

Magdalena Krysińska-Kałużna

Obrona przez kulturę



Dominika Bek
*Obrona przez kulturę. Analiza na gruncie
 polskiego prawa karnego*
 Wydawnictwo C.H.Beck
 Warszawa 2018
 ss. 392
 ISBN 978-83-812-8761-6

Obrona przez kulturę jest instytucją prawną funkcjonującą w anglosaskiej kulturze prawnej, w szczególności w krajach, których narody, to – w przeważającej liczbie – potomkowie imigrantów i nowi imigranci. Ludzie przyjeżdżający do Stanów Zjednoczonych, Kanady, czy Australii przywożą ze sobą uwarunkowane kulturowo koncepcje dotyczące leczenia chorób, możliwości stosowania przemocy, czy seksualności. W tekstach antropologów, socjologów, prawników z początku lat 90. XX wieku znajdujemy opisy problematycznych sytuacji, z którymi musiały sobie radzić amerykańskie sądy: Jak potraktować japońską kobietę, która przeżyła (w przeciwieństwie do dwójki jej dzieci) zaplanowane przez siebie *oya-ko shinju*, honorowe, rozszerzone samobójstwo obejmujące nie tylko samobójcę, ale i jego potomstwo? Czy na taką samą karę, jaką otrzymują inni gwałciciele, zasługuje członek ludu Hmong, który zgodnie z tradycją porwał swoją przyszłą żonę i nie zauważył, że jej opór (wymóg tradycji stawiany porwanej kobiecie) jest prawdziwy, a nie pozorowany¹? W tych i w wielu podobnych przypadkach sądy uznawały, że pozwany działał zgodnie z wymogami i normami kultury, w której został wychowany, co powinno mieć wpływ na decyzje, co do winy i na ewentualny wymiar kary.

¹ Zob. np.: Carolyn Choi, *Application of a Cultural Defense in Criminal Proceedings*, UCLA Pacific Basin Law Journal, 8 (1), 1990, s. 80–90.

Jednym z ciekawszych przypadków skutecznej sądowej obrony przez kulturę o jakim słyszałam była historia opowiedziana mi przez Rolanda Woodworda, Indianina Dene z Kanady: W 1995 roku Leon Gavin Jacko, Anishinaabe z narodu Sheguiandah (Sheguiandah First Nation) żyjącego w Kanadzie, zabił *bearwalkera*, w którego przeobrażał się jego wuj. Postać *bearwalkera* wywodzi się z mitologii Indian Odżibuejów. Dla wielu grup tego ludu niedźwiedź (*bear*), to pozytywny symbol, jednak *bearwalker* jest postacią negatywną, wykorzystującą magiczną wiedzę uzdrawiającą związaną z niedźwiedziem do swoich egoistycznych celów. Zgodnie z tradycją Indian Anishinaabe, zły duch *bearwalkera* może zostać przyzwany przez osobę praktykującą czarną magię. Wchodzi on wówczas w duszę człowieka. Moc *bearwalkera* może powodować nieszczęście, choroby i przedwczesną śmierć. *Bearwalker* może pojawiać się pod postaciami różnych zwierząt, ale także, na przykład, kuli ognia. Powstrzymać go może jedynie zabicie go. Wuj Leona Gavina Jacko chwalił się, iż posiada władzę *bearwalkera* i wiele osób było o tym przekonanych. Zabójca został uniewinniony. Kanadyjski sąd, uznał, iż zabójstwo zostało dokonane w samoobronie. To kultura – zdaniem sądu – uwarunkowała przekonanie, że przeobrażający się w *bearwalkera* mężczyzna jest zagrożeniem dla całej rodziny, w tym dla dzieci Leona. Zastosowanie obrony przez kulturę w krajach *common law* dotyczy więc sytuacji, w której działania sprawcy nienależącego do grupy dominującej, zostały zdeterminowane przez normy i wartości kultury mniejszościowej. Te normy i wartości, które powodowały sprawcę, stoją – w jakiś sposób – w sprzeczności z nakazami i normami odzwierciedlonymi w obowiązującym prawodawstwie.

