

**Recenzja rozprawy doktorskiej Pana mgr. Michała Janowskiego,
*pt. Niespójność sankcji penalnych. Ograniczenia kognitywne w procesie wymierzania kary
przez sędziów. Analiza uwzględniająca badania empiryczne, przygotowanej pod
kierunkiem prof. dr hab. Sylwii Wojtczak***

Recenzowana rozprawa składa się z dwóch zasadniczych części. Pierwsze dwa rozdziały zawierają część teoretyczną, zaś rozdział trzeci – sformułowanie problemu badawczego oraz prezentację wyników przeprowadzonych przez doktoranta badań empirycznych (aktowych oraz kwestionariuszowych).

Rozdział pierwszy zawiera omówienie następujących zagadnień teoretycznych (kolejność przyjęta przez autora): koncepcji płaszczyzn badania prawa, problematyki kontekstu odkrycia i kontekstu uzasadnienia, metod badania prawa – egzegetycznych i empirycznych, a następnie bliższe omówienie pojęć związanych z tymi ostatnimi – przyczynowości, prawdopodobieństwa i korelacji. Omawiając poszczególne koncepcje autor dość drobiazgowo referuje przywoływane prace, choć w niektórych przypadkach nieco zanadto bezkrytycznie. Zaskoczenie budzą zatem niektóre konstatacje, w rodzaju relacji pomiędzy koncepcją wielopłaszczyznowości prawa, a pozytywizmem (s. 13), polemiki z poglądami o braku znaczenia ustaleń dokonywanych w odniesieniu do jednej płaszczyzny dla innych (s. 23, brak jakiegokolwiek przypisów potwierdzających, że ktokolwiek faktycznie głosi taki, obszernie krytykowany przez autora, pogląd) czy polemiki z jakoby obecną w prawoznawstwie tezą o niedostępności badawczej rzeczywistego procesu podejmowania decyzji (s. 51, także bez żadnych przypisów potwierdzających istnienie kwestionowanej przez autora tezy).

Dyskutując (bardzo obszernie) problemy odróżnienia kontekstu odkrycia i kontekstu uzasadnienia, autor w sposób dość dyskusyjny odnosi do niego teorie wykładni. Trafnie zauważa, że klaryfikacyjna teoria J. Wróblewskiego została „przyjęta i jest w toku wykładni operatywnej faktycznej, rzeczywiście stosowana”. Czy nie jest tak jednak przynajmniej częściowo dlatego, że w zamierzeniu stanowiła raczej rekonstrukcję sposobów dokonywania wykładni obecnych w analizowanej przez J. Wróblewskiego praktyce sądowej? Była zatem pierwotnie teorią raczej opisową niż normatywną, choć z czasem stawała się (w swoim odbiorze) coraz bardziej utożsamiana nie tyle z charakterystyką procesów i reguł wykładni, lecz „właściwymi” sposobami jej dokonywania. Dlatego, z punktu widzenia zagadnień interesujących autora, pomiędzy klaryfikacyjną i derywacyjną teorią wykładni zachodzić może interesujący brak symetrii.

Omawiając metody badania prawa autor przeciwstawia sobie analizę „egzegetyczną” metodom empirycznym. Te pierwsze uznaje za „całkowicie dominujące” w polskim dyskursie prawniczym. Jest to teza częściowo trafna, o ile dyskurs prawniczy utożsamiać jedynie z nauką prawa, a nie nauką o prawie (w rozumieniu przyjętym w T. Pietrzykowski, *Naturalizm i granice nauk prawnych. Esej z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 2017). Wówczas jednak jest ona trywialna o tyle, że dogmatyczno-pojęciowe opracowanie materiału prawnego stanowi podstawowe zadanie i rolę nauki prawa. O tyle też tylko zasadna jest użyta przez autora kategoria „polskiego dyskursu prawniczego” - analiza dogmatyczna obowiązujących przepisów, powiązana z praktyką stosowania i redagowania tekstu prawnego, jest bowiem w zasadniczym stopniu zrelatywizowana do krajowego porządku prawnego. Natomiast badania prawa jako zjawiska - z zewnętrznej perspektywy obserwatora - nie tylko nie są i nie mogą być zdominowane metodami egzegetycznymi, ale także zawężone do któregośkolwiek dyskursu krajowego. Na marginesie trudno także zgodzić się z tezą, jakoby badaniom empirycznym w prawie mogły podlegać „jedynie te zjawiska, które mają charakter realnych - obiektywnych i uchwytnych przy pomocy zmiennych” (s. 62). Nie ulega wątpliwości, że przedmiotem badań empirycznych mogą być (a zarazem - powinny być) jedynie zjawiska realne. Jednakże trudno uznać, że zjawiska prawne dzielą się na realne i nierealne. Nie jest także tak, że jedynie niektóre zjawiska realne są „obiektywne i uchwytnie przy pomocy zmiennych”.

