Wolność **uzewnętrzniania** religii może być ograniczona jedynie w drodze ustawy i tylko wtedy, gdy jest to konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności lub wolności i praw innych osób. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka zapewnia mniejszościom religijnym prawo do kultu i do życia zgodnego z przekonaniem religijnym. Szczęólnego znaczenia nabiera też **Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych**², która biorąc pod uwagę konieczność poszanowania etnicznej, kulturowej, językowej i religijnej tożsamości każdej osoby, przyznaje, że ochrona mniejszości narodowych oraz praw i wolności osób należących do tych mniejszości stanowi integralną część międzynarodowej ochrony praw człowieka³.

² Dz.U. 2002, Nr 22, poz. 209.

³ Por. jednak art. 20: „Kaźda osoba naleźąca do mniejszości narodowej, korzystając z praw i wolności wynikających z zasad zawartych w niniejszej konwencji ramowej, zobowiązana jest respektować ustawodawstwo krajowe oraz prawa innych osób, w szczególności naleźących do większości lub innych mniejszości narodowych”.

Nikt nie ma chyba wątpliwości, jak ważny jest zwyczaj w życiu człowieka. Powoła on nie tylko na zachowanie tożsamości, lecz także – przede wszystkim – jest podstawowym regulatorem zachowań człowieka w grupie. Jak podkreślał A.R. Radcliff-Brown, w każdej społeczności występują pewne sposoby zachowania, które są jej zwykłymi, charakterystycznymi dlań partykularnymi zachowaniami⁴. To znajomość zwyczajów (często nawet nieuświadomiona, dopóki żyjemy stale w tym samym, homogenicznym kręgu kulturowym) daje nam odpowiedź na pytanie, jak postępować w rozmaitych sytuacjach dnia codziennego. Przyswajamy je i praktykujemy od wczesnego dzieciństwa, za aprobatą reszty społeczeństwa. J. Szczepański dodawał, iż naruszenie zwyczaju przyjętego w grupie spotyka się z potępieniem, ale członkowie grup o silnej więzi mają także poczucie obowiązku szanowania zwyczajów. Zwyczaje są więc elementami systemu kontroli społecznej, dlatego że są zinstytucjonalizowanymi (choć niekoniecznie sformalizowanymi) wzorami zachowań w sytuacjach nieobojetnych dla grupy jako całości⁵. Zwyczaj wciąż reguluje zachowania międzyludzkie na płaszczyźnie osobistej, gospodarczej, a nawet międzynarodowej. Jeszcze większego znaczenia w kontekście omawianych zagadnień nabiera obyczaj. Spośród rozlicznych definicji przytoczmy tylko dwie: „obyczaj jest zestandaryzowanym sposobem zachowania się tradycyjnie **narzuconym** członkom społeczeństwa”, „obyczaje są najbardziej spontaniczne ze wszystkich norm społecznych i często wywierają najsilniejszy przymus. Nie są jednakże sankcjonowane tak jak prawo przez zorganizowaną władzę, ale przez wielką różnorodność nieformalnych presji społecznych”⁶. Specjalnego znaczenia nabierają zwyczaje i obyczaje związane z wyznawaną religią, mogą być one przy tym szczególnie silnie motywujące. Religia jest bowiem – jak utrzymują psycholodzy – odpowiedzią na niepewności życia i strach przed śmiercią, łagodzi nasz lęk egzystencjalny⁷.

Problem odrębności kulturowej, etnicznej i religijnej rozważyć zatem należy na dwóch płaszczyznach – stanowienia i stosowania prawa. Refleksją naukową objąć trzeba z jednej strony prawo każdego człowieka do kultywowania własnej tradycji, obrządków religijnych oraz kultury, natomiast porządek prawny, ład społeczny, a także poczucie bezpieczeństwa – z drugiej. Zapytać zatem należy, jaki jest i jaki powinien być wpływ zwyczaju na obowiązujące prawo. W polskim prawie karnym konsekwentnie powtarza się, że zwyczaj nie stanowi źródła prawa karnego (zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege*). Mówimy wtedy jednak (zgodnie z teorią prawa) o źródłach w znaczeniu materialnym. Innymi słowy, zwyczaj nie informuje o obowiązującym prawie i nie może stać się podstawą skazania. Jednak zwyczaj, religia, szeroko rozumiana kultura może i ma wpływ na stanowienie prawa. Antropologia prawna, badająca społeczno-kulturowe uwarunkowania stanowienia obowiązujących norm prawnych, powinna stać się – jak postulują etnologowie – nauką pomocniczą dla nauk prawnych, orientującą w stanowieniu norm **realnych i optymalnych** w danej kulturze oraz w sposobie ich kulturowej recepcji. Może też i powinna, na podstawie badań porównawczych, dostarczyć ważnych informacji o różnych tożsamościach kul-