Teoretyczne podwaliny stosowania obrony przez kulturę zostały wypracowane przede wszystkim w krajach anglosaskich, jednak problem istnieje nie tylko w krajach stosujących prawo precedensowe. Jak zauważa Dominika Bek, w Polsce także zdarzają się czyny zabronione, które należy analizować w kontekście kulturowym. Dotyczy to pojawiających się u nas imigrantów, ale również społeczności od wieków wtopionych w Polskę i polski krajobraz kulturowy do jakich należą Romowie. Autorka uważa, iż szczególna rola jaką mniejszość romska odgrywa w krajowym dyskursie na temat obrony przez kulturę sprawia, iż problem należy omówić odwołując się przede wszystkim do sytuacji tej właśnie grupy etnicznej. Jednak zasady kulturowe, do których nawiązują tzw. małżeństwa romskie, to nie jedyny przywoływany w książce problem norm pozostających w sprzeczności lub mogących pozostawać w sprzeczności z przepisami polskiego prawa karnego. Innym wspomnianym przykładem praktyki, który można uznać za czyn zabroniony motywowany kulturowo, jest na przykład obrzezanie dzieci podyktowane względami religijnymi.

Dominika Bek w „Obronie przez kulturę” prezentuje narzędzia, które mogłyby w Polsce prowadzić do złagodzenia lub wyłączenia odpowiedzialności karnej ze względu na czynnik kulturowy. Książka składa się z czterech obszernych części oraz krótkiego zakończenia („Zamiast zakończenia”). Część pierwsza poświę-

cona jest kulturze i jej relacji z prawem. W tym rozdziale zawiera się mnóstwo informacji na temat kultury, jej funkcji, powiązań z prawem i moralnością oraz koncepcji badawczych, które Autorka uznaje za interesujące i ważne dla swojego dalszego wyводу. Część druga dotyczy wielokulturowości i jej polityczno-prawnych interpretacji – multikulturalizmu, czynów zabronionych motywowanych kulturowo oraz obrony przez kulturę. Znajdziemy tu informacje na temat powstawania koncepcji wielokulturowości jako projektu społeczno-politycznego, argumenty za i przeciw obronie przez kulturę wypracowane w krajach anglosaskich, a także m.in. definicje kultury i mniejszości kulturowej oraz omówienie problemu polskiej wielokulturowości. Kluczowe dla rozważań Autorki rozdziały, to dwie kolejne części książki: „Prawa człowieka wobec różnorodności kultur w świetle wybranych obowiązujących w Polsce aktów prawa międzynarodowego, europejskiego i krajowego” oraz „Czyny zabronione motywowane kulturowo i obrona przez kulturę w warunkach polskiego prawa karnego”. W pierwszym z nich poznajemy przede wszystkim prawa i wolności przemawiające na rzecz obrony przez kulturę oraz przez nią zagrożone. Kolejny rozdział, to przede wszystkim bardzo szczegółowe omówienie narzędzi, które umożliwiłyby zastosowanie obrony przez kulturę w polskim prawie karnym. Omówione zostają kontraty typy ustawowe i pozaustawowe, okoliczności umniejszające stopień społecznej szkodliwości czynu, okoliczności wyłączające lub umniejszające winę.

Nie jestem prawnikiem i nie potrafię kompetentnie odnieść się do wyводу prawnego Dominiki Bek, jednak z całą pewnością jest on niezwykle szczegółowy i logiczny. Autorka wykonała ogromną pracę analizując zawilgości polskiego prawa karnego, konstytucyjnego, a także innych obowiązujących w Polsce aktów prawnych, w kontekście możliwości zastosowania obrony przez kulturę. Dla prawnika-praktyka „Obrona przez kulturę”, ze wszystkimi przeprowadzonymi przez Autorkę analizami i opisami przypadków, z całą pewnością będzie niezwykle pomocna. Ze względu na swój interdyscyplinarny charakter, będzie miała również bardzo dużą wartość dla osób zajmujących się socjologią i antropologią prawa.

Jak już wspomniałam, nie mogę kompetentnie zrecenzować prawniczej warstwy tekstu, jednak mając wykształcenie etnologiczne czuję się w obowiązku podzielenia się kilkoma uwagami powiązanych z przedstawioną w tekście analizą zjawisk kulturowych. Pierwsza z nich dotyczy podjętej przez Dominikę Bek próby opisanego w jednym rozdziale kultury (jako kategorii badawczej), powiązanych z nią zjawisk (akulturacji, asymilacji, kręgu kulturowego, dyfuzji) oraz koncepcji psychokulturalizmu. Uporządkowanie tak wielu pojęć w interdyscyplinarnym tekście wprowadzającym do rozważań prawnych łatwo może zwieść na manowce i zrodzić przysłowiowe „kłopoty z kulturą”. Kłopoty te dotyczą m.in. pojęcia akulturacji, o której Autorka pisze, że to zmiana „rdzenia kultury”. Pamiętajmy jednak, że akulturacja może przyjmować różne formy i dotyczyć różnych elementów (aspektów, fragmentów, dziedzin) kultury. Ralph Linton, którego Dominika