Jest jasne, że pewne zjawiska (lub ich istotne aspekty), zwłaszcza w rzeczywistości społecznej, istnieją w umysłach ludzi jako określone przeświadczenia czy przeżycia. W tym znaczeniu są, jak określa to J. Searle - ontologicznie subiektywne. Jednakże również ontologicznie subiektywne zjawiska, o ile rzeczywiście zachodzą, mogą być obiektywnie poznawalne - tzn. z punktu widzenia podmiotu, który zainteresowany jest ich poznaniem - stanowić obiektywnie istniejący stan czyjegoś umysłu. Inną sprawą jest dostępność i wiarygodność metod ich poznawania. Jednakże biorąc pod uwagę, że zasadniczym celem pracy jest właśnie ujawnienie roli „ograniczeń kognitywnych” i innych pozanormatywnych czynników wpływających na decyzje stosowania prawa, trudno posądzać autora o sceptycyzm w zakresie możliwości obiektywnego uchwycenia nawet tak ontologicznie subiektywnych aspektów zjawiska prawnego, jak proces podejmowania decyzji i wpływ, jaki na jego przebieg i efekty wywierają reprezentacje mentalne istniejące w umysłach poszczególnych sędziów. Trudno zatem powiedzieć, jakie inne realne zjawiska prawne miałyby się im wymykać.

W drugim rozdziale części teoretycznej rozprawy przedmiotem dyskusji autora są „wybrane normatywne i pozanormatywne czynniki kształtujące karę kryminalną”. Jest to rozdział w zasadniczym stopniu dogmatycznoprawny - rekonstruujący dyrektywy wymiaru kary obowiązujące w polskim prawie karnym (jak określa to autor „w polskim procesie karnym”, co wydaje mi się określeniem zbyt wąskim). Nie będąc specjalistą prawa karnego nie czuję się kompetentny do rzetelnej oceny tej (szczegółowej i dość obszernej, bo zajmującej niemal 40 stron) partii pracy. Z perspektywy teorii prawa pewne wątpliwości budzić mogą jedynie niektóre konstatacje autora: m.in. jakoby „decyzja wyboru i wymiaru kary kryminalnej

obejmowała wszystkie elementy wyróżnione w modelu [stosowania prawa] Jerzego Wróblewskiego” – tj. decyzję walidacyjną, interpretacyjną, subsumcję oraz wybór konsekwencji prawnych (s. 93). Są to jednak zastrzeżenia w istocie drugorzędne.

Znacznie więcej pytań budzi kolejna obszerna partia pracy omawiająca (bardzo szczegółowo) doskonale znaną z teorii gier sytuację tzw. dylematu więźnia. Ta obszerna charakterystyka ma, jak deklaruje autor, „rzucić pewne nowe światło na spór między zwolennikami retrybtywizmu z utilitaryzmu” (s. 137). Okazuje się ono ostatecznie sprowadzać do konstatacji, że „pożądaną sytuacją byłoby, ażeby przestępstwo spotykało się z odwetem tego rodzaju, że hipotetyczny sprawca przestępstwa przynajmniej potencjalnie postrzega sytuację popełnienia przestępstwa (poniesienia ciężaru kary) jako mniej korzystną względem sytuacji, w której przestępstwo nie jest popełniane i żadna sankcja nie jest mu wymierzana” (s. 150). Pomijając, umiarkowaną – najdelikatniej rzecz ujmując – nowatorskość tego wniosku, pojawia się pytanie, jak ma się on do „przewrotnej tezy” formułowanej nieco dalej o tym, że korzyści z popełnienia przestępstwa są – co do zasady – niewspółmierne z ciężarem kary (s. 151). Gdyby tak było, to jakiegokolwiek odniesienie do prawa karnego dylematu więźnia (lub jakiegokolwiek innych modeli budowanych w teorii gier) byłoby w istocie bezprzedmiotowe. Wszystkie one opierają się bowiem właśnie na porównywalności „wypłat” – porównywaniu strategii, które dają graczom większą lub mniejszą sumę zysków (liczonych jako przewaga wartości dodatnich, nad ujemnymi).

Trudno także zgodzić się z autorem, że jego rozważania dowodzą, jakoby „toczony od wielu dekad” (dekad? - TP) spór retrybtywizmu i utilitaryzmu „może być postrzegany jedynie jako pozorny”. Nawet niezbyt dogłębna znajomość filozoficznych podstaw retrybtywizmu i utilitaryzmu wystarcza, aby mieć świadomość, że nni nie jest tak, że retrybtywizm nie dostrzega, że kara obok odwetu pełni także funkcje prewencyjne (chodzi jedynie o to, że nie one przesądzają o jej zasadności – ilustrował to już wiele „dekad” temu Immanuel Kant w słynnym eksperymencie myślowym z moralnym obowiązkiem ukarania sprawców nawet w przededniu „rozwiązania”), ani tym bardziej nie jest tak, że utilitaryzm po prostu nie uwzględniał okoliczności, że jakakolwiek zmiana przyszłego zachowania – jak ujmuje to autor – „ma sens o tyle tylko, o ile bazuje na odwecie – realnie odczuwanej przez sprawcę sankcji” (s. 152). Dość obszernie potraktowany w pracy wątek teorii gier oraz retrybtywistycznej i utilitarnej teorii kary uważam za tak nieudany, jak zbędny.

