

Michał Dudek
Uniwersytet Jagielloński

Czy każda kultura zasługuje na obronę? Kilka wątpliwości dotyczących *cultural defence* i prawa karnego w dobie multikulturalizmu*

1. Zarys problematyki multikulturalizmu

Wraz z postępującym rozwojem środków komunikacji i transportu ludzie z nieraz bardzo odległych kultur zaczęli spotykać się ze sobą. Miejscem tych spotkań stały się państwa, które w wyniku migracji w mniejszym lub większym stopniu przestają realizować model państwa narodowego czy jednokulturowego¹. Prowadzi to do multikulturalizmu.

Pojęcie to bywa rozumiane dwojako. Z jednej strony, jest to pewien opis, deskrypcja współwystępowania na terytorium określonego państwa różnych kultur, grup religijnych, etnicznych posługujących się różnymi językami i wyznającymi różne tradycje i sposoby życia². Oczywiście, w takim ujęciu jest to pewna wartość skalarna, bowiem możliwe są społeczeństwa, państwa bardzo bliskie monokulturowości, jedności rasy, religii czy ogólnie wyznawanych poglądów. Natomiast na drugim krańcu skali mogą znajdować się układy skrajnie zróżnicowane³. Wydaje się, że umieszczenie konkretnego państwa na takiej skali zależy od rozumienia samego pojęcia kultury. Choć należy uznać za słuszne twierdzenie, że multikulturalizm jest w pewnym sensie uniwersalną cechą społeczeństw⁴, uzasadniane obserwowaniem nieraz bardzo istotnych różnic w zwyczajach, sposobie życia, stosunku do religii występujących

* Artykuł stanowi uzupełnioną i poprawioną wersję komunikatu wygłoszonego podczas XIX Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa „Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych”, który odbył się w Jastrzębiej Górze w dniach 19–22 września 2010 roku.

¹ B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009, s. 33.

² B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne...*, s. 34; J. Rokicki, *O realności i złudzeniu „globalizacji”, „wielokulturowości” i „ponowoczesności”*, w: K. Golemo, T. Paleczny, E. Wiącek (red.), *Wzory wielokulturowości we współczesnym świecie*, Kraków 2006, s. 30 i 31. Należy nadmienić, że często multikulturalizm rozumie się jako pewną ideologię, natomiast sam fakt współistnienia we współczesnych państwach wielu różnych kultur bywa określany wielokulturowością. W niniejszym opracowaniu używa się pojęcia multikulturalizmu w dwóch aspektach: deskryptywnym i ideologicznym.

³ T. Paleczny, *Stosunki międzykulturowe: modele pluralizmu w społeczeństwach „ponowoczesnych”*, w: K. Golemo, T. Paleczny, E. Wiącek (red.), *Wzory wielokulturowości...*, s. 21.

⁴ J. Rokicki, *O realności i złudzeniu...*, s. 32.

w pozornie jednorodnych zbiorowościach, to bardzo utrudniłoby ono prowadzenie dalszych rozważań. Z tego powodu usprawiedliwione jest skupienie się na koegzystencji różnych wspólnot kulturowych⁵.

Drugim znaczeniem multikulturalizmu jest określona ideologia czy też polityka państwa mająca za zadanie przeciwdziałanie ewentualnym napięciom między różnymi kulturami żyjącymi obok siebie na terytorium jednego państwa⁶. Warto w tym miejscu przytoczyć dokonaną przez A. Szahaję rekonstrukcję czterech stanowisk, które są dominujące w aktualnym dyskursie na temat ideologii multikulturalizmu⁷.

Według pierwszego, wręcz fundamentalistycznego podejścia wielość i odmienność, będące przecież istotą współczesnego świata, traktowane są jako swojego rodzaju patologia, którą należy zwalczać. Za takim poglądem kryje się założenie o istnieniu jednej jedynie słusznej kultury, ale także światopoglądu czy aksjologii, w imię której wszystko nieprzystające do tego idealnego wzorca należy niszczyć lub podporządkowywać.

Drugie stanowisko można utożsamiać z szeroko pojętą myślą konserwatywną. To ujęcie również traktuje wielość i odmienność jako coś wyraźnie negatywnego, jednakże nie podejmuje się w nim otwartej konfrontacji z innością czy prób zapewnienia sobie nad nią dominacji. Pewien stopień tolerancji uznaje się bowiem za konieczny. Użycie agresji uważane jest za coś jeszcze gorszego niż sama odmienność godząca w przekonanie o bezwzględnej wyższości własnej kultury. Takie stanowisko, uzasadniane aktualnym układem sił między instytucjami władzy politycznej odpowiadającymi poszczególnym kulturom jest zatem czasowe i nie wyklucza wybuchu otwartej walki.

Trzecie stanowisko, wydające się stanowiskiem najbardziej umiarkowanym i możliwym do przyjęcia, akceptuje występowanie odmienności. Co więcej, są one traktowane jako coś pożądanego, mogącego pomóc osiągnąć określone cele. Kontakt z innością pozwala na wzajemne uczenie się, rewidowanie swojej kultury, ale także wprowadza pewne urozmaicenie, „koloryt” do życia, które inaczej mogłoby się stać bardzo monotonne. Co wymaga wyraźnego podkreślenia, to ujęcie nie podchodzi do każdej zauważalnej różnicy bezrefleksyjnie. Nie wszystko możliwe jest do zaakceptowania. Również nie rezygnuje się całkowicie z poglądu o słuszności, wyższości swojej kultury nad innymi. Zatem, to stanowisko podkreśla pewne napięcie między dążeniami do podtrzymywania i kultywowania różnorodności a próbami unifikacji. Innymi słowy, trzeba znajdować „złoty środek” i szukać rozwiązania w konkretnej

⁵ Przykładem takich wspólnot mogą być np. mniejszości Sikhów, Hmongów, etc., żyjące wśród przedstawicieli szeroko pojętej kultury euroamerykańskiej czy anglosaksońskiej. Relacje między wspólnotami mniejszościowymi a kulturą większościową stanowią główny przedmiot multikulturalizmu rozumianego jako ideologia czy filozofia.

⁶ B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karnе...*, s. 34.

⁷ A. Szahaj, *E pluribus unum? Dylematy wielokulturowości i politycznej poprawności*, Kraków 2010, s. 149–152. Warto w tym miejscu przytoczyć często powoływaną i w wielu punktach podobną do propozycji A. Szahaję klasyfikację filozofii multikulturalizmu dokonaną przez P. McLarena. Wyróżnia on także cztery podejścia. Konserwatywne polega na przyzwoleniu na multikulturalizm ze strony dominującego społeczeństwa (np. białych Amerykanów), które mniejszości traktuje jako dodatek do własnej kultury. Ujęcie liberalne optuje za naturalną równością ras, jednocześnie zauważając, że mimo prawnej, formalnej wciąż nie ma realnej, faktycznej równości, do której należy dążyć. Stanowisko lewicowo-liberalne chce uwypuklać oraz uwzględnić każdą odmienność i przez to zapewniać swobodne wyrażanie siebie i swoich poglądów. Ostatnie wyróżniane podejście, multikulturalizm krytyczny, wyraża się poprzez odrzucenie dążeń do identyczności, ale także odżegnuje się od absolutyzowania odmienności. W tym ujęciu postuluje się, by fakt powszechnego zróżnicowania był uwzględniany w polityce państwa i chce się budować otwartą wspólnotę demokratyczną. Zob. J. Rokicki, *O realności i złudzeniu...*, s. 31; B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karnе...*, s. 35 i 36.

sytuacji, a nie formułować abstrakcyjne, globalne sądy, mające w założeniu zastosowanie do każdego miejsca i okoliczności.