⁴ Z. Staszczak (red.), *Słownik etnologiczny: terminy ogólne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1987, s. 388.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem, s. 262.

⁷ N. Sillamy, *Słownik psychologii*, przeł. K. Jarosz, „Książnica”, Katowice 1995, s. 250.

turowych i o systemach wartości różnych kultur⁸. Ciekawy przykład wpływu zwyczaju na kształt prawa przedstawiał W. Świda, który podkreślał, że reakcja ustawodawcy na przestępstwo będące przejawem „złego obyczaju” (jak to sam określił) może iść w dwu kierunkach. Udział w pojedynku, dziesiątkującym warstwę najlepiej urodzonych, we Francji był okolicznością obciążającą przy spowodowaniu śmierci, w Polsce była to okoliczność łagodząca⁹. Pojawia się więc tu pytanie o rolę prawa karnego w życiu społecznym: czy ma ono zwalczać wszelkie patologie, w tym m.in. „złe obyczaje”, czy tylko adekwatnie reagować, biorąc pod uwagę wszelkie uwarunkowania.

W tle pojawia się jeszcze szerszy problem – multikulturalizm oraz stanowisko filozofii prawa na temat tzw. prawa międzykulturowego. Dalsze pytania brzmią następująco: czy prawo powinno być „kulturowo neutralne” czy też „kulturowo zaangażowane”¹⁰. O tym, że nie są to problemy wyłącznie akademickie, przekonuje wystąpienie arcybiskupa dr. Rowana Williamsa sprzed kilku tygodni¹¹. Jego zdaniem prawo angielskie winno uwzględniać normy wynikające z szariatu.

Kwestia ta wpisuje się w dyskusję nad charakterem praw człowieka, poręczanych przecież przez prawo karne – czy prawa człowieka mają charakter uniwersalny, czy też należy je postrzegać przez pryzmat kulturowej relatywizacji oraz różnorodności społeczeństwa współczesnego świata. Zwróćmy uwagę, że definicja pedofilii, opracowana przez WHO, zakłada, iż jest to czyn o charakterze seksualnym, sprzeczny z normami kulturowymi. Czy zatem granica wiekowa tzw. wolności seksualnej, będąca równocześnie granicą kryminalizacji, powinna być w miarę jednolita, czy też – jak zauważył angielski sąd apelacyjny – dostosowana do szybszego dojrzewania dziewcząt pochodzących z Afryki?

Warto w tym miejscu zauważyć, że w Wielkiej Brytanii starano się (przynajmniej czasami) uwzględniać problem kulturowej różnorodności. Na przykład Sikhowie wyjątkowo zwolnieni są z obowiązku noszenia kasku na budowie czy podczas kierowania motocyklem ze względu na konieczność noszenia turbanu. Nie jest również przestępstwem noszenie przez nich specyficznych noży (mimo że *Criminal Justice Act* z 1988 r. zakazał noszenia w miejscach publicznych noży lub innych niebezpiecznych środków). Muzułmanie mogą wyjątkowo dokonywać domowego uboju zwierząt. Bigamia jest co prawda zakazana, jednak gdy małżeństwo(a) zostało zawarte za granicą, dzieci pochodzące z takich związków uważa się za pochodzące ze związku legalnego, współmałżonkowie zaś nie są karani za bigamię, a wdowy (wszystkie) korzystają z pełnej ochrony prawno-socjalnej, w tym z ubezpieczenia zdrowotnego NHS. Dość liberalny stosunek widać w prawie (i praktyce) wobec tzw. małżeństw kontraktowych, gdy przynajmniej jedna ze stron nie osiągnęła wieku przez prawo przewidzianego¹². Również w polskim systemie prawa karnego znajduje się przepis nawiązujący do pewnych aspektów religii chrześcijańskiej – w myśl art. 178 pkt 2

⁸ Z. Staszczak, op. cit., s. 38–39.