Część teoretyczna pracy autora jest zatem bardzo zróżnicowana – szczegółowo i obszernie referuje niektóre koncepcje i prace teoretycznoprawne, świadczące o bardzo dokładnym zapoznaniu się z nimi przez autora. Jednocześnie nie brak w niej twierdzeń co najmniej dyskusyjnych, o ile nie budzących zdziwienie oraz formułowanych w sposób nie świadczący o wnikliwym przemyśleniu omawianych problemów. Należy zarazem zaznaczyć, że w niektórych wypadkach może być to jednak dezinterpretacja stanowiska autora, które bywa formułowane w sposób, który nie pozwala wykluczyć ryzyka jego wadliwego zrozumienia. Przyczyniać może się do tego fakt, że wiele spośród najbardziej zaskakujących twierdzeń nie jest wsparta odwołaniem do literatury przedmiotu (co pozwoliłoby czytelnikowi lepiej osadzić pogląd autora w odpowiednim dla niego kontekście).

Bez wątpienia najistotniejsze znaczenie z punktu widzenia całości rozprawy ma jednak jej część druga – zawierająca część empiryczną. Pewne zaskoczenie budzi sformułowanie przez doktoranta problemu badawczego dopiero w tej części pracy, a więc w istocie – w połowie prowadzonych rozważań (w pkt. III.1, s. 166-196). Otwierający całość rozprawy wstęp zawiera bowiem raczej dość abstrakcyjne pytania o pojęcie sprawiedliwości i możliwość jej osiągnięcia w procesie wymierzania kary, zaś sam autor deklaruje jedynie, że praca „referuje wyniki przeprowadzonych badań empirycznych, które miały za swój przedmiot owe pozanormatywne, realne czynniki, współkształtujące dokonywany przez sędziego wybór rodzaju i wymiaru kary” (s. 7). Badania te „dotyczyły jednolitości rzeczywiście orzekanych kar kryminalnych oraz kognitywnych ograniczeń, które odgrywają rolę w realnych rozumowaniach sędziowskich wyboru rodzaju i rozmiaru kary kryminalnej” (s. 8). Należy zatem, jak sądzę, rozumieć, że problemem naukowym, jakie postawił sobie autor, było empiryczne ustalenie wpływu czynników pozanormatywnych na wymiar kary, czyniący decyzje sędziowskie niejednolitymi. Nie jest dla mnie jednak w pełni jasne, czy ograniczenia kognitywne zalicza autor do tego rodzaju „pozanormatywnych czynników” wpływających na wymiar kary czy raczej postrzega je jako mechanizm poprzez który tego rodzaju „pozanormatywne” czynniki wpływają na ów wymiar.

Na marginesie (choć sporym) trzeba nadmienić, że sama „pozanormatywność” czynnika nie została także zdefiniowana ani bliżej omówiona, wobec czego nie jest w pełni jasne, jakiego rodzaju zróżnicowanie kar traktuje autor jako wynik stosowania przez sędziów normatywnych dyrektyw indywidualizacji kary, a jakie – za wynik wpływu czynników „pozanormatywnych” (i czy pozanormatywność oznacza tu niedopuszczalność prawną? Czy jedynie nieprzewidzenie przez prawo danej okoliczności jako wymagającej wzięcia pod uwagę przy indywidualizacji decyzji stosowania prawa?).

W „Sformułowaniu problemu badawczego” zawartym w rozdziale 3 (III.1) autor wyjaśnia dodatkowo, że rozwiązywany problem badawczy „dotyczy koherencji/spójności (...) rzeczywistych decyzji stosowania prawa polegających na wyborze rodzaju i wymiaru kary kryminalnej (swoisty odpowiednik sprawiedliwości formalnej)”. Jak dalej wyjaśnia autor (choć rozważania są tu nie w pełni jasne i pełne obszernych dygresji) interesujący go problem badawczy zawiera trzy „części składowe”. Pierwsza z nich brzmi: „czy dokonywane w warunkach potencjalnej niewspółmierności wartości osądy sędziowskie wyboru i rodzaju kary kryminalnej pozostają koherentne w rozumieniu przyjmowanym na gruncie nauk kognitywnych” (s. 167).

