

KIEDY PRAWO ZDERZA SIĘ Z TRADYCJĄ I OBYCZAJAMI...

Pojęcie „trudnych przypadków” stanowi tłumaczenie angielskiego zwrotu *hard cases*. Pomimo jego częstego przywoływania w literaturze, wśród współczesnych teoretyków i filozofów prawa nie ma zgody co do jednoznacznego rozumienia przedmiotowego zwrotu. Najczęściej jednak mianem *hard cases* określa się takie sytuacje, w których sędzia, nie dysponując jednoznaczną normą prawną, staje przed wyborem jednego z kilku poprawnych rozwiązań danej sprawy (Zajadło 2008: 7, Wojciechowski 2004: 11, Sykuna 2007: 339). Tym samym zawęża się możliwość używania danego zwrotu jedynie do procesu stosowania prawa. Wydaje się to oczywiste, jeżeli wziąć pod uwagę anglosaską genezę omawianego pojęcia. W kulturze *common law* bowiem to sędziowie odgrywają najważniejszą rolę w systemie prawa. To oni, nazywani przez R. Dworkina „księżętami prawa”, nie tylko orzekają w sprawach indywidualno-konkretnych, ale z uwagi na możliwość tworzenia precedensów kreują nowe normy prawne. Wspomnianemu amerykańskiemu filozofowi prawa można również przypisać wąskie rozumienie *hard cases*. Wprawdzie Dworkin odnosi pojęcie trudnego przypadku także do sytuacji, w których z uwagi na brak konsensusu pomiędzy prawnikami wystąpią problemy decyzyjne, to jednak główną istotą *hard cases* ujmuje jako powstały w toku stosowania prawa brak jednoznacznej normy (Wojciechowski 2004: 11).

Z uwagi na ramy niniejszego opracowania trudno opisać szczegółowo wszystkie propozycje definiowania *hard cases*. W polskiej literaturze z zakresu teorii i filozofii prawa M. Król, odnosząc pojęcie trudnych przypadków do instytucji prawomocności, obok koncepcji R. Dworkina opisała także ujęcia omawianego zagadnienia dokonane przez H.L.A. Harta, N. McCormicka, A. Peczenika i J. Wróblewskiego (Król 1998: 97–109). Wszyscy wyżej wymienieni autorzy, pomimo różnorodnego uzasadnienia, odwołują się do szeroko rozumianego procesu stosowania prawa i przez ten pryzmat starają się definiować omawiane pojęcie.

W literaturze zagranicznej natomiast można spotkać się z próbami wskazania cech charakterystycznych dla *hard cases* poprzez określenie linii podziału pomiędzy trudnymi a łatwymi przypadkami. W leksykonie z zakresu teorii prawa B.H. Bix podkreślił, że różnica pomiędzy przypadkiem trudnym a łatwym przejawia się w trzech aspektach: stopniu, czasie i pewności porozumienia, które prawidłowo wykształceni i rozsądni prawnicy są (lub nie są) w stanie osiągnąć w konkretnej sprawie (Bix 2004: 81, Sykuna 2007: 339, Zajadło 2008: 8). Tym samym można stwierdzić, że jeżeli decyzja rozstrzygająca będzie podjęta w krótkim czasie od pojawienia się danej kwestii

i zostanie utrzymana (np. w toku instancji), nie można uznać takiej sprawy za *hard cases* (Sykuna 2007: 339).

Powyższe, powszechnie przyjmowane w teorii prawa definiowanie trudnych przypadków, nie sprzeciwia się poprawności twierdzeń, w których rozszerza się rozumienie przedmiotowego zwrotu na inne sytuacje niezwiązane bezpośrednio z procesem stosowania prawa. Rzecz bowiem sprowadza się do konwencji, którą autor przyjmuje na potrzeby konkretnego opracowania. Nic nie stoi bowiem na przeszkodzie, aby posługiwać się opisywaną frazą językową, chcąc określić w ogóle sprawy o szczególnej złożoności, bulwersujące dodatkowo opinię publiczną. Ponadto, czy jest lepszy sposób niż sformułowanie *hard cases* na określenie sytuacji, w których dochodzi do zderzenia prawa z innymi systemami normatywnymi? Co więcej, nie należy łączyć tej kwalifikacji jedynie z tradycyjnym konfliktem prawa z moralnością. Z podobnymi sytuacjami możemy mieć również do czynienia na linii prawo – obyczajowość, prawo – polityka, prawo – ekonomia, prawo – religia etc.

Tak szeroki zakres rozumienia trudnych przypadków proponuje J. Zajadło, który uznaje, że odnoszenie przedmiotowego pojęcia do stosowania prawa jest wprawdzie poprawne, ale nie powinno być wyłączone. Trudne przypadki można bowiem odnaleźć także w ramach tworzenia, obowiązywania i przestrzegania prawa (Zajadło 2008: 13–15). Mamy tutaj do czynienia z zupełnie odmiennym podejściem do *hard cases*, a być może nawet z załóżkiem ich nowej teorii.