⁹ W. Świda, *Prawo karne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1989, s. 60.

¹⁰ S. Sykuna, J. Zajadło, *Kontrowersje wokół tzw. obrony przez kulturę – okoliczność wyłączająca winę, okoliczność łagodząca czy nadużycie prawa do obrony?*, *Przegląd Sądowy* 2007, nr 6, s. 29.

¹¹ A. Szostkiewicz, *ABC islamu, Polityka* 2008, nr 10, s. 54–55.

¹² A. Phillips, *When culture means gender: issues of cultural defence in the English courts*, *Modern Law Review* 2003, t. 66, s. 15–16.

k.p.k. nie wolno przesłuchiwać jako świadka duchownego co do faktów, o których dowiedział się przy spowiedzi.

Trzeba sobie także zdawać sprawę, że czynnik kulturowy rozważyć i uwzględnić należy nie tylko w dziedzinie prawa karnego. Wiele bowiem obowiązków nakładanych przez państwo na obywatela (wynikających np. z prawa pracy, prawa administracyjnego, rodzinnego) jest obwarowanych (w postaci norm sankcjonujących) przez prawo karne. Przykładem takich regulacji, pociągających za sobą odpowiedzialność karną, są przepisy dotyczące obowiązku szkolnego – czym wielokrotnie zajmował się Europejski Trybunał Praw Człowieka, katalogu kar dostępnych dla rodziców w związku z wychowaniem dziecka, a także przepisy zapewniające bezpieczeństwo w pracy.

Równocześnie jednak – przechodząc do drugiej płaszczyzny, czyli roli zwyczaju w stosowaniu prawa – częstokroć wskazujemy, że zwyczaj może stanowić tzw. pozaustawowy kontratyp, wyłączający odpowiedzialność karną. W podręcznikach akademickich pojawiają się przykłady takich zachowań, które choć pozornie przypominają przestępstwa (np. naruszenie nietykalności cielesnej, zanieczyszczanie środowiska, łapownictwo), za przestępstwa uznawane nie są. Doktryna w tym miejscu powołuje się właśnie na wielowiekową polską tradycję, w tym m.in. śmingus-dyngus, topienie Marzanny czy zwyczajnie nieco nowsze: napiwki dla kelnerów.

Jak zauważyli Sebastian Sykuna i Jerzy Zajadło¹³, w przeciwieństwie do polskiej tradycji, w anglosaskiej kulturze prawnej funkcjonuje pojęcie *cultural defence* (*culture defence*¹⁴), które można przetłumaczyć jako „obronę przez kulturę”. W wąskim ujęciu oznacza ono pewien rodzaj prawnej czy prawniczej strategii przed sądem karnym¹⁵, polegającej na wykorzystywaniu argumentu przynależności sprawcy do swojej grupy kulturowej w celu wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności bądź przynajmniej złagodzenia kary. W szerszym znaczeniu, już na płaszczyźnie prawa karnego materialnego, są to określone grupy „przestępstw, zbrodni motywowanych kulturowo”.

Niektórzy w *cultural defence* i *hate crimes*¹⁶ widzą dwa przykłady – zmierzające w przeciwnych kierunkach – kulturowo uzasadnionych wyjątków od zasady równego stosowania prawa. Większość autorów jednak zauważa, że twierdzenie o przeciwnych kierunkach jest dość kontrowersyjne. Po pierwsze, *hate crime* jest uznanym pojęciem, uwzględnianym w *Hate Crime Statistic Act* (1990) w Stanach Zjednoczonych oraz przez różnorodne legislacje europejskie, natomiast *cultural defence* nie doczekała

¹³ S. Sykuna, J. Zajadło, op. cit., s. 26 i n.

¹⁴ J.M. Donovan, J.S. Garth, *Delimiting the culture defence*, www.works.bepress.com.

¹⁵ Również przed sądem cywilnym, rodzinnym czy gospodarczym.