Nie jestem pewien, czy właściwie rozumiem tę składową problemu badawczego, ale wydaje się, że w świetle samych dalszych badań empirycznych autora, można byłoby ją sparafrazować następująco: czy poddane badaniu empirycznemu (analizie akt oraz badaniu kwestionariuszowemu) decyzje stosowania prawa mają charakter jednolity? Jak można się domyślać, w znaczeniu: niezależny od żadnych czynników „pozanormatywnych”, to jest determinowany jedynie dyrektywami wymiaru kary? Wydaje się bowiem, że może tu chodzić raczej o koherencję (jednolitość) w rozumieniu prawniczym, a nie „przyjmowanym na gruncie nauk kognitywnych”. To ostatnie rozumienie nigdzie w rozprawie nie jest zresztą przybliżone

(a w „naukach kognitywnych” odnaleźć można co najmniej kilka, jeśli nie kilkanaście, rozmaitych, mniej lub bardziej technicznych, rozumień koherencji). Trudno bowiem zakładać, że autor ma na myśli przytaczane (zresztą krytycznie) na s. 156 rozumienie przyjęte przez zespół Kahnemana i Sunsteina na potrzeby konkretnego eksperymentu (w kontekście którego przyjęli, że za koherentne będą uznawać rozstrzygnięcia, które po ich podjęciu w izolacji są następnie przez badanych utrzymywane, jako niewymagające zmiany, po porównaniu ich do innych rozstrzygnięć). Przypuszczenie takie wzmacnia okoliczność, że o koherencji przekonań (sądów, decyzji) w kontekście nauk kognitywnych mówi się raczej jako o relacji pomiędzy przekonaniem (sądami, decyzjami) danej jednostki, nie zaś pomiędzy jej przekonaniem, a jakimś zewnętrznym punktem odniesienia (jak np. prawem). Tymczasem autor w badaniach aktowych nie badał – jak się wydaje – spójności (jednolitości, koherencji) decyzji poszczególnych sędziów w zależności od takich czy innych zewnętrznych okoliczności, lecz raczej ze zróżnicowania decyzji różnych sędziów wnioskuje o niekoherencję pomiędzy tymi decyzjami a normatywnymi uwarunkowaniami ich podejmowania (tak przynajmniej zrozumiałem istotę tych badań). Natomiast tego rodzaju koherencja własnych sądów danego sędziego była częścią przedmiotu badań kwestionariuszowych, jednakże ich wyniki sam autor uznał za niemiarodajne ze względu na niewielką liczbę sędziów, którzy wyrazili zgodę na udział w badaniu.

Druga składowa problemu badawczego brzmi: „czy na dokonywane w warunkach potencjalnej niewspółmierności wartości osądy sędziowskie wyboru rodzaju i wymiaru kary kryminalnej wpływ ma zjawisko graniczenia kategoriami kognitywnymi oraz zjawisko normalizacji?”. Autorowi chodzi tutaj, jak się wydaje, o wpływ na ocenę danego przypadku kontekstu innych branych pod uwagę przypadków (ocena taka może się zmieniać w zależności od tego, jakie światło takie inne przypadki rzucają na przypadek rozstrzygany), a także o wskazane przez zespół Kahnemana i Sunsteina zjawisko „normalizacji”. Autorzy Ci definiują je jako ograniczenie porównawczego odniesienia wymierzanej kary jedynie do czynów podobnego rodzaju, z wyłączeniem zupełnie innych kategorii czynów. Innymi słowy, hipoteza sformułowana przez tych autorów (w oparciu o badania eksperymentalne) głosi, że oceniając wymiar kary za czyn np. oszustwa finansowego decydując (sędzia) dokonuje mentalnego porównania tego czynu przede wszystkim do innych hipotetycznych oszustw finansowych, a nie do przestępstw skierowanych przeciwko zupełnie innym dobrom (zabójstw, szpiegostwa, molestowania etc.). Dlatego zmuszenie go następnie do porównania wymierzonej w tak rozumianej „izolacji” kary do preferowanego przez niego samego wymiaru kary za zupełnie innego rodzaju czynu może prowadzić do zmiany optyki i rewizji wymiaru kary wcześniej uznanego za właściwy – a zatem ujawniać wewnętrzną niekoherencję jego przekonań (zob. C. Sunstein, D. Kahneman, D. Schkade, I. Ritov, *Predictably Incoherent Judgments*, Law and Economics Working Paper, No 131, 2001, s. 6, 21 i n.)