Bek często przywołuje, pisze: „Akulturacja obejmuje te zjawiska, które pojawiają się wtedy, gdy grupy jednostek posiadających różne kultury wchodzą ze sobą w ciągły, bezpośredni kontakt, wywołujący zmiany w rodzimych wzorach kulturowych jednej z tych grup lub ich obu”². Zmiany te mogą mieć różny charakter i dlatego akulturacja może być głęboka (gdy zmiany obejmują cały system i dotyczą przede wszystkim wartości, norm, idei), bądź płytka (gdy zmiany zachodzą głównie w sferze technologii, surowców, stylistyki). Nie koniecznie musi więc ona dotyczyć „rdzenia kultury” (czymkolwiek by on nie był). Dominika Bek pisze też, że akulturacja jest najbardziej gwałtowną z form dyfuzji. Akulturacja jest jednak raczej możliwym efektem dyfuzji, nie zaś jej formą.

Podobnie jak ma to miejsce z definicją akulturacji, nie do końca jest dla mnie jasne przyjęte przez Autorkę rozumienie kultury. Raz ma ona charakter wyłącznie ideacyjny (jest jedynie wzorami zachowania i myślenia), by dwie strony dalej pojawić się również jako „system zachowań” (wszelkie poziomy aktywności) i później znów powrócić do formy ideacyjnej. Rozumienie kultury ma dla dalszego wywodu szczególne znaczenie ze względu na pewne przyjęte przez Autorkę założenia. Za Wiliamelem Grahamem Sumnerem (1840–1910), Dominika Bek przyjmuje, iż reguły postępowania można podzielić na: zwyczaje, moralność i prawo. Wydaje się jednak, że podział taki może dotyczyć jedynie społeczności, w których prawo wyodrębnione jest jako oddzielna instytucja. Już Bronisław Malinowski pisał w 1914 roku, że należy unikać przenoszenia zachodnich pojęć prawa na instytucje regulujące życie „krajowców”.

Według Malinowskiego bez względu na to, czy jakąś regułę nazwiemy prawem, czy zwyczajem trzeba zbadać, czy jest ona rzeczywiście przestrzegana, w jakich warunkach nabiera mocy obowiązującej i jakie są społeczne mechanizmy, które zmuszają do podporządkowania się jej. Jest to myśl towarzysząca badaczom, którzy patrzą na prawo raczej jako na proces, niż na zespół norm. Podobną opinię na temat istoty prawa wyrażał Leopold Pospisil, który twierdził, że: „prawo (jus) nie jest systemem reguł (leges), ale zasadami wyodrębnionymi z decyzji prawnych, które są w rzeczywistości egzekwowane”³. Rozumiem jednak, że podział nawiązujący do Sumnera był Autorce potrzebny, ponieważ zależało jej na wyodrębnieniu prawa jako oddzielonej od kultury kategorii reguł. Jak rozumiem, Domika Bek uznaje, że tylko prawo niebędące częścią kultury, tak jak ją definiuje, ale – jak pisze – będące jej korelatem, może być poddane badaniu wpływu kultury na nie. Wówczas, jak uważa Autorka, stwierdzenie, że norma prawna jest zgodna lub niezgodna z kulturą nie jest wewnętrznie sprzeczne. Czym w takim razie według Autorki jest *romanipen*? Prawem (zwyczajowym)? Czy też elementem rom-

² Redfield Robert, Ralph Linton, Melville J. Herskovits, *Memorandum for the Study of Acculturation*, „American Anthropologist” 38:1936, s. 149–152.

³ Leopold Pospisil, *Corrections of a Reappraisal of Leopold Pospisil*, „Journal of Legal Pluralism”, 2001, nr 46, s. 117.