Czwarte, ostatnie stanowisko w swoisty sposób idealizuje wszelką odmiennność. Natomiast każdy przejaw jedności, ale także hierarchii, podziału na wyższe i niższe kultury, a także światopoglądy oraz systemy wartości jest oceniany wyraźnie negatywnie. To bardzo skrajne stanowisko traktujące „wielość odmienności” jako wartość samą w sobie jest trudne, wręcz niemożliwe do zrealizowania z jednego, jak się wydaje, zasadniczego względu. A. Szahaj zauważa, że zakłada ono możliwość wyjścia „poza” swoją kulturę i wartości, które się wyznaje. By konsekwentnie realizować taki pogląd, trzeba by stać się zupełnie neutralnym, czy też całkowicie wyzbyć się własnych poglądów i aksjologii. Jednakże należy przychylić się do twierdzenia, iż tak naprawdę „jednostki i grupy nie mogą istnieć i funkcjonować »poza kulturą«”⁸. W takim wypadku trudno oczekiwać, że ludzie nie będą oceniali innych wzorców w kategoriach dobra i zła czy wyższości i niższości.

Przytoczona rekonstrukcja zdaje się odwoływać tylko do sfery przekonań, indywidualnych ocen i opinii dotyczących występowania szeroko pojętych odmienności kulturowych. Każde z wymienionych podejść może, ale nie musi determinować faktyczne działania mające na celu urzeczywistnienie wyznawanego ideału. Próba realizacji pierwszego stanowiska wymagałaby skrajnej, wręcz przymusowej unifikacji czy asymilacji. Drugie ujęcie pociągałoby za sobą tolerancję, ale bez ochrony, podtrzymywania zauważanych różnic kulturowych. Z kolei trzecie podejście nie tylko tolerowałoby odmienności, ale także wybiórczo, do granic wierności własnej kulturze, chroniłoby je. Konsekwentne realizowanie czwartego stanowiska polegałoby na bezwarunkowej ochronie, wręcz celebrowaniu odmienności, bez względu na możliwe konsekwencje. Należy więc podkreślić istnienie dualizmu przekonania-działania. Indywidualne poglądy, dotyczące właściwego postępowania w stosunku do innych kultur, uznawane za słuszne i pożądane nie zawsze mogą być zrealizowane.

Choć samo umiarkowane ujęcie multikulturalizmu można oceniać pozytywnie⁹, całość tej problematyki jest bardzo kontrowersyjna i pełna wątpliwości¹⁰. Jakkolwiek społeczeństwo polskie charakteryzuje się słabym multikulturalizmem na płaszczyźnie deskryptywnej¹¹, to warto przygotować się na ewentualność zmierzenia się z podobnymi problemami¹².

2. *Cultural defence*

Jednym z szerzej dyskutowanych zagadnień, jakie pojawiają się na powyższym tle i stanowią istotny element tej debaty¹³ jest tzw. obrona przez kulturę (*cultural defence*).

⁸ T. Paleczny, *Stosunki międzykulturowe...*, s. 13.

⁹ A. Szahaj, *E pluribus unum?...*, s. 145.

¹⁰ J. Rokicki (*O rzeczywistości i złudzeniu...*, s. 35) określa wręcz multikulturalizm jako tylko „projekcję dobrych intencji, których realizacja przypomina zabiegi szamana zaklinającego deszcz”. Jeszcze surowszą krytykę głosi W. Welsch, który uważa, że multikulturalizm nie tyle zapewnia poczucie przynależności jednostki do określonej grupy, co utrwała animozje i powoduje rozwój fundamentalizmu i rasizmu (zob. B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne...*, s. 45).

¹¹ K. Warمیńska, *Pamięć społeczna w walce o uznanie w społeczeństwie wielokulturowym*, w: K. Golemo, T. Paleczny, E. Wiącek (red.), *Wzory wielokulturowości...*, s. 205.

¹² A. Szahaj, *E pluribus unum?...*, s. 9 i 152–153.

¹³ D.L. Coleman, *Individualizing Justice through Multiculturalism: the Liberal's Dilemma*, „Columbia Law Review” 1996, t. 96, nr 5, s. 1094. Autorka omawianą strategię uważa za „najwyraźniejszy przykład wpływu multikulturalizmu na prawo” (D.L. Coleman, *Individualizing...*, s. 1100).

Przez to pojęcie powszechnie rozumie się specyficzną, wykształconą na gruncie prawa amerykańskiego, strategię obrony w sprawach karnych¹⁴, która dla ogólnie pojmowanego złagodzenia odpowiedzialności sprawcy polega na argumentowaniu, że działanie realizujące znamiona czynu zabronionego było motywowane określonym imperatywem kulturowym, charakterystycznym dla kultury mniejszościowej, do której przynależy sprawca¹⁵.

Można zaryzykować twierdzenie, że skuteczne stosowanie obrony przez kulturę stanowi przykład detalizacji i selektywności prawa. Pierwsze z tych pojęć rozumie się jako wprowadzanie szczegółowych regulacji prawnych dotyczących określonych sfer działalności ludzkiej lub całych grup społecznych, etnicznych czy religijnych¹⁶. Wydaje się, że ściśle powiązana z detalizacją jest selektywność, która poprzez dyferencjację prawnej sytuacji określonych podmiotów, np. w celu pobudzenia ich aktywności, zapewnienia ochrony, ale także i napiętnowania może doprowadzić do tworzenia regulacji odnoszących się nieraz tylko do bardzo wąskiej grupy adresatów¹⁷. Oczywiście, aktualnie stosowane *cultural defence* jest wynikiem praktyki prawniczej, a nie regulacji o charakterze ustawowym. Dlatego też bardziej uzasadnione jest mówienie o tej strategii jako przykładzie faktycznej selektywności/detalizacji prawa karnego następującej w konkretnych postępowaniach karnych.

