

Magdalena Grzyb

Kulturowo uwarunkowany błąd co do oceny prawnej czynu

1. Wprowadzenie

Wśród ludów zamieszkujących Andy istnieje prastary zwyczaj, znany już za czasów Inków – *servinacuy*. Jest to etap poprzedzający małżeństwo, swoiste małżeństwo na próbę, w którym dwoje młodych ludzi mniej więcej przez rok lub dwa mieszka razem, nim zdecyduje się na sformalizowanie związku lub poszukanie innego partnera życiowego. W tym czasie młodzi starają się pokazać od jak najlepszej strony i zaprezentować zręczność w wykonywaniu domowych obowiązków. Z takiej unii mogą się urodzić dzieci. Jeśli para się rozejdzie i nie dojdzie do zawarcia małżeństwa dziecko pozostaje pod opieką matki. Zwyczaj ten przetrwał przymusową chrystianizację, trzy wieki kolonializmu oraz idącą za tym jego demonizację, co może dać tylko wyobrażenie jak głęboko jest zakorzeniony w kulturze andyjskiej. Jeśli jednak kobieta ma mniej niż 14 lat¹, zgodnie z literą prawa dochodzi do przestępstwa; tymczasem dla rzekomych sprawców zachowanie takie jest zupełnie naturalne, zgodne z normami kulturowymi, w których żyją, i osadzone w pozytywnym kontekście społecznym. W zależności od stopnia integracji lub kontaktu z kulturą dominującą kraju (tj. zokcydentalizowaną), niektórzy członkowie grup społecznych, w których praktykowany jest *servinacuy*, wiedzą, iż zakazane jest współżycie z osobami poniżej 14. roku życia, inni nie, lecz dla nikogo nie stanowi to przeszkody w kulturowaniu zwyczaju.

¹ Art. 173 peruwiańskiego k.k. Jest to granica wieku, od której prawo dopuszcza relacje seksualne.

Przykład powyższy wyraźnie pokazuje trudności, przed jakimi stoi prawo, zwłaszcza karne, w kraju, w którym koegzystują różne kultury i różne systemy normatywne. Jak traktować jednostki, które nie miały możliwości poznania norm innej kultury ani też nie potrafiły się do nich dostosować? Czy należy się specjalne traktowania grupom ludności, które do tzw. kultury oficjalnej nie mają dostępu, które żyją poza krajowym porządkiem prawnym, w zupełnej izolacji na przykład w Puszczy Amazońskiej lub głęboko w Andach, mówią innym językiem, często dialektem zrozumiałym tylko dla nich samych, dla których blaski i nędze cywilizacji zachodniej są obce i w związku z tym nie są poniekąd zdolni do bycia świadomym podmiotem prawa pozytywnego? Dla których jedynym prawem jest prawo naturalne i zwyczaje, którymi rządzi się wspólnota, do której należą, i którzy żyją według swoich, odmiennych od tych, na których wyrosli stanowiący prawo pozytywne, wzorców kulturowych, nawet gdy tę wspólnotę opuszczają za chlebem i zamieszkają na przedmieściach cywilizowanego świata?

Peruwiański kodeks karny z 1991 r. w rozdziale I „Podstawy karalności” tytułu II „O czynie karalnym” Księgi I Części ogólnej w art. 14 stypizował błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego lub okoliczności zastrzającej karę (*error de tipo*) oraz błąd co do oceny prawnej czynu (*error de prohibición*). Jest to zatem mniej więcej odpowiednik naszego art. 29 i 30 k.k. Natomiast próżno szukać w polskiej ustawie odpowiednika art. 15 ustawy peruwiańskiej. Mowa w nim bowiem o, nazywanym przez doktrynę, kulturowo uwarunkowanym błędzie co do oceny prawnej czynu (*error de prohibición culturalmente condicionado*) lub też kulturowo uwarunkowanym błędzie co do zrozumienia bezprawności.

Tekst ustawy peruwiańskiej stanowi:

Kto z powodu swojej kultury lub zwyczajów popełnia czyn karalny bez możliwości zrozumienia (rozpoznania) jego przestępnego charakteru lub pokierowania swoim postępowaniem zgodnie z rozumieniem, nie podlega odpowiedzialności karnej. Jeżeli z tego samego powodu możliwość ta jest ograniczona, kara zostanie złagodzona.

2. Geneza

Według Eugenio Raula Zaffaroniego², głównego autora konstrukcji kulturowo uwarunkowanego błędu co do oceny prawnej czynu, źródeł odmiennego traktowania podmiotów należących do odmiennych kultur na

² Argentyński prawnik, autor projektów kodyfikacji karnych – argentyńskiego, ekwadorskiego i kostarykańskiego.

obszarze prawnokarnym, które popełniają czyn spełniający znamiona typu czynu zabronionego, należy doszukiwać się już w projekcie kodeksu karnego Livingstone'a dla Luizjany. Projekt ów przyznaje plemionom indiańskim zamieszkującym stan Luizjana możliwość posługiwania się własnymi zwyczajami i normami w ich własnych wzajemnych relacjach³.