Trzecią składową problemu badawczego autor ujmuje następująco: „czy na dokonywane w warunkach potencjalnej niewspółmierności wartości osądy sędziowskie wyboru rodzaju i wymiaru kary kryminalnej wpływ ma zjawisko niejednolitości niektórych kategorii kognitywnych?” (s. 174). Chodzi w tym przypadku, o to, że „kategorie kognitywne”

(pojęcia traktowane jako reprezentacje mentalne i aktywowane przez nie skojarzenia, emocje itd.) mogą nie pokrywać się ze znaczeniem słów użytych w języku prawnym. Autor używa tu przykładu, który bardzo obszernie omawia, „konceptualnego kształtu kategorii zwierzęcia”. Jak argumentuje, kategoria ta „rozpada się na podkategorie zwierząt antropomorfizowanych i nieantropomorfizowanych” (s. 169). Gdyby w zależności od tego, czy chodzi o jedną czy drugą podkategorię, decyzje o wymiarze kary byłyby odmienne, świadczyłoby to – jego zdaniem – o wpływie jej niejednorodności na stosowanie prawa (jako „czynnika pozanormatywnego”). Nie ma bowiem, jak kategorycznie twierdzi: „żadnych – ani normatywnych, ani faktycznych podstaw do tego, aby czyny godzące w zwierzęta antropomorfizowane uznać za odznaczające się większą społeczną szkodliwością niż czyny godzące w zwierzęta antropomorfizowane” (w tym drugim przypadku powinno być, jak należy mniemać, „nieantropomorfizowane” (s. 174).

Same badania empiryczne zaprezentowane w rozdziale III rozprawy miały charakter dwojaki. Badania aktowe miały znacznie większą skalę i zostały przez autora potraktowane znacznie obszerniej niż badania kwestionariuszowe. Badanie akt objęło 206 spraw rozstrzygniętych w 11 sądach. Autor badał je przy pomocy profesjonalnych narzędzi analizy statystycznej pod bardzo wieloma różnymi, szczegółowymi względami. Wyniki oraz wnioski przedstawił natomiast bardzo zwięźle na niespełna 4 stronach. Do najistotniejszych zaliczył następujące ustalenia:

(i) „w grupie osób skazywanych za czyny popełnione ze szczególnym okrucieństwem kary były istotnie surowsze niż w grupie osób skazywanych za czyny bez szczególnego okrucieństwa”; oznacza to, że „różnicowanie ustawowych zagrożeń karą (...) w istocie wpływa na surowość kar orzekanych za przestępstwa godzące w dobra należące do tej samej kategorii dobrostanu, zdrowia i życia zwierząt”.

(ii) Istnieje korelacja pomiędzy surowością kary a uprzednim skazaniem sprawcy za inne przestępstwo oraz liczbą takich skazań, surowością kary a stopniem krzywdy wyrządzonej zwierzęciu, surowością kary a liczbą zwierząt, w które godził dany czyn, orzeczeniem grzywny a dochodami sprawcy. Pod wszystkimi tymi względami, jak konkluduje autor, badania empiryczne potwierdziły, że „oddziaływało to, co powinno było oddziaływać”.

(iii) Pod kilkoma względami badania nie dały konkluzywnych rezultatów: w ich świetle, jak ujmuje to autor, „nie ma podstaw, aby nie twierdzić”, że surowość kary jest niezależna od złożenia przez sprawcę wyjaśnień, od jednoczesnego skazania sprawcy za inny czyn, od tego, w którym sądzie sprawa jest rozstrzygana, a także (choć z pewnymi zastrzeżeniami), że istnieje korelacja pomiędzy surowością kary a wyrażeniem żalu.

(iv) Analiza statystyczna ujawniła także, co z pewnością interesujące, że surowość kar za pozbawienie zwierzęcia życia nie jest wyższa niż za znęcanie się nad zwierzęciem – a więc czyny godzące w ich dobrostan. Autor uznaje to ustalenie za „zdumiewające” porównując je do sytuacji, w której zabójstwo człowieka spotykałoby się z łagodniejszą sankcją niż czyny prowadzące jedynie do uszczerbku na jego zdrowiu (s. 265). Pomijając już kwestię czy w przypadku przestępstw przeciwko człowiekowi przypadki podobnych lub surowszych sankcji za czyny nieskutkujące śmiercią człowieka w porównaniu z niektórymi przynajmniej

zabójstwami są czymś aż tak nie do pomyślenia, z pewnością konstatacja ta nie jest aż tak zaskakująca w odniesieniu do zwierząt. W piśmiennictwie zwraca się bowiem od dawna uwagę na dość ewidentny normatywny (a także aksjologiczny) prymat wartości dobrostanu zwierząt nad wartością ich życia (np. T. Pietrzykowski, *Prawo ochrony zwierząt. Pojęcia, zasady, dylematy*, Warszawa 2022, s. 234 i n., 249 i n.). Pod tym względem prawo ochrony zwierząt istotnie różni się *de lege lata* od prawodawstwa dotyczącego ochrony życia i zdrowia człowieka i dotyczy to nie tylko ustawodawstwa polskiego, ale ma charakter znacznie bardziej uniwersalny. Różnica ta – słuszną lub nie – wyrasta z dość głęboko zakorzenionych przekonań co do różnic pomiędzy człowiekiem a zwierzętami. Z tej perspektywy, ujawnione przez autora w toku badań aktowych ustalenie (skądinąd cenne), nie wydaje się aż tak zdumiewające.