Jeśli podążamy tak szeroko wyznaczoną ścieżką rozumienia trudnych przypadków, nic nie stoi na przeszkodzie, aby właśnie tym mianem określić problem pojawiający się przy zderzeniu prawa z imperatywem kulturowym określonej mniejszości społecznej. W anglosaskiej kulturze prawnej tego typu zjawisko przybiera postać tzw. *culture defence*, które można tłumaczyć jako tzw. obronę przez kulturę (Sykuna i Zajadło 2007: 26–36). Wprawdzie nie jest ono zbyt rozpowszechnione w systemie prawa kontynentalnego, w tym także w systemie prawa polskiego, to jednak wydaje się godne uwagi. Powyższy wniosek jest uzasadniony chociażby ze względu na treść art. 35 ust. 1 Konstytucji, który stanowi, że „Rzeczpospolita Polska zapewnia obywatelom polskim należącym do mniejszości narodowych i etnicznych wolność zachowania i rozwoju własnego języka, zachowania obyczajów i tradycji oraz rozwoju własnej kultury”. Obowiązywanie tego przepisu w systemie normatywnym demokratycznego państwa prawnego jest oczywiste. Inaczej trudno byłoby sobie wyobrazić realizację zasady równości w Rzeczypospolitej, jeżeli państwo nie chroniłoby grup mniejszościowych. Co więcej, art. 35 ma charakter przepisu bezpośredniego, dla którego stosowania nie ma potrzeby odsyłania do odrębnych ustaw (Skrzydło 2000: 47–48). Tym samym, na podstawie ust. 2 omawianego artykułu, mniejszościom narodowym i etnicznym przysługuje prawo do tworzenia własnych instytucji edukacyjnych, kulturalnych, a także instytucji służących ochronie tożsamości religijnej oraz do uczestnictwa w rozstrzygnięciu spraw dotyczących ich tożsamości kulturowej.

Niezależnie od powyższych uwag na temat normatywnej ochrony i gwarancji przewidzianej w art. 35 Konstytucji, warto zastanowić się nad kwestią, w jakim stopniu Rzeczpospolita Polska zapewnia albo powinna zapewniać obywatelom polskim należącym do mniejszości narodowych i etnicznych opisane w tymże artykule wolności? W tym kontekście zasadne wydaje się pytanie, czy demokratyczne państwo prawa ma

obowiązek akceptować i chronić wszystkie obyczaje przyjmowane przez poszczególne mniejszości narodowe i etniczne? A może jest tak, że ochroną powinny być objęte tylko te obyczaje, które są akceptowane, chociaż niekoniecznie stosowane przez większość? Jak daleka zatem powinna być ochrona ze strony państwa w stosunku do swoich obywateli skupionych w mniejszości etnicznej lub narodowej? W jaki sposób, w razie różnic, wyważyć interesy zarówno mniejszości, jak i większości obywateli zamieszkujących dane państwo? Jakie należy przyjąć stanowisko odnośnie do obyczajów mniejszości narodowych i etnicznych, wprawdzie wypływających z wielowiekowej tradycji, ale stojących w sprzeczności z obowiązującym prawem? To tylko niektóre pytania, które rodzą się w związku z treścią art. 35 ust. 1 Konstytucji. Co ciekawe, jak pokazało życie, nie są to tylko zagadnienia teoretyczne. Z problemem wynikającym z ostatniego pytania zmagał się jeden z sądów powszechnych na Dolnym Śląsku, w którym w marcu 2007 roku zakończył się proces karny, stanowiący swoisty dowód na to, że w Rzeczypospolitej Polskiej może dojść i dochodzi do konfliktu prawa z wielowiekową tradycją mniejszości etnicznej oraz z obyczajami z niej wypływającymi.

Jeden z członków społeczności romskiej, dwudziestojednoletni Marek K., został uznany za winnego popełnienia czynu, który sąd zakwalifikował jako przestępstwo obcowania płciowego z osobą poniżej piętnastego roku życia. Na podstawie art. 200 § 1 kodeksu karnego Marek K. został skazany na karę ośmiu miesięcy pozbawienia wolności. Jednocześnie sąd zawiesił karę na okres próby wynoszący trzy lata i na ten czas oddał oskarżonego pod dozór kuratora.