Stosunek do odpowiedzialności karnej członków wspólnot wiejskich lub tubylczych (*comunidad campesina o nativa*) od samego zarania peruwiańskiej myśli prawniczej przechodził różnorakie stadia. Zaczęło się od zupełnego pominięcia tej kwestii w pierwszym kodeksie karnym Republiki z 1862 r., co może nie było tylko prostą negacją czy lekceważeniem różnic etnicznych istniejących pomiędzy mieszkańcami młodego postkolonialnego kraju, ile wyrazem liberalnego i pozytywistycznego założenia, że wszyscy są równi wobec prawa⁴, wyrazem zaklinania rzeczywistości, projektowaniem stanu pożądanego, lecz nieistniejącego.

W kolejnym kodeksie karnym, z 1924 r., ustawodawca nie ignoruje już rzeczywistości rdzenno-tubylczej, wyraźnie przecież odmiennej od kręgu kultury oficjalnej. Dogmatyczne założenia odmiennego traktowania członków innych kręgów kulturowych zbliżone są do instytucji niepoczytalności.

Ustawodawca w art. 44 i 45 ówczesnego kodeksu wprowadzał dość osobliwy podział Peruwiańczyków na: a) „dzikich” (art. 44); b) „tubylców połowicznie cywilizowanych lub zdegenerowanych przez poddaństwo i alkoholizm” (art. 45) oraz; c) wszystkich pozostałych, czyli „ludzi cywilizowanych”. Artykuł 44 w razie przestępstwa popełnionego przez „dzikiego” obligował sędziego do brania pod uwagę specyficznej kondycji przestępcy oraz dawał mu możliwość zastąpienia kary pozbawienia wolności na osadzenie go w karnej kolonii rolnej na czas nie dłuższy niż 20 lat, gdzie „dziki” miał się asymilować do życia cywilizowanego i moralnego prowadzenia się. Jeśli „dziki” był pojętym uczniem mógł wyjść na wolność już po odbyciu 2/3 przewidzianego wymiaru kary. Artykuł 45 zaś w razie przestępstwa popełnionego przez „tubylców połowicznie cywilizowanych lub zdegradowanych przez poddaństwo i alkoholizm” przewidywał obowiązek uwzględnienia przez sędziego ich rozwoju umysłowego, stopnia kultury (tj. stopnia ucywilizowania) i ich zwyczajów. Ewentualnie sędzia mógł wedle swojego uznania ulokować go na czas odbycia kary w karnej kolonii rolnej zamiast w więzieniu⁵.

³ F.V. Terreiros, *Codigo Penal. Comentado*, Tomo 1, Titulo Preliminar, Parte General, red. J.L. Castillo Alva, Lima 2004, s. 495.

⁴ *Ibid.*, s. 490.

⁵ *Ibid.*, s. 492.

Podejście takie i użycie aż tak niepoprawnej politycznie terminologii było rażąco etnocentryczne i nie reprezentowało poglądów twórców kodeksu (zwłaszcza Víctora M. Maúrtuy) ani tym bardziej stanu myśli antropologicznej na rok 1924. Był to *par excellence* punkt widzenia „konkwistadora” patrzącego z wyższością na ludy podbijane i przekonanego, iż jego moralnym obowiązkiem jest niesienie kaganka białej kultury i czynienia sobie ich ziemi poddaną; norma konieczna i praktyczna, o celach edukacyjno-opiekuńczych na korzyść autochtonów, przedmiotów specjalnej troski ze strony ustawodawcy⁶. Punkt widzenia, dla którego kryteria niepoczytalności autochtona opierały się na niższości psychologicznej, społecznej, ekonomicznej lub większej podatności na zgubny wpływ używek lub otoczenia i który kwalifikował autochtona jako niepoczytalnego nie dlatego, że należy do innego kręgu kulturowego, ale przez sam fakt bycia autochtonem. Regulacja ta pełniła poniekąd funkcję cywilizowania jeszcze nieucywilizowanych obywateli. Postawa, którą można nazwać rasistowskim i etnocentrycznym paternalizmem. Aż trudno uwierzyć, że taki stan normatywny utrzymywał się aż do lat 90., kiedy nowy kodeks karny całkowicie zerwał z archaiczną regulacją i pejoratywną terminologią.

3. Artykuł 15 peruwiańskiego k.k. z 1991 r. – kulturowo uwarunkowany błąd

Zasadniczy przełom w podejściu do kwestii autochtonów dokonał się w Konstytucji z 1993 r. Artykuł 2 pkt 19 tejże konstytucji przyznaje jednostce prawo do tożsamości kulturowej i etnicznej: Państwo uznaje i chroni pluralizm etniczny i kulturowy narodu. Każdy Peruwiańczyk ma prawo do używania swojego własnego języka. Natomiast art. 149 daje członkom wspólnot wiejskich lub tubylczych możliwość wykonywania swojego specjalnego wymiaru sprawiedliwości według norm ich prawa zwyczajowego, pod warunkiem poszanowania praw fundamentalnych i w koordynacji z sędziami pokoju i wyższymi instancjami wymiaru sprawiedliwości⁷.