¹⁶ *Hate crime* definiowana jest przez Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE jako:

„A. jakiegokolwiek przestępstwo kryminalne, w szczególności przeciwko osobie lub mieniu, w którym ofiara, jej mienie lub cel zostały wybrane z powodu rzeczywistego lub domniemanego związku, przynależności, poparcia lub członkostwa z grupą zdefiniowaną w części B;

B. grupa wyodrębniona może być na podstawie wspólnej cechy jej członków (rzeczywistej lub domniemanej), takiej jak: rasa, pochodzenie narodowe lub etniczne, język, kolor skóry, religia, płeć, wiek, niesprawność umysłowa lub fizyczna, orientacja seksualna lub inne podobne czynniki” (*Combating Hate Crimes in the OSCE Region: An Overview of Statistics, Legislation, and National Initiatives*, OSCE/ODHIR 2005, s. 12).

się jeszcze rozwiązań prawnych. Po drugie, te dwie „instytucje” (rozwiązania) z założenia służą tym samym grupom kulturowym i je chronią. W rzeczywistości są one niezbędne do **zapewnienia prawdziwej równości** wszystkim ludziom. Jak zauważa J.C. Merle, *hate crimes* powstrzymują specyficzną dyskryminację między wszystkimi potencjalnymi ofiarami przestępstw (a co za tym idzie – między wszystkimi obywatelami), polegającą na braku przychylności wobec pewnej kategorii osób wyodrębnianej ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, religię, płeć etc. Ofiary tej dyskryminacji to najczęściej wcześniejsze ofiary innych postaci dyskryminacji (w dostępie do edukacji, przychodów etc.). Z kolei *cultural defence* ma dokonywać pewnej korekty kulturowo naznaczonego prawa, w którym uwzględnia się (nawet nie z premedytacją) wartości większości kulturowej. Podczas gdy kategoria „przestępstw z nienawiści” ma poniekąd chronić mniejszości kulturowe przed taką wiktyimizacją, celem „obrony przez kulturę” jest ochrona przed zbyt surowym traktowaniem i wadami systemu prawnego¹⁷ (skrzywionego kulturowo).

Pomijając cały problem ewentualnego nadużywania argumentu obrony przez kulturę, instytucja ta budzi liczne poważne wątpliwości, zarówno w praktyce, jak i w literaturze naukowej. W literaturze anglosaskiej podkreśla się, że determinanty kulturowe powinny być uwzględniane, skoro w ramach indywidualizacji odpowiedzialności bierze się pod uwagę takie czynniki, jak: wiek, płeć bądź stan psychiczny sprawcy, a strategię *cultural defence* należy uznać „za oficjalną politykę publiczną, jeśli tylko istnieją gwarancje chroniące przed jej nadużywaniem”. Zdaniem A.D. Renteln¹⁸ można określić pewne obiektywne kryteria oceny tworzące swoistego rodzaju minimalny test poprawności zastosowania „obrony przez kulturę”. Składają się na niego trzy podstawowe pytania:

- 1) Czy zainteresowany jest członkiem określonej mniejszości?
- 2) Czy w ramach tej mniejszości obowiązują normy wyznaczające swoiste zachowania uzasadniające *cultural defence*?
- 3) Czy normy te wpłynęły w istotny sposób na zachowanie zainteresowanego?

Pozytywny wynik takiego testu, jak podkreśla autorka, nie musi automatycznie oznaczać uwzględnienia argumentu obrony przez kulturę, wnikliwa i staranna odpowiedź na powyższe pytania pozwoli także zredukować nadużycia związane z powoływaniem się na „obronę przez kulturę”¹⁹.

Rodzi się pytanie, czy zaproponowany test jest kompletny, czy nie należy go uzupełnić o inne jeszcze pytania. James M. Donovan i John S. Garth, mając na uwadze test Alison Renteln, przygotowali swoją wersję, składającą się z pięciu pytań²⁰:

- 1) Czy strona jest kulturowo związanym członkiem powoływanej grupy?
- 2) Czy grupa posiada uznane i potwierdzone tradycje, na które powołuje się strona?
- 3) Czy tradycja ta ma wspierać umacnianie pozytywnych więzów społecznych wewnątrz grupy kulturowej?
- 4) Czy strona w czasie czynu działała pod wpływem tej tradycji?