3. Wątpliwości dotyczące testów na *cultural defence*

W celu ograniczenia ewentualnych nadużyć w podnoszeniu argumentów kulturowych, mających na celu złagodzenie odpowiedzialności karnej, A.D. Renteln za-

¹⁴ Trzeba jednak podkreślić, że *cultural defence* jest także obecne w, m.in.: Anglii [G.R. Woodman, *The Culture Defence in English Common Law: the Potential for Development*, w: M.-C. Foblets, A.D. Renteln (red.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Portland 2009, s. 7 i n.], Hiszpanii [B. Truffin i C. Arjona, *The Cultural Defence in Spain*, w: M.-C. Foblets, A.D. Renteln (red.), *Multicultural Jurisprudence...*, s. 85 i n.], Australii [S. Bronitt, *Visions of a Multicultural Criminal Law: an Australian Perspective*, w: M.-C. Foblets, A.D. Renteln (red.), *Multicultural Jurisprudence...*, s. 121 i n.], Holandii [M. Siesling i J. Ten Voorde, *The Paradox of Cultural Differences in Dutch Criminal Law*, w: M.-C. Foblets, A.D. Renteln (red.), *Multicultural Jurisprudence...*, s. 145 i n. oraz B.C. Oude Breuil, *Dealing with Ethnic Order in Criminal Law in Practice: a Case Study from the Netherlands*, w: M.-C. Foblets, A.D. Renteln (red.), *Multicultural Jurisprudence...*, s. 287 i n.], Republice Południowej Afryki [P.A. Carstens, *The Cultural Defence in Criminal Law: South African Perspectives*, w: M.-C. Foblets, A.D. Renteln (red.), *Multicultural Jurisprudence...*, s. 175 i n.], Niemczech [S. Maier, *Honor Killings and the Cultural Defence in Germany*, w: M.-C. Foblets, A.D. Renteln (red.), *Multicultural Jurisprudence...*, s. 229 i n.], Kanadzie [M. Deckha, *The Paradox of the Cultural Defence: Gender and Cultural Othering in Canada*, w: M.-C. Foblets, A.D. Renteln (red.), *Multicultural Jurisprudence...*, s. 261 i n.] oraz to, że stosuje się je również w postępowaniach cywilnych i administracyjnych (A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, Nowy Jork 2004, s. 7). Celem niniejszego opracowania jest ukazanie teoretycznych problemów dotyczących obrony przez kulturę stosowanej w sprawach karnych, które jednak wychodzą poza ściśle dogmatyczno-prawne kategorie. Chodzi o przedstawienie do pewnego stopnia ukrytych założeń leżących u podstaw tej strategii, które mogą być przedmiotem uzasadnionej krytyki i wątpliwości. Z uwagi na złożoność zagadnienia, pogłębione analizy dogmatyczno- i komparatystyczno-prawne wymagają osobnych opracowań.

¹⁵ A.D. Renteln, *The Cultural Defense...*, s. 187. Zob. także polską literaturę: J. Zajadło, *Uniwersalizm praw człowieka w konstytucji – bezpieczne i niebezpieczne relatywizacje*, „Przegląd Sejmowy” 2007/4, s. 99; S. Sykuna, J. Zajadło, *Kontrowersje wokół tzw. obrony przez kulturę – okoliczność wyłączająca winę, okoliczność łagodząca czy nadużycie prawa do obrony*, „Przegląd Sądowy” 2007/6, s. 27; O. Sitarz, *Culture defence a polskie prawo karne*, „Archiwum Kryminologii” 2007–2008/ t. XXIX–XXX, s. 647; J. Zajadło, *Moua zniewała Xeng Xiong*, w: J. Zajadło (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 72; J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008, s. 138; B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne...*, s. 369.

¹⁶ A. Gryniuk, *Prawo jako forma techniki społecznej i jego funkcje*, w: G. Polkowska (red.), *Prawo i ład społeczny. Księga pamiątkowa dedykowana Profesor Annie Turskiej*, Warszawa 2000, s. 160. O detalizacji i selektywności zob. także L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, wyd. IV, s. 90.

¹⁷ A. Gryniuk, *Prawo jako forma...*, s. 160.

proponowała szeroko przytaczany w literaturze test „minimalnych” wymogów dla hipotetycznego skutecznego zastosowania omawianej strategii. Chodzi o udzielenie twierdzących odpowiedzi na trzy następujące pytania¹⁸:

1. Czy strona jest członkiem określonej grupy etnicznej/mniejszości kulturowej?
2. Czy w tej grupie funkcjonuje tradycja, na którą powołuje się w postępowaniu?
3. Czy strona była motywowana właśnie tą tradycją, kiedy podjęła działanie, będące przedmiotem postępowania?

Na tle tej propozycji pojawia się pierwsza wątpliwość dotycząca obrony przez kulturę i jej „umiejscowienia” w którymś z nurtów ideologii multikulturalizmu. Należy zwrócić uwagę, że powyższe warunki, skupiające się w zasadzie tylko i wyłącznie na osobie sprawcy, w sposób dorozumiany zakładają, iż obrona przez kulturę może być zastosowana (ograniczyć czy nawet wyłączyć odpowiedzialność lub obniżyć wymiar kary) niezależnie od charakteru czynu, jego drastyczności i rozmiaru krzywdy, jaka została nim wyrządzona. Zmuszałoby to zatem sędziów do przyjęcia, w określonym zakresie, wspomnianej powyżej abstrakcyjnej, neutralnej postawy w stosunku do pewnych wzorów postępowania charakterystycznych dla danej mniejszościowej kultury, do której należał sprawca i był jej imperatywami motywowany. Innymi słowy, sędziowie powinni „zawiesić” swoje przekonania, czasowo „wymazać” kulturę, w której sami byli wychowani, „porzucić” swoje zasadnicze sądy moralne, będące przecież w dużej mierze zdeterminowane kulturowo. Wymagałoby to spojżenia na świat z pewnego abstrakcyjnego punktu widzenia, jako swoistego rodzaju *tabula rasa*. Hipotetycznie każde postępowanie, niezależnie od tego, jak szokujące i drastyczne w ocenie kultury większościowej (anglosaksońskiej czy też euroamerykańskiej) mogłoby być „łagodniej” ocenione w postępowaniu sądowym. Każda kultura (działanie zdeterminowane normami kultury mniejszościowej) mogłaby być obroniona.

Można powiedzieć, że takie ujęcie dobrze wpisuje się w krytykowany przez A. Szahaja nurt multikulturalizmu idealizującego odmienności. Ten problem można również zobrazować przy użyciu pojęcia relatywizmu kulturowego w jego metodologicznym aspekcie¹⁹. Jakkolwiek praca antropologa kulturowego sprowadzająca się „tylko” do opisywania zaobserwowanych praktyk obcych kultur pozwala na zachowanie daleko idącej obiektywności, „oderwania” się od sądów wartościujących rodzimej kultury²⁰, praca sędziego to oczywiście niemożliwia. Także odwołując się do wcześniejszej uwagi o dualizmie przekonania-działania można powiedzieć, że choć konkretny sędzia może wyznawać poglądy idealizujące odmienności kulturowe, to w swojej pracy nie może konsekwentnie ich realizować. W postępowaniach karnych dokonuje się bowiem oceny działania, jego kwalifikacji, a nie bezstronnie (w mniejszym lub większym stopniu) opisu. Jest to ocena opierająca się nie tylko na indywidualnych doświadczeniach konkretnego sędziego, ale także, a być może przede wszystkim, na prawie stanowionym. Jest ono przecież z jednej strony produktem, wytworem kultury, a z drugiej jej istotnym składnikiem²¹. Innymi słowy, prawo stanowi swojego rodzaju

¹⁸ A.D. Renteln, *The Cultural Defense...*, s. 207.