Artykuł 15 peruwiańskiego k.k. z 1991 r. jest więc elementem nowego systemu opartego na pryncypiach poszanowania i ochrony pluralizmu oraz różnorodności kulturowej Peru. Celem było znalezienie nowego podejścia do członków grup kulturowo odmiennych w przypadku popełnienia

⁶ *Ibid.*, s. 493.

⁷ Tłumaczenie autorkie.

przez nich czynu uważanego za przestępny przez kulturę dominującą, zaś głównym założeniem porzucenie kryterium czysto etnicznego czy kulturowego w kwalifikowaniu tych osób jako niezdolnych do ponoszenia odpowiedzialności⁸. Z dogmatycznego punktu widzenia istotne jest odejście od traktowania autochtona jako niepoczytalnego i przeniesienie analizy na pole zdolności do zawinienia i błędu, tak jak postulował to E.R. Zaffaroni. Taka była przynajmniej wola ustawodawcy i twórców kodyfikacji, czemu dali wyraz w uzasadnieniu do nowego kodeksu⁹. Jednakże nie udało im się odejść definitywnie.

Według José Hurtado Pozo¹⁰ intencją twórców ustawy było przyjęcie koncepcji E.R. Zaffaroniego, aczkolwiek nie do końca im się to udało. Wyrażenie użyte w tekście ustawy jest co najmniej dwuznaczne; „brak możliwości zrozumienia znaczenia przestępnego charakteru swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem zgodnie z tym rozumieniem” użyty w art. 15 jest łądząco podobny do znamienia niepoczytalności w art. 20.1 – brakiem zdolności (możności) zrozumienia przestępnego charakteru swojego czynu lub zachowania się zgodnie z tym rozumieniem. Niektórzy autorzy¹¹ utrzymują wręcz, że w istocie art. 15 w aktualnym brzmieniu nie jest rodzajem błędu co do oceny prawnej czynu, lecz kolejną przyczyną niepoczytalności (tak na przykład, jak ma to miejsce w ustawodawstwie kolumbijskim) tuż obok wieku, tj. kryterium psychologiczno-biologicznego i „anomalii psychicznej, ciężkiego zaburzenia świadomości lub percepcji, które poważnie wpływają na pojmowanie rzeczywistości”, tj. kryterium psychiatrycznego. Miałoby to być jakoby kryterium społeczno-kulturowe – brak zdolności zrozumienia przestępnego znaczenia swojego czynu z powodu różnic kulturowych. Takie stanowisko należy jednak do mniejszości. Niepoczytalność ma swoje źródła tylko w zaburzeniach psychicznych lub niedojrzałości. Zakłada się, że tylko człowiek dojrzały oraz zintegrowany społecznie, tj. taki, który zinternalizował dostatecznie normy społeczne leżące u podstaw norm karnych, jest zdolny do przypisania mu winy.

⁸ J.H. P o z o, *El indígena ante el derecho penal: caso peruano*, s. 6 – http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_05.pdf.

⁹ F.V. T e r r e o r o s, *op. cit.*, s. 497.

¹⁰ J.H. P o z o, *Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?*, w: *Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano*, red. J. Hurtado Pozo, Lima 2004, s. 3.

¹¹ I. M e i n i, *Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal*, „Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho” 2007, nr 60, s. 33.

Zdecydowana większość doktryny peruwiańskiej należy do zwolenników koncepcji E.R. Zaffaroniego i interpretuje art. 15 według takich kategorii, stosując wykładnię autentyczną, teleologiczną i systemową.

Faktem jednak jest, iż art. 15 i kulturowo uwarunkowany błąd co do prawa został dość niefortunnie sformułowany i stąd też należy go uważać za niewłaściwą implementację koncepcji E.R. Zaffaroniego, którą można uznać za słuszną *de lege ferenda*, lecz *de facto* aktualne brzmienie omawianego artykułu bliższe jest instytucji niepoczytalności aniżeli błędu¹². Tym niemniej brzmienie art. 15 zostało sformułowane w odpowiedzi na propozycje E.R. Zaffaroniego i przy wyraźnej akceptacji akademików peruwiańskich¹³, i przez ten pryzmat jest również analizowane i interpretowane.