skiej kultury (niebędącym prawem)⁴? Może tu znów przywołam Pospisila, który stwierdzał, że jednostka podlega regulacjom prawnym w każdej z podgrup, do której należy. Podgrupy te, według badacza, można ułożyć w pewną hierarchię, tworząc jednocześnie hierarchię systemów prawnych. Ostatecznie badacz ten doszedł do wniosku, że istnieje tyle systemów prawnych, ile jest poziomów prawa. Pospisil uważał, że w każdej wydzielonej grupie działają cztery elementy tworzące prawo: władza, intencja uniwersalnego zastosowania, obligatio oraz sankcje⁵. Każda z nich ma więc własny system prawny i własny sposób sankcjonowania zachowań, a cały system prawa tworzy hierarchię złożoną z podgrup, które mogą być w związku z tym zestratyfikowane. „Poziom prawa – pisze o koncepcji Pospisila Norbert Rouland – to suma systemów prawa należących do podgrup tego samego rodzaju i posiadających podobny stopień integracji (czyli każda z następujących grup tworzy inny poziom prawa: rodziny nuklearne, lineażę, wspólnoty wiejskie, narody, imperia). Nie ma różnicy jakościowej pomiędzy prawem państwowym i systemem kryminalnej koterii jaką jest Cosa Nostra. Istnieje jedynie różnica w hierarchii”⁶. Jednostka identyfikuje się z różnymi poziomami prawa, w zależności od tego, do jakich podgrup należy oraz w zależności od sytuacji. Jacek Kurczewski zauważa, że wielość poziomów prawa była przyjmowana także przez innych antropologów prawa, a teoretycznym patronem takiego podejścia mógłby być polski socjolog, Leon Petrażycki, „który w swoich pracach wyciąga odpowiednie konsekwencje z przyjętego rozumienia prawa i mówi o różnych rodzajach prawa, dopuszcza istnienie prawa studentów, prawa karciarzy, prawa przestępców i prawa dzieci na równi z prawem oficjalnym”⁷.

Operacja oddzielenia prawa od kultury – być może dla prawnika całkiem zwyczajna operacja logiczna – jest dla etnologa dość karkołomna i trudna do zaakceptowania. Wydaje mi się, że stosując tok myślenia przyjęty przez Autorkę, gdybyśmy chcieli zbadać np. wpływ kultury na religię⁸, musielibyśmy uznać, że religia nie jest częścią kultury i w podobny sposób wykluczać, wedle życzenia, np. literaturę, teatr, sport, ekonomię, itd. Tym sposobem wykluczyć moglibyśmy wszystko, co etnologia uznaje za dziedziny kultury i dojść do stwierdzenia, że kultura *de facto* nie istnieje (podobno niektórzy tak twierdzą) ewentualnie, że nie istnieje prawo (tak też niektórzy twierdzą).

⁴ Autorka na temat prawa zwyczajowego pisze: „Można powiedzieć, że prawo zwyczajowe stanowi pewną postać przejściową; obejmuje takie zwyczajowe normy kulturowe, które mają potencjał, aby stać się prawem w pełnym tego słowa znaczeniu” (s. 30).

⁵ Leopold Pospisil, *Kapauku Papuans and Their Law*, Yale University Publications in Anthropology, No. 54, New Haven, 1958, s. 273–278.

⁶ Norbert Rouland, *Legal Anthropology*, Stanford University Press, Stanford 1994, s. 55.

⁷ Jacek Kurczewski, *Prawo prymitywne*, Wiedza Powszechna, Warszawa, 1973, s. 144. Zob. też: Leon Petrażycki, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, t. II, PWN, Warszawa, 1960, s. 328.

⁸ Autorka pisze: „Poza zakresem tak rozumianej kultury pozostają zarówno wytwory człowieka, jak i przejawy boskiego objawienia (s. 34)”.

Kwestia rozumienia relacji pomiędzy kulturą i prawem jest więc dla mnie pewnym problemem, który – jak sądzę – zasługuje na dodatkowe przemyślenie w tym niezwykle interesującym interdyscyplinarnym dziele. Pozostałe kwestie widziane okiem etnologa, o których już wspomniałam, mają mniejsze znaczenie⁹. Zmagania z kulturą dla całości rozumowania mają zresztą charakter raczej poboczny i nie szkodzą wcale logice wyводу prawnego (na ile mogę ją ocenić) oraz wnioskowi dotyczącemu zastosowania, bądź niemożliwości zastosowania obrony przez kulturę w przypadku różnych sytuacji zdeterminowanych kulturowo, w tym tzw. małżeństw romskich.

⁹ Wśród fragmentów, na które zwróciłabym jeszcze ewentualnie uwagę jest tautologia w definicji normy moralnej („Normą moralną będzie zatem każda norma zachowania się i myślenia, która dotyczy materii objętych pojęciem moralności, a więc fundamentalnych relacji między ludźmi” (s. 31)), a także niejasne rozdzielenie mniejszości etnicznej, czy narodowej od mniejszości kulturowej, mniejszości kulturowej od subkultury oraz rola wspomnianej kilkakrotnie „rasy” w prowadzonych przez Autorkę rozważaniach.