¹⁹ Odnosząc się do wyróżnianych przez M.J. Heskovitsa trzech aspektów relatywizmu kulturowego za: Z. Gierszewski, *Kultura – moralność – względność. Doktryna relatywizmu kulturowego M.J. Heskovitsa*, Poznań 2000, s. 71.

²⁰ Z. Gierszewski, *Kultura – moralność – względność...*, s. 72.

²¹ A. Kojder, *Godność i siła prawa*, Warszawa 2001, s. 317.

refleks nieraz wielowiekowego dziedzictwa kulturowego społeczeństwa, w którym funkcjonuje²². Gdy orzeka się na jego podstawie, siłą rzeczy niemożliwa jest obiektywność, bezstronność czy relatywizm kulturowy, jaki sama formuła testu A.D. Renteln zdaje się postulować.

Wiąże się to także z celną uwagą E.M. Helda i R.G. Fontaine, dotyczącą „wewnętrznej sprzeczności *cultural defence*”. Jeśli przyjmuje się, że jednostki mogą działać zgodnie z nakazami, wartościami swojej kultury, nie zważając na ewentualną krzywdę, jaką mogą wyrządzić innym, jak uzasadnić pozbawienie członków kultury większościowej tego samego przywileju, a w tym przypadku możliwości osądzenia innych w oparciu o prawa „odwzorowujące” kulturę większości²³? Dochodzi tutaj nie tylko do prawnego usankcjonowania podwójnych standardów²⁴, ale także do swoistej „zamiany biegunów”. Porządek normatywny mniejszości, wyrażający się np. w kulturowym imperatywie, który motywował sprawcę, staje się ważniejszy, umieszczony wyżej w hierarchii niż porządek normatywny większości, wyrażony przez prawo stanowione. Ono stanowi podstawę kary, którą sprawca z kultury mniejszościowej w swoim kulturowo zdeterminowanym mniemaniu może uważać za całkowicie niezrozumiałą, czy nadzwyczajnie surową, podczas gdy większość uważa ją za odpowiednią. Nic więc dziwnego, że jednym z argumentów krytycznych wobec *cultural defence*²⁵ jest to, że prowadzi ono do faworyzowania mniejszości kosztem większości²⁶ i może być postrzegane jako wyraźna niesprawiedliwość²⁷.

Z uwagi na te wątpliwości, jeszcze bardziej uzasadniona staje się opinia, powszechna w literaturze, by propozycję A.D. Renteln traktować jako tylko czysto formalne, wstępne warunki dla zastosowania *cultural defence*. Autorka testu zdaje się być świadoma tych kontrowersji, gdyż wyraźnie podnosi, że jeśli w konkretnej sprawie została wyrządzona poważna krzywda jednostkom należącym do szczególnie wrażliwych, zagrożonych grup, przede wszystkim kobietom i dzieciom, to argumenty kulturowe nie powinny mieć wpływu na wysokość kary²⁸. Formalną stroną omawianej strategii, sprowadzającą się w zasadzie do gruntownego zbadania kultury, do której należy sprawca, i wpływu, jaki na niego wywiera, należy uzupełnić stroną materialną, oceną zdarzenia i określeniem „statusu” ofiary. Ta uwaga znacząco zmienia charakter i ocenę *cultural defence*, która przestaje być wyrazem bezrefleksyjnego podejścia do różnic kulturowych, a zaczyna zbliżać się do opisywanej powyżej umiarkowanej wersji multikulturalizmu. W takim ujęciu już nie każda kultura (działanie zdeterminowane normami kultury mniejszościowej) mogłaby być obroniona.

Jeszcze dalej idące ograniczenia w stosowaniu obrony przez kulturę proponują J.M. Donovan i J.S. Garth, przedstawiając zmienioną i uzupełnioną formułę testu

²² A. Kojder, *Godność...*, s. 318.

²³ E.M. Held, R.G. Fontaine, *On the Boundaries of Culture as an Affirmative Defense*, „Arizona Law Review” 2009, t. 51, nr 1, s. 247.

²⁴ Na ten problem zwraca uwagę A.D. Renteln, *The cultural defense: Challenging the monocultural paradigm*, w: M.-C. Foblets, J.-F. Gaudreault-Desbiens, A.D. Renteln (red.), *Cultural Diversity and the Law: State Responses from Around the World*, Bruksela 2010, s. 799.

²⁵ Zob. katalog „tradycyjnych” argumentów przeciwko omawianej strategii, E.M. Held, R.G. Fontaine, *On the Boundaries...*, s. 238–240.

²⁶ J.M. Donovan, J.S. Garth, *Delimiting the Culture Defense*, „Quinnipiac Law Review” 2007, t. 26, nr 1, s. 122.

²⁷ J.M. Donovan, J.S. Garth, *Delimiting...*, s. 123.

²⁸ A.D. Renteln, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, w: M.-C. Foblets, A.D. Renteln (red.), *Multicultural Jurisprudence...*, s. 64, 78 i 82.

A.D. Renteln²⁹. Według nich ewentualne skuteczne zastosowanie obrony przez kulturę ma zależeć od twierdzących odpowiedzi na pięć następujących pytań³⁰:

1. Czy strona jest enkulturowanym członkiem określonej grupy, na którą się powołuje?
2. Czy w tej grupie funkcjonuje i jest uznawany zwyczaj, na który powołuje się strona?
3. Czy ten zwyczaj ma przyczyniać się do wzmacniania pozytywnych więzi społecznych w ramach powoływanej grupy kulturowej?
4. Czy strona w czasie czynu była motywowana tym zwyczajem?
5. Czy istnieją okoliczności dotyczące strony pozwalające racjonalnie założyć, że nie była ona świadoma normatywnych standardów grupy dominującej, sprzecznych ze zwyczajem?

Porównując oba testy, można zauważyć dosyć istotne różnice³¹. Chyba najważniejszą i najbardziej kontrowersyjną zmianą jest trzecie pytanie w teście J.M. Donovana i J.S. Gartha. Zastanawiające jest, kto ma ocenić (rzekomy) pozytywny wpływ danego zwyczaju dla określonej kultury? Jak należy postąpić, gdy coś, co może mieć pozytywny wpływ na stosunki w ramach grupy, jest krzywdzące dla osób spoza niej? Co, jeśli dana praktyka rzeczywiście oddziałuje pozytywnie na grupę, ale przez kulturę większościową (do której należy policjant, prokurator, czy w końcu sędzia) jest traktowana jako naganna w stopniu wymagającym interwencji? Niewątpliwie, powyższa propozycja stanowi interesujące uzupełnienie warunków A.D. Renteln. Jednoznaczne zakwalifikowanie takiego ujęcia *cultural defence* do któregoś z nurtów ideologii multikulturalizmu zdaje się w dużej mierze zależeć od rozstrzygnięcia wątpliwości związanych z trzecim pytaniem testu J.M. Donovana i J.S. Gartha. Jeśli konsekwentnie oceniać „pozytywność” danej praktyki tylko w odniesieniu do danej kultury mniejszościowej, w konkretnych sprawach obrona przez kulturę może być traktowana jako przejaw multikulturalizmu idealizującego odmienności. W przeciwnym wypadku zmodyfikowane ujęcie *cultural defence* zbliża się do umiarkowanej wersji tej ideologii.