Dla E.R. Zaffaroniego w kulturowo uwarunkowanym błędzie sprawca nie może zrozumieć przestępnego charakteru swojego czynu lub pokierować swoim postępowaniem zgodnie z tym zrozumieniem. Chodzi o niezdolność do zawinienia, która wynika z błędu lub nieświadomości (tj. niewiedzy), w której działa sprawca. Podmiot nieświadom przestępnego charakteru swojego czynu jest niezdolny do zawinienia. Kulturowo uwarunkowany błąd co do rozumienia jest rodzajem błędu co do prawa. Nie może być wymagalne rozpoznanie przestępnego charakteru czynu w przypadku usprawiedliwionego błędu co do prawa oraz psychicznej niezdolności do rozumienia bezprawnego charakteru czynu. A nawet gdyby można było wymagać od podmiotu rozpoznania, tj. uświadomienia sobie bezprawności czynu (na przykład kiedy podmiot miał dostateczny kontakt z normami kultury dominującej, w oparciu o które została sformułowana norma prawnokarna), jego możliwości pokierowania swoim zachowaniem mogą być znacząco ograniczone. Tak jest w przypadku stanu wyższej konieczności i niezdolności dostosowania swojego zachowania do świadomości bezprawności czynu. Fundamentalne znaczenie dla E.R. Zaffaroniego ma możliwość zrozumienia przestępnego charakteru swojego czynu. Prawo nie wymaga bowiem, by podmiot miał świadomość przestępności czynu, lecz możliwość dowiedzenia się o tym, poznania. Chodzi o samą potencję, a nie jej aktualizację. Przestępność według niego, to ogół obiektywnych okoliczności, które czynią z danego zachowania przestępne, rozumianych jako wymogi pozwalające wymierzyć komuś karę¹⁴.

¹² J.H. Pozo, *Art. 15...*, *op. cit.*, s. 3.

¹³ M.in.: R. Peña Cabrera, F. Villavicencio Terreros (F.V. Terreros, *op. cit.*, s. 496–497).

¹⁴ J.H. Pozo, *Art. 15...*, *op. cit.*, s. 4.

Wyjątkowo ważny jest sposób, w jaki rozumiany jest błąd co do „zrozumienia” (*error de comprensión*). Według E.R. Zaffaroniego, a w ślad za nim także autorów peruwiańskich, zrozumienie to nie czyste poznanie czy dowiedzenie się, ale internalizacja normy, jej introjekcja¹⁵, nabranie wewnętrznego przekonania o jej słuszności, przyjęcie jej do swojego wewnętrznego systemu normatywnego. Tak więc sama okoliczność, że podmiot wiedział, iż dane zachowanie stanowi przestępstwo, nie wystarczy do uznania, że to rozumiał. Dla przypisania zawinienia prawo uznaje za wystarczającą „wymagalną możliwość zrozumienia bezprawności”. Nie można przypisać komuś winy, jeśli nie można od niego wymagać zrozumienia bezprawności czynu. A więc owa możliwość zrozumienia jest niczym więcej, jak stopniem wymagalności hipotetycznej możliwości zrozumienia niesłuszności, niewłaściwości czynu. Zaś różnice w rozumieniu na świecie mogą być ogromne. W skrajnych sytuacjach może się okazać niemożliwe, by wymagać zrozumienia bezprawności danego czynu przez podmiot, albowiem według E.R. Zaffaroniego nie można od nikogo wymagać, by inkorporował jako swoje normy postępowania czy wartości, które są mu z gruntu obce, które odpowiadają koncepcji świata zupełnie dla niego niepojętej. Patrząc przez pryzmat zawinienia u podstaw kulturowo uwarunkowanego błędu co do zrozumienia leży niewymagalność internalizacji normy kulturowej uznanej przez ustawodawcę z powodu odmiennego uwarunkowania kulturowego jednostki, albowiem rozwijała się ona w odmiennej kulturze niż dominująca i przyswajała od małego odmienne wzorce zachowań i waloryzację tejże kultury¹⁶. Chodzi tu o tzw. egzotyczną socjalizację¹⁷. Co więcej, błąd co do zrozumienia obejmuje nie tylko przypadki nieznajomości zakazu, ale też sytuacje, kiedy podmiot zna normę zakazującą, lecz nie sposób od niego wymagać jej zrozumienia, tj. internalizacji przez niego jako części swojego systemu wartości. Chodzi o przypadki, kiedy podmiot zinternalizował wartości różne od tych i niekompatybilne z tymi, na których opiera się norma zakazująca wzmocniona sankcją prawnokarną. Zawinienie zaś nie wymaga, żeby jednostka zinternalizowała tę normę, tylko żeby miała taką możliwość w stopniu rozsądnie wymagalnym. Wymagalność natomiast zależy od stopnia wysiłku, na jaki jednostka musi się zdobyć, by mogło dojść do efektywnego zrozumienia.

¹⁵ F.V. Terreos, *op. cit.*, s. 498.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, s. 500, 521–522.

Tekst ustawy rozróżnia dwie sytuacje. Pierwsza, kiedy podmiot z powodu swojej kultury dokonuje czynu karalnego nie mogąc zrozumieć jego przestępnego charakteru lub zachować się w zgodzie co do tego rozumienia, lub kiedy jego zdolność zrozumienia (rozpoznania) jest ograniczona. Wtedy mamy do czynienia z kulturowo uwarunkowanym błędem co do zrozumienia. Druga sytuacja ma miejsce, gdy podmiot z powodu swojego zwyczaju dokonuje czynu karalnego nie mogąc zrozumieć jego przestępnego charakteru lub pokierować swoim postępowaniem zgodnie co do tego rozumienia, lub kiedy jego zdolność zrozumienia jest ograniczona. W takim wypadku mówi się o tzw. sumieniu innowiercy¹⁸.