¹⁷ J.C. Merle, *Cultural defense, hate crimes and equality before the law*, *Ethic@: An International Journal for Moral Philosophy* 2006, t. 5 (1), s. 8.

¹⁸ S. Sykuna, J. Zajadło, op. cit., s. 30.

¹⁹ A.D. Renteln, *The use and abuse of the cultural defense*, *Canadian Journal of Law and Society* 2005, nr 1, s. 49–50.

²⁰ J.M. Donovan, J.S. Garth, op. cit., s. 31.

5) Czy można racjonalnie przyjąć, iż strona – w zaistniałych okolicznościach – nie była świadoma prawnych standardów grupy dominującej?

Równocześnie pojawia się też zagadnienie, czy przy ocenie motywów sprawcy, świadomości bezprawności oraz charakteru czynu należy w ogóle brać pod uwagę kontekst kulturowy sprawcy i jakie powinny być tego konsekwencje. Już B. Janiszewski, powołując się na A. Peyrefitte'a (i jego *Wymiar sprawiedliwości. Między ideałem a rzeczywistością*), przestrzegał przed pokusą traktowania czynników biograficznych czy osobowościowych jako okoliczności łagodzących lub obciążających, zamieniających proces karny w „sąd ostateczny”²¹.

Wspomniani wyżej autorzy – S. Sykuna i J. Zajadło – wskazują na cztery podstawowe problemy w sensie dogmatycznoprawnym. Upraszczając nieco terminologię, można zarysować te najważniejsze. Po pierwsze, sprawca, przestrzegając własnych norm kulturowych, może działać w błędzie co do prawa – nie wiedząc, że to, co w jego kulturze dozwolone, czy wręcz nakazane, jest zakazane w państwie, w którym przebywa. Po drugie, zachowanie sprawcy można rozpatrywać w kontekście błędu co do faktu – sprawca działa w przekonaniu, że jego działanie mieści się w granicach odrębności kulturowej, podczas gdy w rzeczywistości jest inaczej. Po trzecie, zachowanie sprawcy, motywowane kulturowo, może być uwzględniane jako okoliczność łagodząca karę, gdy zdawał on sobie sprawę z przestępnego charakteru czynu²². Można chyba przypuszczać, że autorom chodzi o prawo ustanowione (*de lege lata*). Zatem rozważyć też trzeba *culture defence* w kontekście oceny stopnia społecznej szkodliwości oraz kontratypów pozaustawowych. Sprawa się komplikuje, gdy próbujemy skonstruować model przyszłego prawa karnego (*de lege ferenda*), ponieważ „nawet jeśli przyjąć za R. Dworkinem odróżnienie «**traktowania wszystkich jak równych**» (*treating everybody as an equal*) od «**traktowania wszystkich równo**» (*treating everybody equally*), to i tak powstaje pytanie o racjonalność strategii *cultural defence* w warunkach demokratycznego państwa prawa”²³.

Jak wyważyć bowiem balans między prawem do kultury i tradycji a prawami człowieka? Jarosław Sozański, zajmujący się mniejszościami narodowymi, etnicznymi i religijnymi, pisze, że zapewnienie ochrony takich praw jest pewną formą uprzywilejowania jednej grupy społecznej (mniejszości) w stosunku do innej (większości), korzystającej z pełnych praw. Jednak prawa mniejszościowe nie mogą naruszać praw innych grup oraz pewnych dóbr chronionych prawnie. Korzystanie z praw mniejszościowych nie powinno naruszać zasad współżycia społecznego oraz regulacji odnoszących się do bezpieczeństwa i porządku publicznego²⁴. Czy w takim razie zasada terytorialności, o której była mowa, jest wystarczającym regulatorem odpowiedzialności karnej imigrantów w Polsce? Czy może należy uchwalić takie prawo, które nie będzie naruszane przez mniejszości praktykujące swoje zwyczaje?

²¹ B. Janiszewski, *Dolegliwość jako element współczesnej kary kryminalnej*, w: J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. (Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka)*, Zakamycze, Kraków 2006, s. 301–302.

²² S. Sykuna, J. Zajadło, op. cit., s. 28.

²³ Ibidem, s. 28.

²⁴ J. Sozański, op. cit., s. 181.