Poważnie zakrojone i pracochłonne badania aktowe autora przyniosły zatem wyniki, których część jest z pewnością interesująca i dająca do myślenia. W pewnej części przyniosły one jednak wnioski dość trywialne (szkoda, że ogromny wysiłek badawczy autora nie w każdym przypadku ukierunkowany był na ustalenia, które nie potwierdzałyby jedynie dość oczywistych hipotez). Co jednak najistotniejsze, podsumowując wnioski ze swoich badań autor w żaden sposób nie odnosi ich *expressis verbis* do pytań badawczych, jakie postawił sobie na wstępie rozdziału III (problemu badawczego złożonego z trzech „części składowych”). Autor nie czyni tego ani w dyskusji wyników swoich badań empirycznych na s. 264-268, ani w końcowych wnioskach na s. 269-274).

Z zawartych w różnych miejscach konstatacji można jednak domniemywać, że co do pierwszej „części składowej” problemu badawczego uznaje swoje wyniki za potwierdzające, że wymiar kar orzekanych za przestępstwa z art. 35 ustawy o ochronie zwierząt świadczy nie tylko o niekoherencji, lecz ujawnił „niekoherencję niezwykle wręcz wysoką” (s. 270). Nie jest jednak jasne, jak już wspominałem, czy chodzi tu rzeczywiście o koherencję „w znaczeniu przyjmowanym w naukach kognitywnych” – to jest polegającą na zróżnicowaniu kary postrzeganej jako właściwa w zależności od tego, czy dany czyn jest oceniany w izolacji czy w kontekście innych czynów (tego badania aktowe nie były w stanie takiej niekoherencji wychwycić). Raczej mowa tu o niekoherencji w tym znaczeniu, w jakim okazało się, że sprawy uznane przez autora za „podobne” (z punktu widzenia normatywnych dyrektyw wymiaru kary) spotykają się z sankcją różnej wysokości, a różnice te nie pokrywają się ze zróżnicowaniem uwzględnionych przez autora czynników relewantnych normatywnie. W tym drugim przypadku nie zostałem do końca przekonany, że te różnice muszą świadczyć o niekoherencji, a nie o tym, że sprawy podobne pod określonymi względami, mogą różnić się jednak różnego rodzaju indywidualnymi szczegółami, które nie są bez znaczenia także z punktu widzenia ocen dyktowanych dyrektywami wymiaru kary. Wniosek o empirycznym potwierdzeniu istnienia niekoherencji musiałby tę drugą ewentualność w sposób dostatecznie przekonujący wykluczać. Niemniej jednak uważam te wyniki za interesujące i dające do myślenia.

Druga część składowa problemu badawczego odnosiła się do wpływu na wymiar kary zjawisk „graniczenia kategoriami kognitywnymi oraz zjawiskiem normalizacji”. W tym przypadku szczególnie wyraźnie brakuje mi wyjaśnienia przez autora w jaki sposób uzyskane

przez niego wyniki uznaje za potwierdzające lub zaprzeczające postawionej przez siebie hipotezie.

Najklarowniejsze wydaje się stanowisko autora co do związku pomiędzy uzyskanymi wynikami a trzeciej częścią składową problemu badawczego – tj. znaczeniu, jaki dla wymiaru kary mają „podkategorie kognitywne”, które jego zdaniem dają się wyróżnić w sposobie posługiwania się przez sędziów pojęciem zwierzęcia. Autor doszedł bowiem do wniosku, że „sędziowie w istocie są surowsi wobec sprawców godzących w dobrostan, życie i zdrowie zwierząt antropomorfizowanych niż wobec sprawców czynów godzących w dobrostan, życie i zdrowie zwierząt nieantropomorfizowanych” (s. 266). Wyjaśnienie empirycznej różnicy pomiędzy surowością kar wpływem tego rodzaju „podkategorii kognitywnych” jest jednak, jak sądzę, co najmniej przedwczesne. Nie wiadomo bowiem, czy sędziowie nie uważają szkody wyrządzonej zwierzęciu domowemu (w nomenklaturze autora – antropomorfizowanemu) za po prostu cechujące się wyższą społeczną szkodliwością, niż krzywdy wyrządzane zwierzętom hodowlanym lub łownym itd.