A. Kulturowo uwarunkowany błąd co do zrozumienia (*error de comprensión culturalmente condicionado*)

Błędem takim jest usprawiedliwiony, nie do uniknięcia błąd co do oceny prawnej czynu, wynikający z kulturowego uwarunkowania, który wyklucza zawinienie i w konsekwencji zwalnia z odpowiedzialności karnej i stosowania jakichkolwiek środków prawnych w stosunku do sprawcy, tj. kar i środków zabezpieczających¹⁹.

Błąd jest nieusprawiedliwiony, kiedy sprawca nie działał z należytą starannością, kiedy nie wyszedł, choć mógł, ze stanu błędu, czyli był do uniknięcia. Jeśli błąd był nieunikalny, znaczy, że jest usprawiedliwiony. Trudno mówić o jednostkach pochodzących z innych kultur, iż błąd co do bezprawności, w jakim działały, był do uniknięcia, skoro nie miały możliwości zinternalizowania określonej normy. W ogóle kwestia nieusprawiedliwionego błędu co do oceny prawnej czynu jest w doktrynie bardzo dyskusyjna. Doktryna peruwiańska stoi na stanowisku, iż nie może być mowy o przypisywaniu członkom wspólnot wiejskich lub tubylczych działania w błędzie nieusprawiedliwionym, gdyż to implikowałoby narzucanie im innej (dominującej) kultury razem z jej wartościowaniem rzeczywistości. Wyjątkowo można to rozważać w przypadku tzw. sumienia innowiercy²⁰, i wraz z tym możliwość złagodzenia kary, o czym mowa niżej. Niestosowanie norm prawa karnego wobec członków wspólnot żyjących w izolacji i samowystarczalnych wydaje się słuszne i zgodne z celem normy, jednakże inną jest sytuacja, kiedy jakaś grupa w mniejszym lub większym stopniu znajduje się w kontakcie z systemem kultury dominującej.

¹⁸ *Ibid.*, s. 497.

¹⁹ *Ibid.*, s. 499.

²⁰ *Ibid.*, s. 501.

Część doktryny, w tym Jose Hurtado Pozo, w ogóle neguje dosłowne rozumienie pojęcia „błąd” w tym kontekście, gdyż w praktyce, kiedy tubylec dokonuje czynu realizującego znamiona typu czynu zabronionego i nawet nie zdaje sobie z tego sprawy, to nie dlatego, że działa pod wpływem usprawiedliwionego błędu co do oceny prawnej czynu stanowiącego przestępstwo (jak jest w przypadku właściwego błędu co do oceny prawnej), lecz jest niezdolny do zachowania w zgodzie z kanonami kulturowymi, które są mu obce²¹. Użycie pojęcia „błąd” implikuje, że sprawca mylił się, działał w błędzie, a przecież tak nie jest. Jeśli ktoś zachowuje się dokładnie tak jak powinien, postępuje według zinternalizowanych norm obowiązujących w środowisku i kulturze, w której żyje, to przecież dla siebie samego i dla otoczenia nie ma w tym żadnego błędu. Nazwanie jego działania błędem, mimo że zgodne z jego systemem normatywnym, lecz niezgodne z normami kultury dominującej, jest spojrzeniem dyskryminującym i etnocentrycznym.

Kwestią dyskusyjną pozostaje wciąż, mimo porzucenia typologii Peruwianczyków z poprzedniego kodeksu na cywilizowanych, połowicznie cywilizowanych i dzikich, jak traktować wspólnoty zupełnie nieskontaktowane ze zokcydentalizowaną kulturą dominującą. Czy traktować je tak samo, jak małe wiejskie wspólnoty andyjskie, które zetknęły się z kulturą dominującą kraju, acz żyją odizolowane i zachowały swoje własne zwyczaje? Czy można stopniować uwarunkowanie kulturowe i możliwość zrozumienia przestępnego charakteru swojego czynu i pokierowania swoim postępowaniem? Czy można traktować tak samo tubylca, który praktykuje *servinacuy* z 12-letnią dziewczynką w swoim naturalnym środowisku, którego nigdy nie opuszczał i imigranta z gór żyjącego na obrzeżach dużego miasta? W gruncie rzeczy właśnie do tych ostatnich znajduje zastosowanie art. 15, to znaczy tylko w sytuacjach, gdy sprawca – wieśniak lub autochton – popełnia czyn zabroniony poza swoim kręgiem terytorialnym i przeciwko dobrom prawnym obcym jego kulturze²². Czyny popełniane w obrębie i na terytorium własnym wspólnot podlegają ich własnej jurysdykcji, która znajduje legitymizację w art. 149 konstytucji²³ i tylko podlegającej kontroli państwowej władzy sądowniczej.

Kulturowe uwarunkowanie jest nie tylko przyczyną błędu co do prawa. Równie dobrze może powodować inne błędy; błąd co do znamienia

²¹ J.H. Pozo, *El indígena...*, *op. cit.*, s. 7.

²² F.V. Terreiros, *op. cit.*, s. 506.