Cała sprawa wyszła na jaw, kiedy po przeprowadzeniu kuratorskiego wywiadu środowiskowego zostało złożone zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa. W akcie oskarżenia Markowi K. zarzucono właśnie dopuszczenie się czynu z art. 200 § 1 kodeksu karnego, który zakazuje obcowania płciowego z osobą poniżej piętnastego roku życia. Od samego początku podejrzany, a później oskarżony, w żaden sposób nie zaprzeczał podnoszonym okolicznościom. Okazało się, że w roku 2003 Marek K., mając osiemnaście lat, w myśl wielowiekowej tradycji Romów, poślubił niemającą jeszcze wówczas piętnastu lat swoją wybrankę pochodzącą również z rodziny romskiej. Rok później ze związku tego urodziło się im dziecko. Tym samym, skoro doszło do obcowania płciowego z osobą poniżej piętnastego roku życia, wydaje się oczywiste, że nastąpiło naruszenie przepisów prawa polskiego, w myśl których zakazane są stosunki o charakterze seksualnym z małoletnimi. Co więcej, polski ustawodawca w przypadku skazania za przedmiotowe przestępstwo na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania nie dopuszcza możliwości jego zatarcia.

Z punktu widzenia prawa karnego opisana sprawa wydaje się jasna i oczywista. Ma jednak pewne, można by powiedzieć – kulturowe „drugie dno”. Z jednej bowiem strony, Marek K. jako obywatel podlega prawu polskiemu, z drugiej, jak można się domyślać, jako członek społeczności romskiej czuje się subiektywnie związany imperatywem obyczajowym wynikającym z wielowiekowej tradycji. W myśl jej zasad dopuszcza się zawieranie małżeństw w bardzo wczesnym wieku, nawet przed dojściem do pełnoletniości. Trudno jednak wskazać precyzyjnie, kiedy młodzi Romowie są gotowi do wspólnego życia. Problem w tym, że to środowisko, obok determinacji ze strony własnej kultury, jest poddawane wpływom cywilizacyjnym kraju, w którym dana grupa zamieszkuje. Zdarza się również, że to nie sami partnerzy, tylko ich rodzice

decydują o tym, czy młodzi osiągnęli już wystarczający wiek do zaślubin. Pomimo przywoływania w literaturze różnych granic wiekowych (Cozannet 1973: 123–124, Kowarska 2005: 103), najczęściej przyjmuje się, że trzynastoletnie dziewczęta i szesnastoletni chłopcy są gotowi wchodzić w związki małżeńskie (Kowarska 2005: 103).

Sam obrzęd zaślubin poprzedza okres przygotowań, podczas którego znaczącą, a czasami najważniejszą rolę, odgrywają rodziny przyszłych małżonków. Jednakże i w tym wypadku brakuje jednorodności co do sposobów kojarzenia w pary młodych ludzi. Często o wszystkim decydują rodzice, a czasami sami zainteresowani wykazują inicjatywę w celu zawarcia małżeństwa.

Chociaż młodzi Romowie mogą wybrać w Polsce trzy rodzaje ślubów, tj. cywilny, kościelny i tradycyjny, to ślub tradycyjny zwany *mangavipen* jest uznawany za najważniejszy w ich środowisku (Kowarska 2005: 116–117), mimo że nie wywołuje żadnych skutków z punktu widzenia polskiego prawa cywilnego.

Zawierają go młodzi ludzie jeszcze przed dojściem do pełnoletniości. Co więcej, Romowie dość często, mając już prawną możliwość, pomijają w ogóle dwa pierwsze, przewidziane przez polskie ustawodawstwo sposoby zawierania małżeństw, pozostając przez całe życie w związkach opartych jedynie na tradycyjnej przysiędze (Kowarska 2005: 117). Tak więc z punktu widzenia prawa polskiego mamy do czynienia w tej sytuacji z typowym konkubinatem.

W uroczystościach zaślubin biorą udział rodzice i rodzina młodej pary (Bartosz 2004: 193). Cały przebieg *mangavipen*, pomimo drobnych różnic wynikających z odrębności poszczególnych ugrupowań Romów, jest zdeterminowany w przeważającej mierze podobnymi zwyczajami, które wypływają z wielowiekowej tradycji. Najpierw wyznaczony członek starszyny, osoba ciesząca się autorytetem w danej społeczności, poucza przyszłych małżonków o odpowiedzialności, która łączy się z instytucją małżeństwa. Następnie na ich dłoniach wiąże specjalną chustę. Niekiedy za wystarczające dla aktu zaślubin uznaje się przewiązanie rąk zwykłą wstążką, sznurkiem, tasiemką lub nawet fartuchem, najlepiej w kolorze czerwonym (Kowarska 2005: 118). Po wygłoszeniu publicznej deklaracji nupturientów o gotowości do wspólnego życia we dwoje i akceptacji związku przez rodziców, młodych oblewa się wódką lub szampanem, a czasami także podrzuca się ich do góry (Kowarska 2005: 118).