Mniej problemów z zakwalifikowaniem omawianej strategii do jednej z odmian filozofii multikulturalizmu następuje propozycja E.M. Helda i R.G. Fontaine, która zdaje się dobrze wpisywać w umiarkowany nurt. Proponują oni, by znacznie ograniczyć możliwość obniżenia odpowiedzialności karnej przez powoływanie się na określone imperatywy kulturowe. Uważają, że taką możliwość winni mieć członkowie mniejszości kulturowej, którzy w momencie popełnienia czynu nie podejrzewali i nie wiedzieli, że ich postępowanie jest prawno-karnie zakazane, a ich czyn jest relatywnie nieszkodliwy, czy wręcz można go potraktować jako tzw. przestępstwo

²⁹ J.M. Donovan, J.S. Garth, *Delimiting...*, s. 110 i 111.

³⁰ J.M. Donovan, J.S. Garth, *Delimiting...*, s. 138.

³¹ Ze względu na ramy niniejszego opracowania nie można omówić ich wszystkich. Należy jednak zwrócić uwagę na kilka z nich. Np. pierwsze pytanie A.D. Renteln nie zawiera sformułowania „enkulturowany” (A.D. Renteln, *The Cultural Defense...*, s. 207). J.M. Donovan i J.S. Garth enkulturację rozumieją, za M. Spiro, jako nabywanie norm kultury i ich tak silną internalizację, że nawet najbardziej „nonkonformistyczne” osoby nie są w stanie „uciec ze swojej kultury” (J.M. Donovan, J.S. Garth, *Delimiting...*, s. 125). Ponadto, w nowej wersji testu wymagają, by dana kultura nie „tylko” miała określoną tradycję, ale także była uznawana przez grupę. Natomiast, sama formuła A.D. Renteln nie podkreśla tej konieczności, choć autorka zauważa problem „kontestowania” określonych zwyczajów (A.D. Renteln, *The Cultural Defense...*, s. 207).

bez ofiar³². Należy jednak zauważyć, że w większości spraw, w których zastosowano czy próbowano zastosować *cultural defence*, ofiary były i działaniem sprawcy była im wyrządzona realna krzywda.

4. Obrona przez kulturę jako przejaw paradoksu multikulturowej wrażliwości

Ta ostatnia uwaga pozwala przejść do omówienia drugiej, chyba najważniejszej wątpliwości dotyczącej obrony przez kulturę. Należy zauważyć, że w zdecydowanej większości spraw, w których zastosowano czy próbowano zastosować *cultural defence*, sprawca i ofiara należeli do tej samej kultury³³. Jeśli przyjmować, chyba w uprawniony sposób, że jednym z powodów wykształcenia się omawianej strategii obrończej jest chęć zapewniania przetrwania dziedzictwu kultur mniejszościowych³⁴, które mogą podlegać bardzo silnym działaniom mającym na celu ich asymilację, to zastanawiająca jest wspomniana wcześniej opinia A.D. Renteln, by obrony przez kulturę nie można było stosować w sprawach, gdzie wyrządzono nieodwracalną krzywdę przedstawicielom szczególnie wrażliwych grup, przede wszystkim kobietom i dzieciom. Być może nie należy tego ograniczać tylko do tych dwóch kategorii. Jeśli potraktować wszystkich członków określonej kultury mniejszościowej jako szczególnie wrażliwych czy zagrożonych, to przez skuteczne zastosowanie *cultural defence* przyzwala się na łagodniejsze traktowanie zła wyrządzonego właśnie tym osobom. Zapewnia się im mniejszą ochronę prawną³⁵. Świadomość osób należących do jakiejś mniejszości, że gdy któryś z jej członków wyrządzi im krzywdę, popełniając określone przestępstwo i będzie ono bardzo łagodnie potraktowane ze strony władz państwowych, raczej nie przyczyni się do zachowania dziedzictwa tej grupy. Bowiern może to wręcz wymuszać asymilację w celu zapewnienia sobie pełnej ochrony prawnej.

Oczywiście, należy zgodzić się z twierdzeniem, że celem prawa karnego nie jest pluralizm³⁶, ale tym bardziej nie może ono doprowadzać do ewentualnej eskalacji określonych praktyk³⁷ i ich utrwalenia, do czego może przyczynić się konsekwentne stosowanie obrony przez kulturę, w jej najbardziej rozpowszechnionym ujęciu proponowanym przez A.D. Renteln. Przez omawianą strategię, parafrazując słowa D.L. Coleman, wysyła się specyficzną wiadomość. Osoby z kultury większościowej traktuje się jako „zasługujące” na pełną ochronę prawną, natomiast członkowie kultur mniejszościowych nie są w podobnym stopniu jej „warcii”³⁸.

Skłania to do spojrzenia na *cultural defence* przez pryzmat pojęcia tzw. paradoksu multikulturowej wrażliwości (*paradox of multicultural vulnerability*) wprowadzonego przez A. Shachar³⁹. Zauważa ona, że szeroko pojęta polityka multi-

³² E.M. Held, R.G. Fontaine, *On the Boundaries...*, s. 249–251. Abstrahując od kwestii ściśle dogmatyczno-prawnych. Omówienie ich wymaga osobnego opracowania.

³³ A.D. Renteln, *The Cultural Defence...*, s. 209.

³⁴ Traktując obronę przez kulturę jako część, przejaw szerszej polityki multikulturalizmu.

³⁵ D.L. Coleman zwraca uwagę na ten problem, ale wciąż skupia się „tylko” na kobietach i dzieciach (zob. D.L. Coleman, *Individualizing...*, s. 1095). Jednocześnie podnosi, że obecnie nie ma sposobu na przezwyciężenie tego problemu (D.L. Coleman, *Individualizing...*, s. 1098).

³⁶ E.M. Held, R.G. Fontaine, *On the Boundaries...*, s. 240.

³⁷ S. Sykuna, J. Zajadło, *Kontrowersje...*, s. 30.

³⁸ D.L. Coleman, *Individualizing...*, s. 1038. Coleman pisze o tym „tylko” w kontekście kobiet i dzieci.

³⁹ A. Shachar, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge 2001, s. 3.

kulturalizmu, mająca na celu podtrzymanie tożsamości określonych grup mniejszościowych, promowanie statusu jednostek jako członków takich grup, w sposób nieświadomy przyzwala na gorsze traktowanie osób należących do mniejszości i doprowadza do wyrządzania im realnej krzywdy⁴⁰. Innymi słowy, faworyzując mniejszość w celu zapewnienia jej przetrwania, paradoksalnie dyskryminuje się jej członków, gdyż uznaje się także niższe standardy ochrony jednostek, jakie zwykły obowiązywać w tej wspólnotce. Obrona przez kulturę stosowana w przypadkach, gdy sprawca i ofiara należą do tej samej mniejszości, staje się przejawem tego paradoksu.