²³ O którym mowa niżej.

typu czynu zabronionego (np. błąd co do nieświadomości związku przyczynowo-skutkowego²⁴) oraz pośredni błąd co do oceny prawnej czynu (tzw. usprawiedliwienie urojone, które ma miejsce, gdy na przykład tzw. plemiona nieskontaktowane w imię swojego przetrwania mordują każdego obcego, który wchodzi na ich terytorium, gdyż ich uprzednie doświadczenia z obcymi zajmującymi ich terytorium i wkrótce ich wypierającymi lub przynoszącymi śmiertelne dla nich choroby, np. grypę, nauczyły się unikania wszelkiego kontaktu z obcymi przybyszami). Wtedy znajduje zastosowanie art. 14 peruwiańskiego k.k., regulujący te właśnie typy błędów²⁵.

B. Sumienie innowiercy

Rozróżnienie polega na tym, iż w kulturowo uwarunkowanym błędzie co do zrozumienia *sensu stricto* ma miejsce zupełne wyłączenie winy i odstąpienie od wymierzenia jakiegokolwiek sankcji karnej, podczas gdy przy sumieniu innowiercy zawinienie jest, lecz ograniczone, a sankcja karna złagodzona. Podmiot działa pod wpływem tzw. sumienia innowiercy, kiedy odczuwa swoje zachowanie jako wynik generalnego schematu wartości innego niż dominujący. Chodzi tutaj o jednostkę, która wywodzi się z innej kultury i która żyje w kulturze, z której wartościami się nie zintegrowała. Tekst art. 15 używa terminu „zwyczaj” odnosząc się do tej problematyki. W przypadku sumienia innowiercy możliwość zrozumienia przestępnego charakteru czynu lub pokierowania swoim zachowaniem zgodnie z tym rozumieniem jest ograniczona, z powodu przynależności do kultury hołdującej innym wartościom i sędzia będzie miał obowiązek złagodzić karę.

Podęście takie jest jedną z postaci pluralizmu jurydycznego, który przejawia się (lub powinien się przejawiać) w pokojowej koegzystencji różnych form prawa lub systemów prawnych uzgodnionych z prawem oficjalnym w przestrzeni kulturowo-społecznej wyznaczonej przez to ostatnie. Popęlenie przestępstwa nie zawsze jest wyrazem konfliktu między jednostką a społeczeństwem, lecz przeciwstawieniem dwóch różnych wizji świata. Zaś w społeczeństwie demokratycznym i pluralistycznym taka koegzystencja między różnymi systemami wartości, czasami sprzecznymi, powinna być możliwa²⁶. Jednakże odmawia się relewancji dla sprzeciwu z powodu

²⁴ Np. członkowie pewnego plemienia w ramach wyganiania sił nieczystych z ich ziomka dość poważnie go turbują, co obiektywnie może spowodować uszczerbek na zdrowiu lub nawet śmierć, jednakże oni nie zdają sobie sprawy ze związku między tymi okolicznościami.

²⁵ F.V. Terreo ros, *op. cit.*, s. 504.

²⁶ *Ibid.*, s. 506–507.

niezgody sumienia, kiedy zachowania dotyczą takich dóbr prawnych, jak życie, integralność cielesna, wolność lub własność, gdyż są to elementarne dobra prawne warunkujące rozwój społeczny²⁷. Najpopularniejszym przykładem jest odmowa służby wojskowej w krajach, gdzie jest ona obligatoryjna, z powodów ideowych, odmowa transfuzji krwi przez Świadków Jehowy lub odmowa lekarza na wykonanie aborcji w razie bezpośredniego niebezpieczeństwa życia matki, kiedy jest to jedyny sposób na ratowanie życia kobiety.

4. Prawo zwyczajowe wspólnot wiejskich lub tubylczych

Artykuł 149 peruwiańskiej Konstytucji z 1993 r. stanowi, iż władze wspólnot wiejskich i tubylczych przy wsparciu okręgów wiejskich mogą wykonywać jurysdykcję na swoim terytorium według swojego prawa zwyczajowego, pod warunkiem poszanowania fundamentalnych praw osoby. Ustawa ustanawia formy koordynacji wspomnianej jurysdykcji specjalnej przez sędziów pokoju i wyższe instancje władzy sądowniczej.

Bez wdawania się w szczegóły, przepis ten sankcjonuje stosowanie prawa zwyczajowego, rozumianego jako zbiór reguł stworzonych i praktykowanych w sposób ciągły przez członków danej wspólnoty. Prawo to stosuje się tylko do członków wspólnoty i co do zasady nie do *extranei*. Oznacza to, że kiedy *extraneus* popełni czyn zabroniony na terenie wspólnoty, władze powinny oddać go w ręce władzy oficjalnej lub wspólnoty, do której należy, chyba że w tym ostatnim przypadku będą istniały jakieś międzywspólnotowe praktyki rozwiązujące taką sytuację. Natomiast członek wspólnoty, który dopuści się przestępstwa poza swoją wspólnotą, zostanie oddany do dyspozycji jurysdykcji powszechnej, która uwzględni jego kondycję według dyspozycji przewidzianych przez kodeks karny, zwłaszcza art. 15. Jeśli sprawca taki zbiegnie do swojej wspólnoty, jej władze mają obowiązek oddać go w ręce władz oficjalnych. Władze oficjalne ze swej strony nie powinny zajmować się sprawami podlegającymi jurysdykcji specjalnej ani też stosować normy prawa zwyczajowego; potępiać zachowania lub nakładać sankcje nieprzewidziane przez prawo oficjalne. W odwrotnym przypadku, tj. kiedy sprawca popełni przestępstwo na terenie wspólnoty, z której potem zbiegnie, władze oficjalne powinny oddać w ręce władz wspólnoty sprawcę