Nie można jednak zapominać o zarzutach stawianych koncepcji *cultural defence*. W wielu miejscach mówi się o wielokulturowości jako zagrożeniu bezpieczeństwa powszechnego²⁵. Zdarza się też niejednokrotnie, że zwyczaje godzą w prawa kobiet i dzieci. Wystarczy przywołać sprawę Laotańczyka Moua (mieszkającego w Stanach Zjednoczonych), który zgodnie ze swoim zwyczajem porwał i zgwałcił młodą kobietę z tego samego plemienia, chcąc w ten tradycyjny sposób zawrzeć z nią związek małżeński. Niedawno w Belgii młoda pakistańska kobieta została „honorowo zabita” przez własnego brata, na zlecenie ich ojca, który w ten sposób ratował honor rodziny po ucieczce córki z domu. W wielu krajach kultywowana jest tradycja okaleczania zewnętrznych narządów rodnych małych dziewczynek, co ma je chronić w przyszłości przed śmiercią. Co z prawami osób, które przed takimi zwyczajami i taką kulturą uciekają z własnego kraju? Problem się pogłębia, gdy zwyczaje mają charakter metafizyczny, a pojęcie naruszania praw pokrzywdzonych i ich szkody nie jest jednoznaczne. Innym argumentem przeciwko *culture defence* jest szkoda, jaką ta instytucja danym mniejszościom wyrządza – utrwała negatywne stereotypy o „obcych” czy „innych”, nie pozwala również na rozwój tych grup ani na rozwój samej kultury czy tradycji, które przecież też nie pozostają niezmiennie. Brytyjczycy zauważyli, że wielokulturowość nie integruje ich społeczeństwa – zamiast kultywować kulturę i sztukę poszczególnych grup etnicznych, doprowadziła do ich separatyizmu. Przeciwnicy *multi-culti* określają ostatnio tę politykę wręcz mianem apartheidu. Oprócz tego, że przyczyniła się do kulturowej odrębności, doprowadziła do podkreślenia i uwidocznienia odrębności etnicznej. Powstały muzułmańskie getta, a integracja z rodowitymi mieszkańcami uległa zatarciu²⁶. Rodzi się też pytanie, czy instytucjonalizacja *cultural defence* nie będzie demoralizująca, czy to dla członków grup mniejszościowych, czy też dla całego społeczeństwa.

Próba poszukiwań uzasadnienia i miejsca dla *culture defence* w polskim systemie prawa karnego poprzedzona być musi – jak się wydaje – próbą usystematyzowania naszej wiedzy na temat *cultural offence* (przestępstwa motywowane kulturowo). Jest to czyn członka mniejszości kulturowej, który uznawany jest za przestępstwo przez system prawny kultury dominującej, ale **usprawiedliwiony, „naturalny” lub aprobowany i pochwalany** przez kulturową grupę sprawcy czynu²⁷. Mając na względzie rozmaite jego ilustracje, prezentowane tak bogato w literaturze angielskiej i amerykańskiej²⁸, można pokusić się o skonstruowanie podstawowych typów/rodzajów *cultural offence*.

- 1) Sprawca świadomie wyrządza pokrzywdzonemu szkodę, ale czyni to w imię wyższych wartości uznawanych przez swoją odrębną kulturę, tradycję, religię. Przykładem tego typu zachowań jest tzw. honorowe zabójstwo „źle prowadzącej” się córki czy siostry, podobnie jak honorowe zabójstwo zdradzającego współmałżonka, brak zgody na transfuzję krwi u dziecka przez Świadków Jehowy, obrzezanie

²⁵ K. Iglicka, *Unijny wymiar bezpieczeństwa z perspektywy migracji międzynarodowych i dylematów wielokulturowych*, Centrum Stosunków Międzynarodowych, Raporty i Analizy, nr 7/04.

²⁶ J. Kupidura, *Wielokulturowość*, www.e-polityka.pl.

²⁷ A. Phillips, op. cit., s. 19–20.

²⁸ J.M. Donovan, J.S. Garth, op. cit. Por. zwłaszcza załączony *Appendix*. Ponadto: P.A. Carsstens, *The Cultural Defence in Criminal Law: South African Perspectives*, University of Pretoria, Pretoria 2003 oraz J.C. Merle, op. cit., s. 7–19.

kobiet, nacinanie policzków dorastającemu synowi, niezwykle surowa dyscyplina wobec dzieci. Sprawcy tych czynów zasadniczo mają świadomość, że naruszają miejscowe przepisy, jednak pewne reguły kulturowe są dla nich ważniejsze.