5. Rozumienie kultury w świetle *cultural defence*

Ta uwaga dużo mówi o rozumieniu pojęcia kultury⁴¹, które leży u podstaw omawianej strategii. Wydaje się, że kultura traktowana jest jako niezmienny, odporny na wpływy z zewnątrz, wręcz zamykający się przed nimi monolit czy tzw. „lodowiec kulturowy”⁴². Członkowie są epifenomenami kultury, jej produktami⁴³. W literaturze dotyczącej multikulturalizmu i samego *cultural defence* zwraca się uwagę na problem „reifikowania” kultury⁴⁴, która w dużej mierze fałszywie jest przedstawiana jako jednolita struktura pozbawiona jakichkolwiek wewnętrznych podziałów i napięć. Powoduje to, że jednostkom należącym do mniejszości niejako odmawia się możliwości wzorowania się na innych kulturach czy ulegania ich wpływom oraz redefiniowania samych siebie w zależności od indywidualnych życiowych doświadczeń⁴⁵.

Mówi się wręcz, że rozumienie kultury, jakie można „odczytać” z omawianej strategii, jest obciążone błędem podziału⁴⁶. Mianowicie zakłada się, że każda osoba związana z jakąś grupą wyznaje takie same poglądy, reprezentuje taki sam styl życia, jaki jest powszechnie wiązany z tą kulturą. Jednostce przypisuje się te same właściwości, jakimi zwykło się charakteryzować całość, większą zbiorowość, do której ona przynależy. Jest to oczywiście bardzo zafałszowany obraz kultury, który w dużej mierze pomija obecnie szeroko dyskutowany na gruncie multikulturalizmu problem tzw. mniejszości w mniejszościach (*minorities within minorities*)⁴⁷. Kultury nie są jednolite. Są naznaczone nieraz bardzo wyraźnymi podziałami i nie należy wykluczać, że powoływana w konkretnym *cultural defence* praktyka jest przedmiotem sporu, linią podziału w określonej grupie mniejszościowej. Bowiem jedna jej

⁴⁰ A. Shachar, *Multicultural Jurisdictions...*, s. 2 i 3.

⁴¹ A.D. Renteln dla swoich rozważań przyjmuje definicję kultury sformułowaną przez Kanadyjską Komisję UNESCO (A.D. Renteln, *The Cultural Defence...*, s. 10). Duża część publikacji dotyczących *cultural defence* nie porusza tej problematyki.

⁴² A. Appadurai, *Strach przed mniejszościami. Esej o geografii gniewu*, tłum. M. Bucholc, Warszawa 2009, s. 115.

A. Appadurai używa pojęcia „lodowców kulturowych”, krytykując koncepcję „zderzeń cywilizacji” S. Huntingtona.

⁴³ Określenia „produkt swojej kultury” użył sędzia w słynnej sprawie *People v. Chen* wobec oskarżonego, jak przytacza A. Phillips, *Multiculturalism without Culture*, Princeton 2009, s. 85.

⁴⁴ A. Phillips, *Multiculturalism...*, s. 14; E.M. Held, R.G. Fontaine, *On the Boundaries...*, s. 241; J.-Ch. Merle mówi, że „immunitet kulturowy” stanowi „instrument utrzymywania w niezmiennym stanie przestarzałych praktyk na rzecz tradycji – traktując ludzi jak eksponaty w swojego rodzaju muzeum”, zob. J.-Ch. Merle, *Cultural Defence, Hate Crimes and Equality Before the Law*, „Ethic@” 2006, t. 5, nr 1, s. 12.

⁴⁵ A. Phillips, *Multiculturalism...*, s. 14.

⁴⁶ E.M. Held, R.G. Fontaine, *On the Boundaries...*, s. 241, przyp. 20.

⁴⁷ Pojęcie zaczerpnięte od A. Eisenberg, J. Spinner-Halev, *Introduction*, w: A. Eisenberg, J. Spinner-Halev (red.), *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge 2005, s. 2.

część może starać się ograniczyć dany zwyczaj, zauważając, że jest on „szkodliwy” dla jednostek czy po prostu „przestarzały”. „Przeciwny obóz” natomiast może za wszelką ceną chcieć podtrzymać tę tradycję. Stosowanie obrony przez kulturę doprowadzi do legitymizacji grupy „tradycjonalistów”, znacznie utrudni przemiany samej kultury, jej ogólnie pojętą autorefleksję i w efekcie jeszcze bardziej pogorszy sytuację mniejszości w mniejszości⁴⁸. W takich przypadkach państwo poprzez organy wymiaru sprawiedliwości niejako arbitralnie rozstrzyga „spór”, kontrowersję dotyczącą tego, co jest charakterystyczne, autentyczne, prawdziwe i konstytuujące daną kulturę. Pytanie, jakie należy postawić, brzmi: czy sędzia, prokurator, nieraz należący do zupełnie innej kultury niż sprawca i ofiara, mają kompetencje do deklarowania w konkretnej sprawie, że powoływana praktyka jest charakterystyczna dla przedstawicieli określonej wspólnoty? Bowiem czyniąc tak, w zasadzie dzielą oni przedstawicieli tej grupy na tych „prawdziwych” i tych, którzy w mniejszym lub większym stopniu odrzucili swoje dziedzictwo. Oczywiście, należy podkreślić, że podziały w mniejszościach nie muszą ograniczać się do sporów dotyczących konkretnych zwyczajów.

W literaturze dotyczącej *cultural defence* powszechnie doszukuje się podstawy normatywnej dla tej strategii w art. 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16.12.1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167), według którego każdy ma prawo do własnego życia kulturalnego⁴⁹. Można zaryzykować twierdzenie, że kultura, jaką zdaje się zakładać najpowszechniejsze ujęcie omawianej strategii proponowane przez A.D. Renteln, „zawłaszcza” osoby wchodzące w skład mniejszości. To już nie jednostka ma prawo do kultury, tylko kultura ma prawo do jednostki, ze wszelkimi tego negatywnymi konsekwencjami dla owej jednostki.

6. Prawo karne jako przejaw etnocentryzmu „wojującego”

Oczywiście, wspomniany przepis nie jest jedyną podstawą dla obrony przez kulturę. Przyczyn jej wykształcenia się należy doszukiwać się także w samych cechach prawa karnego. Potrzebna jest refleksja i próba udzielenia odpowiedzi na pytanie: jak prawo karne może być postrzegane w dobie multikulturalizmu? Przyjmując wspomniane wcześniej ujęcie prawa jako refleksu kultury, można powiedzieć, że przedstawicielom różnych mniejszości, którzy podróżują po świecie lub nawet na stałe

⁴⁸ A.D. Renteln zwraca uwagę, że *cultural defence* może stanowić podstawę do nieuprawnionego założenia, że kultury nie ewoluują, ale wciąż zdaje się nie zauważać, że często są one wewnętrznie podzielone i te spory nie muszą dotyczyć tylko konkretnej tradycji kulturowej, która jest kontestowana, zob. A.D. Renteln, *The Cultural Defense...*, s. 207. Należy ponadto podkreślić, że ogólnie pojęta ocena obrony przez kulturę zależy od przyjętej perspektywy. Wydaje się, że można wyróżnić stanowiska przedstawicieli: większości (*cultural defence* mogą traktować jako wyraz nieuzasadnionego faworyzowania mniejszości); mniejszości, którzy powołują się na daną tradycję kulturową (można ich utożsamiać ze sprawcami – dla nich omawiana strategia jest jak najbardziej korzystna) oraz mniejszości, którzy kontestują powoływany zwyczaj (można ich utożsamiać z pokrzywdzonymi – dla nich stosowanie obrony przez kulturę będzie dyskryminujące, gdyż ze względu na przynależność kulturową będą mieli zapewnioną mniejszą ochronę prawną niż większość). Oczywiście, trudno w jednej instytucji pogodzić interesy tych trzech grup. Wyróżnione perspektywy zdają się tłumaczyć wielość wzajemnie sprzecznych opinii o *cultural defence*.