²⁷ F.M. Conde, *La objecion de conciencia en Derecho Penal*, w: *Politica Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*, red. S. Sanchez, Barcelona 1997, s. 293.

członka wspólnoty, aby te go osądziły. Tak więc jurysdykcja władz wspólnoty, według art. 149 Konstytucji jest terytorialna a nie personalna, co można wywnioskować z art. 18 peruwiańskiego k.k. z 2004 r., który mówi, że powszechna jurysdykcja karna nie jest kompetentna do zajmowania się czynami karalnymi w przypadkach przewidzianych w art. 149 Konstytucji²⁸.

Odniesienie do praw fundamentalnych w tekście artykułu rodzi nie-mało problemów. Ograniczenie wykonywania jurysdykcji specjalnej przez wspólnoty wiejskie lub tubylcze odnosi się do dwóch rodzajów sytuacji. Pierwsza, gdy pogwałcenie praw jest jakby przewidziane przez normy zwyczajowe, na przykład ukaranie członka wspólnoty za krytykowanie jej porządków lub zamiar opuszczenia jej, tj. za zachowania należące do katalogu praw fundamentalnych, albo kiedy dopuszcza się stosowanie kar cielesnych. I druga sytuacja, kiedy władze wspólnoty w wykonywaniu swojej sprawiedliwości naruszają prawa fundamentalne za nieprzestrzeganie norm zwyczajowych, na przykład karcą jednostkę za zachowania, które nie są postrzegane jako szkodliwe przez samą wspólnotę albo nakładają arbitralnie sankcje, albo używają władzy do swoich prywatnych porachunków. Dlatego bardzo ważne jest, by dobrze i skutecznie kontrolować władze wspólnot wiejskich lub tubylczych w przestrzeganiu praw fundamentalnych. W praktyce władze państwowe interweniują tylko wówczas, gdy ten, kto czuje się pokrzywdzony, składa zawiadomienie władzom oficjalnym o popełnieniu jakiegoś przestępstwa stypizowanego przez kodeks karny. Kolejnym problemem jest to, iż nie jest do końca sprecyzowane, o jaki katalog praw fundamentalnych dokładnie chodzi; jakie prawa mogą być uważane za fundamentalne, a jakie już nie. Należy też wyjaśnić to samym wspólnotom, gdyż często tego nie wiedzą oraz nauczyć je rozumienia ich w sposób podobny do tego, jak rozumiane są przez oficjalny system prawny. To zaś rodzi kolejne pytanie: czy prawa fundamentalne powinny być rozumiane jako minimum wspólnych wartości w obu systemach kulturowych, tak żeby zachować jedność i spójność pluralistycznego systemu różnych paralelnych jurysdykcji, ale w taki sposób, żeby system oficjalny nie próbował narzucić swoich wzorców kulturowych na szkodę wzorców wspólnoty ani żeby te wspólnoty nie tworzyły systemów zamkniętych i niedostępnych jakiegokolwiek wymianie kulturowej²⁹? Wydaje się, że wymiana kulturowa jest zjawiskiem pozytywnym, pod warunkiem jednak, iż jest efektem na-

²⁸ J.H. Pozo, J. Du Putt, *Derecho Penal y las diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú*, w: *Derecho Penal y pluralidad cultural*, red. J.H. Pozo, Lima 2007, s. 235.

²⁹ *Ibid.*, s. 235–236.

turalnego rozwoju społecznego i dobrowolnego otwarcia na świat, a nie podboju i podporządkowania.