- 2) Sprawca nie działa w zamiarze wyrządzenia krzywdy drugiej osobie, co więcej, w jego przekonaniu nikomu krzywda się nie dzieje, on zaś jedynie realizuje pewne, kulturowo mu przyznane uprawnienia. Jako przykład posłużyć może wielożeństwo, małżeństwo z dzieckiem, czynność seksualna z dzieckiem, dotykanie krocza własnego dziecka (kilkuletniego) w miejscu publicznym, ale chyba także medycyna ludowa/szamańska. Sprawcy takich czynów z reguły nie uświadamiają sobie, że ich zachowanie jest sprzeczne z prawem.
- 3) Sprawca nikomu nie wyrządza szkody, narusza jednak – świadomie lub nie – przepisy o charakterze karnoadministracyjnym lub karne, których racjonalizacją jest np. obyczajność; przykładem może tu być brak odpowiedniego ubioru, choćby wspomnianego kasku, małżeństwa między bliskimi krewnymi, odmowa służby wojskowej itp.

Oczywiście, pojawia się problem „szkody” i pytanie, czy pojmować ją obiektywnie, czy subiektywnie, według jakich standardów i czy zgoda „pokrzywdzonego” ma tu znaczenie. W związku z tym możemy mieć czasem problem z wyborem typu w konkretnym stanie faktycznym.

Poszukując miejsca dla ewentualnej instytucji *culture defence* w systemie prawa karnego, rozważyć trzeba najpierw, czy ma ona mieć charakter normatywny (kodeksowy), czy też okoliczności wpływające na kształt odpowiedzialności mają/mogą mieć charakter pozaustawowy. W każdym razie, ze względu na strukturę przestępstwa, czynniki kulturowe determinujące ludzkie zachowanie w zakresie odpowiedzialności karnej mogą być hipotetycznie uwzględniane jako:

- 1) okoliczności uchylające przestępność czynu:
 - okoliczność wyłączająca winę – sprawcy nie można postawić zarzutu naruszenia normy sankcjonowanej (błąd co do prawa – szczególnie: „kulturowy” lub ten znany z obecnego k.k. „przymus kulturowy” jako normatywna okoliczność wyłączająca winę, przypominająca stan wyższej konieczności, lub pozaustawowa okoliczność wyłączająca winę),
 - okoliczność wyłączająca bezprawność – następuje kolizja dóbr, w obliczu której ustawodawca zezwala na naruszenie jednego z nich w imię tego drugiego (obyczaj, normatywnie już określony jako kontratyp, kontratyp zgody dysponenta dóbr, zwłaszcza gdy należy on do tej samej grupy kulturowej),
 - okoliczność znosząca społeczną szkodliwość (zwłaszcza gdy brak rzeczywistej szkody),
- 2) okoliczności uchylające karalność – w ramach racjonalnej polityki kryminalnej i karnej (obligatoryjnie lub fakultatywnie, jako jeszcze jedna z okoliczności umniejszających winę lub stopień społecznej szkodliwości)
- 3) okoliczności łagodzące w ramach nadzwyczajnego złagodzenia kary – w celu realizacji racjonalnej polityki karnej, obligatoryjnie lub fakultatywnie, *expressis verbis* zapisane w ustawie lub nie,
- 4) okoliczność łagodząca w ramach ustawowego zagrożenia karą, adekwatna do niższego stopnia społecznej szkodliwości – co oznacza oczywiście najmniejszy

wpływ determinantów kulturowych na kształt i zakres odpowiedzialności, również może przybrać postać normatywną lub nie.

Na razie – *de lege lata* – tego rodzaju czynniki mogą być i teraz są uwzględniane niemal we wszystkich wskazanych aspektach, ale wyłącznie jako okoliczności poza-ustawowe. Czy jednak powinniśmy myśleć o nowym kształcie prawa karnego? I czy różnorodność przestępstw warunkowanych kulturowo pozwala na wypracowanie jednego, spójnego rozwiązania?