⁴⁹ „W Państwach, w których istnieją mniejszości etniczne, religijne lub językowe, osoby należące do tych mniejszości nie mogą być pozbawione prawa do własnego życia kulturalnego, wyznawania i praktykowania własnej religii oraz posługiwania się własnym językiem wraz z innymi członkami danej grupy”. Zob. także inne podstawy normatywne ze sfery prawa międzynarodowego A.D. Renteln, *The cultural defense: Challenging...*, s. 797–800. Podstawy dla ewentualnego stosowania tej strategii na gruncie polskiego prawa wskazują S. Sykuna, J. Zajadło, *Kontrowersje...*, s. 30 i O. Sitarz, *Culture defence...*, s. 643 i 644.

migrują do krajów, często bardzo odległych i odmiennych od ich ojczyzn, poszczególne porządki prawne napotkane w czasie tej podróży mogą się jawić jako przejaw etnocentryzmu. To ostatnie pojęcie rozumie się jako „sposób widzenia, w którym grupa własna jest centrum świata, a wszystko dookoła jest oceniane i klasyfikowane w odniesieniu do niej”⁵⁰. Innymi słowy, jest to specyficzna, uznawana za naturalną⁵¹, postawa każdego człowieka sprowadzająca się do przekładania swojego sposobu życia nad inne, świadomego lub nieświadomego traktowania własnej kultury za uniwersalnie poprawną i uznawania wszelkich odmienności za błędne⁵².

Wyróżnia się dwa podstawowe⁵³ rodzaje etnocentryzmu. Etnocentryzm „życzliwy”, sprowadzający się do prostego twierdzenia, że „mój sposób życia jest najlepszy, a ktoś, kto nie realizuje go, jest głupi”⁵⁴, podkreśla wagę własnej kultury, nie nadając jej jednak cechy uniwersalności, a w konsekwencji nie podejmuje się żadnych działań w celu „rozszerzenia kręgu osób podzielających afirmowany sposób życia”⁵⁵. Jest to więc postawa ekskluzywizmu wobec członków innych społeczności, których nie traktuje się jako potencjalnych uczestników własnej kultury⁵⁶. Etnocentryzm „wojujący” z kolei, wyrażany w formule „mój sposób życia jest najlepszy i wszyscy powinni go realizować, bo inaczej...”⁵⁷, również podkreśla wagę własnego dziedzictwa kulturowego, ale, w przeciwieństwie do „życzliwego”, wyraźnie przypisuje sobie roszczenie do uniwersalności, w wyniku czego chce się poszerzać zasięg oddziaływania wyznawanego stylu życia i podejmuje się w tym celu konkretne działania⁵⁸. Traktowanie przedstawicieli innych kultur jako potencjalnych współuczestników wyznawanego sposobu życia nadaje tej postawie charakter inkluzywny⁵⁹. Można wyróżnić także trzeci rodzaj etnocentryzmu, etnocentryzm osłabiony, również dający się podsumować formułą: „mój sposób życia [...] jest *dla mnie* wyróżniony, ale nie uważam wcale, że inne sposoby życia są głupie [...] czy że [...] mój sposób życia powinien zostać *narzucony* innym”⁶⁰. W tym ujęciu swoją kulturę preferuje się nie tylko z prozaicznego powodu, że jest ona „moją własną”, ale także potrafi się taką postawę uzasadniać. Jednocześnie pozostaje się otwartym na odmienność, ale ta tolerancja czy ciekawość mają swoją wyraźną granicę, którą jest własna tożsamość, wierność samemu sobie, swojej aksjologii i kulturze. Obce wzorce, które z perspektywy danej kultury uważa się za wysoce wątpliwe lub nawet niemożliwe do zaakceptowania, próbuje się zmienić nie przez otwartą konfrontację, lecz poprzez perswazję i dawanie przykładu⁶¹.

Podnosi się, że szeroko pojęta kultura europejska, czy też ogólnie kultura zachodnia, stopniowo przechodziły od najbardziej ofensywnego etnocentryzmu „wo-

⁵⁰ Definicja wprowadzona przez W.G. Sumnera, zawarta w jego pracy *Folkways* z 1906, za: Z. Gierszewski, *Kultura – moralność – względność...*, s. 45.

⁵¹ Z. Gierszewski, *Kultura – moralność – względność...*, s. 46, 49, 51.

⁵² Z. Gierszewski, *Kultura – moralność – względność...*, s. 46.

⁵³ Chodzi tutaj o poglądy M. J. Herskovitsa, rekonstruowane i analizowane w przytaczanym opracowaniu Z. Gierszewskiego.

⁵⁴ Z. Gierszewski, *Kultura – moralność – względność...*, s. 54.

⁵⁵ Z. Gierszewski, *Kultura – moralność – względność...*, s. 55.

⁵⁶ Z. Gierszewski, *Kultura – moralność – względność...*, s. 158.

⁵⁷ Z. Gierszewski, *Kultura – moralność – względność...*, s. 54.

⁵⁸ Z. Gierszewski, *Kultura – moralność – względność...*, s. 55.

⁵⁹ Z. Gierszewski, *Kultura – moralność – względność...*, s. 157 i 159.

⁶⁰ A. Szahaj, *E pluribus unum?...*, s. 74, przyp. 150. Podkreślenia autora.

⁶¹ A. Szahaj, *E pluribus unum?...*, s. 74, przyp. 150.

jującego”, przez etnocentryzm „życliwy” aż do jego najłagodniejszej, osłabionej formy⁶². Należy się jednak zastanowić, czy taka ewolucja zaszła również w przypadku poszczególnych systemów prawnych, ze szczególnym uwzględnieniem prawa karnego? Wydaje się bowiem, że mimo niewątpliwej zmiany poglądów znaczącej części społeczeństw zachodnich, które w zdecydowanej mierze zrezygnowały ze świadomych dążeń uniwersalistycznych, tak obecnych w historii Europy i Ameryki Północnej, to porządki prawne poszczególnych państw wciąż można uznawać za przejaw, może nie w pełni uświadomianego, etnocentryzmu „wojującego”⁶³. Co więcej, taką uwagę można chyba odnieść do wszystkich porządków prawnych, niezależnie od kręgu kulturowego. Choć mieszkańcy obcego, nieraz bardzo odmiennego od ojczyzny państwa, mogą być nastawieni do przybyszów przyjaźnie i nawet z pewną dozą wyrozumiałości, to lokalne systemy prawne wciąż charakteryzują się daleko idącą kategorycznością. Uważa się, że każdy, niezależnie od pochodzenia, wyznawanej religii, ideologii, czy ogólnie sposobu życia ma stosować się do konkretnych regulacji prawnych, które zawsze są do pewnego stopnia zdeterminowane kulturowo i mogą być dla przedstawicieli innych kultur nieznanne lub po prostu niezrozumiałe czy niewystarczająco uzasadnione. W takim ujęciu prawo karne i realna groźba zastosowania przymusu państwowego mogą być traktowane przez osoby z innych kultur jako wyraz dążeń uniwersalistycznych. Oczywiście, można powiedzieć, że takie roszczenie podporządkowania się nie jest wyrażane wprost. Jednakże fakt istnienia prawnych zakazów, których złamanie pociąga za sobą realne ryzyko odpowiedzialności karnej, w zasadzie oznacza żądanie „porzucenia” swojej kultury i akceptacji nowych wzorców już w momencie przekroczenia granicy państwa.