Za taką możliwością może przemawiać wiele przesłanek. Należy do nich przede wszystkim normatywne zróżnicowanie poziomu ochrony zwierząt „bliższych” człowiekowi (w terminologii autora – „antropomorfizowanych”) oraz zwierząt traktowanych użytkowo („nieantropomorfizowanych”), ewidentnie widoczne w prawodawstwie zarówno polskim, jak i unijnym czy prawodawstwie innych krajów (zob. T. Pietrzykowski, *Prawo ochrony zwierząt*, op. cit., s. 264 i n. i tam cyt. lit.). Można argumentować, że zróżnicowanie takiego traktowania i standardów ochrony stanowi uprawniony normatywny i aksjologiczny kontekst wykładni art. 35 ustawy o ochronie zwierząt, nawet jeśli na gruncie jego litery różnica ta nie ma bezpośredniego znaczenia prawnego. Należy także dość narzucające się przypuszczenie, że dla wielu sędziów szkodliwość społeczna krzywdzenia zwierząt „bliższych” kulturowo człowiekowi obejmuje nie tylko sam ból czy cierpienie zwierzęcia, ale także emocjonalny odbiór takiej krzywdy u ludzi – zarówno bezpośrednio związanych z konkretnym zwierzęciem, jak i opinii publicznej. Nie jest dla mnie jasne, dlaczego tego rodzaju reakcje społeczne nie mogłyby – *ex definitone* – być traktowane jako legitymowany element oceny społecznej szkodliwości przestępstwa przeciwko zwierzęciu. Dlatego wyjaśnienie ewentualnej „niespójności” kar wpływem kognitywnej kategoryzacji musiałoby zostać poprzedzone wykluczeniem prostszego i bardziej naturalnego prawniczo wyjaśnienia – a mianowicie przekonaniem sędziów (a nawet prawodawców), że podobna krzywda zadawana niektórym zwierzętom może cechować się większym stopniem społecznej szkodliwości niż gdy zadawana jest innym. Dopóki takie alternatywne wyjaśnienie nie zostanie wykluczone, sam fakt odmienności traktowania jednych i drugich bynajmniej nie dowodzi ani wpływu „czynników pozanormatywnych”, ani nawet „niekoherencji” podejmowanych w tego rodzaju sprawach decyzji.

Za bardzo interesujące i obiecujące uważam natomiast wyniki badania kwestionariuszowego przeprowadzonego przez doktoranta. Z uwagi na niewielką zwrotność (jedynie 12 sędziów wyraziło zgodę na udział w badaniu i wypełniło kwestionariusz) autor jedynie dość zdawkowo zaprezentował wyniki, uznając (słusznie), że tak niewielka liczba

uczestników nie daje podstaw do jakiegokolwiek ekstrapolowania wyników, a tym bardziej – statystycznej obróbki i analizy danych. Niemniej jednak nawet te niewielkie, niejako „próbkowe” dane pokazują jak wiele interesujących i ważnych ustaleń mogłoby zostać uzyskane dzięki kontynuacji badań na większą skalę, prowadzonych tą metodą. Sędziowie na podstawie tego samego stanu faktycznego dokonali zdecydowanie odmiennych ustaleń prawnych – połowa z nich zakwalifikowała ten sam sposób działania jako czyn dokonany „ze szczególnym okrucieństwem”, połowa zaś – jako pozbawiony tego przymiotu. Zakres kar wymierzonych za identycznie opisany czyn rozłożył się równomiernie niemalże na całym spektrum możliwości wyznaczanych przez prawo. Jedna trzecia wykazała się niekoherencją w rozumieniu przyjętym przez Kahemana i Sunsteina, to jest zmieniło swój osąd w zależności od tego czy oceniało daną sprawę w izolacji czy w kontekście zupełnie innego czynu, który wpłynął jednak na ich percepcję karygodności pierwszego z ocenianych przypadków.

Zarówno samo zamierzenie badawcze, jak i kwestionariusz, oceniam wysoko i sędzę, że stanowią wartościowy wkład w badania nad kognitywnymi mechanizmami oceniania wpływającymi na sądowe stosowanie prawa. Należy mieć nadzieję, że autor nie zaniecha badań ukierunkowanych na taką właśnie metodę, pozwalających na zgromadzenie dostatecznie dużej liczby danych, aby ustalenia oparte o ujawnione w nich prawidłowości były możliwe. Sędzę, że sposób i wynik tego rodzaju skromnego, pilotażowego podejścia do badań kwestionariuszowych, jakie zaprezentowane zostały w rozprawie stanowią obiecujący i dobrze rokujący zaczyn do znacznego pogłębienia wiedzy na temat empirycznych aspektów procesu podejmowania decyzji stosowania prawa.