5. Zakończenie – obszar stosowania

Katalog zachowań dokonywanych przez podmioty, w stosunku do których stosuje się art. 15 peruwiańskiego k.k. jest dość ograniczony, aczkolwiek zróżnicowany. Wspomniany na początku *servinacuy* jest przejawem szerszego zjawiska współżycia z dziewczynkami poniżej ustawowej granicy dopuszczającej współżycie. W orzecznictwie sądów można spotkać się ze zwyczajem porwania, kiedy to jednostka wywodząca się ze środowiska, w którym porwanie panny z domu jest jednym ze zwyczajowych sposobów na faktyczne zawarcie małżeństwa, przenosi swoje zwyczaje na obszar, gdzie zwyczaju takiego brak, np. na przedmieścia wielkiego miasta i porwa pannę, dla której otoczenia taki zwyczaj jest obcy. Innym problemem są szamani i znachorzy. Ich praktyki leczniczo-magiczne czasami narażają na niebezpieczeństwo utraty życia lub powodują poważne uszkodzenia ciała u „pacjentów”. Z drugiej strony w razie niepowodzenia ich zabiegów sami są narażeni na krwawy odwet ze strony krewnych pacjenta. Kolejnym przykładem są wspomniane już samoobronne praktyki mordowania obcych próbujących wkroczyć na terytorium zajmowane przez niektóre plemiona tzw. nieskontaktowane, np. atakowanie drwali (najczęściej nielegalnych) wycinających puszcę bez umiaru, ładu i składu, co ma też i swoje dobre strony w postaci zniechęcania innych śmiałków do dalszej i bezmyślnej dewastacji środowiska naturalnego, aczkolwiek w tym wypadku zastosowanie art. 15 peruwiańskiego k.k. może być dyskusyjne. Część doktryny uważa, iż takie zachowanie stanowi błąd co do prawa pośredni, stypizowany w art. 14 zdanie drugie peruwiańskiego k.k.³⁰, o czym mowa wyżej. Co ciekawe, orzecznictwo peruwiańskie nie zanotowało do 2004 r. żadnego przypadku tzw. sumienia innowiercy. Natomiast przy kwalifikowaniu czynu jako kulturowo uwarunkowany błąd sądy rzadko zwalniają sprawców całkowicie z odpowiedzialności, zazwyczaj ograniczają się do złagodzenia kary³¹. Analizując wybrane orzeczenia sądów peruwiańskich i głosy doktryny, trudno oprzeć się wrażeniu, iż sądy peruwiańskie nie do końca rozumieją omawianą konstrukcję, a zwłaszcza rozróżnienie na kulturowo uwarunkowany błąd *sensu stricto* i tzw. sumienie innowiercy. Co więcej, nierzadko

³⁰ F.V. Terreoros, *op. cit.*, s. 509–518.

³¹ *Ibid.*, s. 509.

kwalifikują jako kulturowo uwarunkowany błąd przestępstwa korupcyjne, co jest zupełnym rozminięciem się z celem wprowadzonej regulacji. Dlatego też doktryna, jak i przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości, starali się ustalić przesłanki stosowania konstrukcji kulturowo uwarunkowanego błędu. Luis E. Francia Sanchez wyróżnił cztery przesłanki: a) przynależność do wspólnoty tubylczej lub wiejskiej; b) kultura lub zwyczaje panujące we wspólnocie mają wpływ na rozumienie charakteru przestępnego czynu lub możliwość pokierowania swoim zachowaniem zgodnie z tym rozumieniem; c) należy uwzględnić również osoby obce, które zintegrowały się ze wspólnotą i działają w dobrej wierze; d) należy dokładnie określić normy zwyczajowe i zwyczaje panujące w danej wspólnocie, które miały wpływ na postępowanie podmiotu³².

W Europie konstrukcja kulturowo uwarunkowanego błędu mogłaby być relewantna dla zachowań członków mniejszości narodowych, np. Romów, i praktykowanych przez nich małżeństw z dziewczynkami poniżej 15. roku życia, które są integralnym elementem ich kultury od setek lat i które przez systemy normatywne krajów, w których żyją, są niedopuszczalne. Inną kwestią są obyczaje, często okrutne, imigrantów z krajów islamskich lub Afryki, jak choćby obrzezanie dziewczynek. Szacuje się, że we Francji żyje między 50 a 60 tys. ofiar takich zabiegów³³, które nierzadko prowadzą do śmierci pokrzywdzonych. Pozostaje jednak dla mnie kwestią wysoce wątpliwą, czy to ostatnie zachowanie zasługuje na ochronę lub chociażby jego tolerowanie w imię prawa do tożsamości kulturowej (którego kulturowo uwarunkowany błąd jest przejawem na płaszczyźnie prawnokarnej), jeśli samo w sobie stanowi rażące pogwałcenie innych, niewątpliwie bardziej rudymenarnych praw człowieka, takich jak życie, integralność cielesna czy godność osobista. Ponadto rozpatrywanie zachowań imigrantów w Europie w kategoriach kulturowo uwarunkowanych błędów jest dość kontrowersyjne. Uważa się bowiem, że prawo do tożsamości kulturowej dotyczy tylko ludności tubylczej i mniejszości narodowych „u siebie”, tj. tych, którym inny porządek normatywny, ten oficjalny, został narzucony siłą. Natomiast imigranci niejako sami, dobrowolnie znaleźli się w innej kulturze i dlatego też powinni, nawet jeśli w minimalnym stopniu, do norm tej kultury się dostosować³⁴.

³² L.E. Francia Sanchez, *Aplicacion del Error Culturalmente Condicionado*, s. 2–3, http://www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/analisis_pleno/aplic_error.doc.

³³ Źródło: Raport francuskiego Narodowego Instytutu Studiów Demograficznych z października 2007 r., http://www.ined.fr/fichier/t_telechargement/22697/telechargement_fichier_fr_438.pdf.

³⁴ Tak twierdzi W. K y m l i c k a, *Multicultural citizenship*, Oxford 1996, s. 96.