Należy w tym miejscu przytoczyć pytanie zadane przez T. Palecznego, chyba zasadnicze w kwestii wpływu multikulturalizmu na prawo: „czy państwa [a także prawo – dop. M.D.] nie są instrumentem utrzymywania zależności ekonomicznej, politycznej, militarnej i kulturowej (religijnej czy językowej, w sensie dominacji systemów wartości) jednych grup kulturowych nad innymi”⁶⁴? W świetle powyższych uwag trzeba stwierdzić, że prawo jest takim narzędziem, a *cultural defence* ma być środkiem na „złagodzenie” prawnego etnocentryzmu „wojującego”⁶⁵.

7. Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania, należy podkreślić, że sama idea brania pod uwagę kultury, do której należy strona w postępowaniu sądowym, zasługuje na uznanie i pozytywną ocenę. Jednakże trzeba być świadomym, iż najpowszechniej-

⁶² A. Szahaj, *E pluribus unum?*..., s. 75, przyp. 150.

⁶³ A.D. Renteln zwraca uwagę na etnocentryczność systemów prawnych, ale nie określa dokładnie rodzaju etnocentryzmu, zob. A.D. Renteln, *The Cultural Defense*..., s. 18. Zob. także polską literaturę dotyczącą problematyki „etnocentryzmu a prawo”: P. Kaczmarek, *Pytanie o użyteczność perspektywy (etno)centrycznej dla rozważań nad prawem*, w: M. Błachut (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, Wrocław 2007, s. 143 i n.; A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008, s. 123 i n.

⁶⁴ T. Paleczny, *Przedmowa: W poszukiwaniu nowych perspektyw badań i studiów nad wielokulturowością*, w: K. Golemo, T. Paleczny, E. Wiącek (red.), *Wzory wielokulturowości*..., s. 8.

⁶⁵ W podobnym tonie pisze E.M. Chiu, która uważa, że współczesne prawo karne jest „asymilacionistyczne” i obrona przez kulturę ma temu przeciwdziałać, zob. E.M. Chiu, *Culture as Justification, not Excuse*, St. John’s Legal Studies Research Paper No. 06-0043, dostępne na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=895276>, ostatnie otwarcie: 22.11.2010, s. 71 i n.

sze ujęcie obrony przez kulturę, proponowane przez A.D. Renteln, obciążone jest szeregiem poważnych wątpliwości⁶⁶.

Z tych względów na uwagę zasługuje „minimalistyczna” wersja *cultural defence*, jaką proponują E.M. Held i R.G. Fontaine, którzy w zasadzie chcą ograniczyć stosowanie tej strategii do kategorii przestępstw bez ofiar. Przyjmując takie ujęcie, z dużą dozą prawdopodobieństwa uniknie się opisywanych wcześniej wątpliwości. „Minimalistyczna” wersja nie będzie przejawem paradoksu multikulturowej wrażliwości. Z drugiej strony, znacznie gorzej będzie ona ograniczała etnocentryzm „wojujący”, który charakteryzuje prawo karne. Natomiast chyba najpoważniejszym zarzutem, jaki można by postawić propozycji E.M. Helda i R.G. Fontaine, jest to, że ich „minimalistyczne” *cultural defence* zdaje się być przejawem tzw. butikowego multikulturalizmu (*boutique multiculturalism*)⁶⁷. Nie podchodzi się w nim poważnie do różnic kulturowych. Traktuje się je w sposób powierzchowny, skupiając się np. na specyficznych strojach noszonych przez przedstawicieli mniejszości, czy zwyczajach żywieniowych, stanowiących swoistą „nadbudowę” nad uniwersalną racjonalnością, która ma być wspólna wszystkim ludziom, niezależnie od kultury. Zatem prawo karne będzie brało pod uwagę różnice dotyczące np. rytualnego uboju zwierząt czy spożywania substancji psychoaktywnych. Inne, zdecydowanie bardziej problematyczne zagadnienia, jak kulturowo uwarunkowane usprawiedliwianie przemocy, w zasadzie nie będą uwzględniane, bowiem będzie się żywiło głębokie przekonanie, że jednak „wszyscy wiedzą, co jest dobre, a co złe”.

Wydaje się więc, że gdy „maksymalistyczne” ujęcie *cultural defence* A.D. Renteln zakłada bardzo silny, wręcz determinujący wpływ kultury na działania jednostek, tak „minimalistyczne” ujęcie E.M. Helda i R.G. Fontaine nie chce dostrzec tego, że kultura zdecydowanie silniej oddziałuje, niż tylko wskazuje, co i jak należy jeść. Oczywiście, instytucje prawne raczej zawsze będą skazane na daleko idące uproszczenia czy fikcje. Jednakże gdy któraś z nich może realnie prowadzić do pogłębiania dyskryminujących praktyk i sama dyskryminuje, zapewniając mniejszą ochronę prawną, a to wszystko jest dokonywane w imię szeroko pojmowanej sprawiedliwości, bo przecież w postępowaniu karnym, to „mniejszym złem” jawi się bardziej etnocentryczna, nieudająca neutralności wersja *cultural defence*.

⁶⁶ Zdaje się, że część z nich można odnieść także do propozycji J.M. Donovan i J.S. Gartha.

⁶⁷ A. Szahaj, *E pluribus unum?...*, s. 86, przyp. 167. Zob. także S. Fish, *Boutique Multiculturalism, or Why Liberals Are Incapable of Thinking about Hate Speech*, „Critical Inquiry” 1997, t. 23, nr 2, s. 378–395.

Summary

Michał Dudek

Does every culture deserves a defence? Few queries concerning cultural defence and criminal law in the age of multiculturalism

The aim of the article is to present few queries concerning extensively discussed issue of cultural defence. The point of reference is ideology of multiculturalism. Main focus is placed on an attempt to reconstruct and present presumably not fully realized assumptions underlying this strategy, *inter alia* concerning understanding of notion of culture, or “militant” ethnocentrism, by which criminal law can be characterized. It is also argued that consistent application of currently most common version of cultural defence will take effect in lesser legal protection provided to the members of cultural minorities. It justifies thesis, that cultural defence is often flawed with paradox of multicultural vulnerability. In consequence, it is stated that although there are arguments in favor of this strategy, in current most common shape it is flawed with few significant contradictions and presumably it would be more appropriate to narrow cultural defence to victimless crimes.