Bardzo dużo uwagi poświęca autor roli, jaką w dokonywanych przez niego ustaleniach empirycznych odgrywa teza o niewspółmierności wartości. Nie jestem przekonany, czy łączenie tych dwóch zagadnień jest nieodzowne i czy przyczynia się do klarowności dokonywanych ustaleń. Wymagałoby to, jak sędzę, odrębnego uzasadnienia. Czy sama niejednolitość (a nawet mocno rozumiana niekoherentność) decyzji stosowania prawa - nie tylko zresztą w zakresie badanego przez autora wymiaru kary, ale przede wszystkim decyzji interpretacyjnych, a nawet walidacyjnych czy kolizyjnych – może w jakikolwiek sposób dowieść lub obalić tezę o współmierności wartości? Czym innym wszakże może być kwestia obiektywnego statusu wartości i zachodzących między nimi relacji, a czym innym zdolność do właściwego rozpoznania ich i przełożenia na rozstrzygnięcia prawne dokonywana w warunkach realnych procesów decyzyjnych. Tak jak niejednolitość (a nawet niekoherencja) ustaleń dowodowych nie musi bynajmniej świadczyć o nieistnieniu obiektywnej prawdy na temat stanu faktycznego sprawy, tak rozbieżności w ocenach nie muszą świadczyć o nieistnieniu obiektywnego porządku współmiernych ze sobą wartości (jedynie niedoskonałe „rozpoznawanie” w konkretnych sprawach przez niedoskonałych sędziów w nieidealnych okolicznościach poznawczych). Podobnie zresztą jak nawet całkowita jednolitość nie musiałaby świadczyć o istnieniu takiego porządku (lecz mogłaby wynikać z wielu zupełnie innych powodów). Nie neguję bynajmniej tezy o niewspółmierności – zwracam jedynie uwagę na brak koniecznego związku nią a kluczowymi badaniami i tezami autora zawartymi w rozprawie.

Dokonując całościowej oceny recenzowanej rozprawy stwierdzam, że porównanie jej wskazanych wyżej zalet i mankamentów uprawnia do konkluzji, że zasługuje ona na uznanie za satysfakcjonujące jakościowo rozwiązanie problemu naukowego. Przemawiają za tym jej niebagatelne zalety, w tym podjęcie odważnego, interdyscyplinarnego problemu badawczego, przygotowanie i przeprowadzenie dwojakiego rodzaju badań empirycznych, skala analizy aktowej oraz wysoką jakość metodologiczną analizy uzyskanych dzięki niej danych, znakomity opracowanie badań kwestionariuszowych (mimo ich ostatecznego niepowodzenia z uwagi na niewielką liczbę badanych) oraz wnikliwość w prezentacji wykorzystanych przez niego opracowań teoretycznych. Natomiast do głównych wad pracy zaliczyłbym niecałkowitą jasność problemu badawczego oraz korespondencji metod i wyników z jego poszczególnymi „częściami składowymi”, a także spore pominięcia w literaturze (szczególnie zagranicznej). Autor nie wykorzystał znacznego dorobku autorów zajmujących się badaniami empirycznymi zachowań sędziów (spośród wielu wymienić można tu J. Rachlinskiego, A. Winstricha, Ch. Guthrie), jak i związanych z nimi opracowań teoretycznych (jak np. L. Bauma, D. Kleina, R. Posnera itp.).

Najbardziej rzucającym się w oczy pominięciem tego rodzaju jest zignorowanie bardzo głośnej pracy poświęconej rozbieżności w osądach i leżącym u ich podstaw mechanizmom kognitywnym, napisanej przez D. Kahemana, C. Sunsteina i O. Sibony, pt. *Noise. A Flaw in Human Judgement* (dostępnej już nawet w polskim przekładzie). Zaskakuje to zwłaszcza, że wczesny (sprzed ponad 20 lat) artykuł Kahemana i Sunsteina na ten sam temat stanowi jeden z kluczowych punktów odniesienia i inspiracji teoretycznych, wielokrotnie przywoływany w rozprawie, zaś niejednorodność rozstrzygnięć sądowych stanowi jedno z głównych obszarów, jakie są przedmiotem zainteresowań autorów *Noise*. Do spraw znacznie mniejszej wagi należy pewna niestaranność językowa, przejawiająca się zarówno w dość licznych sformułowaniach wątpliwych z punktu widzenia języka prawniczego – jak np. „gałąź systemu prawa karnego” (w pierwszym zdaniu rozprawy!), „polskiego systemu sędziowskiego wyboru kary” itd., a także nieścisłości w nazwiskach przywoływanych autorów (Quaine zamiast Quine, Jan Bocheński zamiast Józef Bocheński itd.). Jednakże niedoskonałości rozprawy, zwłaszcza jej części teoretycznej, nie pozbawiają wartości wysiłku jaki autor podjął w zaplanowaniu i przeprowadzeniu badań empirycznych oraz zebranych w ten sposób danych.

Z tych względów, mimo wskazanych wyżej zastrzeżeń, jestem zdania, że recenzowana rozprawa pt. *Niespójność sankcji penalnych. Ograniczenia kognitywne w procesie wymierzania kary przez sędziów. Analiza uwzględniająca badania empiryczne*, spełnia wymagania stawiane rozprawom doktorskim w stosownych przepisach ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz. U. z 2022, poz. 574 z późn. zm.) i uzasadnia dopuszczenie Pana mgr Michała Janowskiego do dalszych etapów przewodu doktorskiego.