W ten sposób, oczywiście z pewnymi drobnymi odstępstwami, od wieków w środowisku romskim zawiera się śluby. Tak też musiało być w przypadku „małżeństwa” Marka K. Stąd zdziwienie i zaniepokojenie polskich Romów związane z oskarżeniem, a następnie ze skazaniem go za przestępstwo molestowania małoletniej. Reakcją na opisywany wyrok sądu było wydanie przez Stowarzyszenie Romów w Polsce oficjalnego oświadczenia, w którym zawarto apel o poszanowanie ich tradycji, „której jednym z elementów jest praktyka bardzo wczesnego zamażpójścia kobiet” (Stowarzyszenie Romów 2007, źródło – Internet). Powołując się na treść polskiej ustawy o mniejszościach narodowych, wskazano na brak uwzględnienia specyfiki i odrębności kulturowo-obyczajowej Romów właśnie w odniesieniu do przypadku Marka K. Ponadto wskazując jasno, że Stowarzyszenie w żaden sposób nie chce ingerować w procedurę przewidzianą przez polskie prawo, wyrażono nadzieję, że ten jednostkowy przypadek nie stanie się impulsem do inicjowania podobnych procesów skierowanych wobec członków mniejszości romskiej w Polsce.

Powyższe obawy mogą być faktycznie uzasadnione, szczególnie jeżeli weźmie się pod uwagę, że praktyka wczesnego zamążpójścia młodych Romek jest dość powszechna. Dlatego nagłośnienie sprawy Marka K. może niechybnie spowodować wiązanie tradycji romskiej z pedofilią, jednym z najgorszych przestępstw w ogóle. Dodatkowy problem pojawia się przy analizie samej konstrukcji przestępstwa z art. 200, zwłaszcza w związku z art. 106a kodeksu karnego. Szczegółowa analiza przesłanek opisywanego czynu przekraczałaby jednak ramy niniejszego opracowania. Wystarczy jedynie wskazać, że w sytuacji, w której sąd skazałby za przedmiotowe przestępstwo na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, kodeks karny nie dopuszcza możliwości jego zatarcia. Przepis artykułu 106a został wprowadzony w wyniku nowelizacji kodeksu karnego, dokonanej w roku 2005. Warto w tym miejscu zauważyć, że dodanie omawianego artykułu spotkało się z licznymi komentarzami ze strony doktryny prawa karnego. Podkreślono jego kontrowersyjność, albowiem przeczy on zasadzie humanitaryzmu oraz wydaje się mało racjonalny z uwagi na zasady polityki karnej (Marek 2007: 243, Mozgawa 2007: 212, Bogdan 2007: 1113–1114).

Co do głównego problemu, tj. zderzenia prawa z obyczajami, historia małżeństwa polskich Romów wydaje się podobna do stanów faktycznych, które były badane w toku postępowań przez sądy amerykańskie już w latach osiemdziesiątych XX wieku. Strony występujące w tych procesach należały również do mniejszości etnicznych lub narodowych, zamieszkujących Stany Zjednoczone. Co więcej, zarzucane im czyny były wprawdzie niezgodne z obowiązującym prawem, jednak znajdowały usprawiedliwienie w obyczajowości i tradycji tych mniejszości. Przykładowo, sprawa *People v. Moua*, którą w roku 1985 rozpatrywał sąd w Kalifornii, dotyczyła pewnego Laotańczyka z plemienia Hmong, który zgodnie z obyczajem tej grupy etnicznej (*zij poj niam*, ang. *marriage-by-capture*), chcąc zawrzeć małżeństwo, porwał swoją wybrankę serca (Golding 2002: 148, Gordon 2001: 1813, Phillips 2003: 511 i n.). Inna sprawa dotyczyła specyficznych zachowań obowiązujących wśród członków mniejszości albańskiej w USA. Mieszkaniec w Teksasie Albańczyk Sandri Krasniqi został oskarżony o molestowanie seksualne swojej czteroletniej córki za to, że poklepał ją po narządach płciowych w miejscu publicznym (Dundes Renteln 2005: 50–51). Przed sądem ojciec powoływał się na argumenty związane z tradycją albańską, zgodnie z którą tego typu gesty są powszechnie obowiązującą normą i nie mają żadnego podtekstu ani znaczenia seksualnego (Sykuna i Zajadło 2007: 35).

W tych przywołanych pokrótce sprawach, jak i w wielu innych, szeroko opisywanych w literaturze, sądy amerykańskie stosowały wspomnianą już na początku niniejszego opracowania instytucję *cultural defence* (Dundes Renteln 2004). Najczęściej przyjmuje się, że można o niej mówić ogólnie w sytuacjach, w których organ stosujący prawo bierze (lub nie bierze) pod uwagę obowiązywanie w jakiejś grupie społecznej specyficznych norm kulturowych, odbiegających w istotny sposób od przyjętych standardów ogólnospołecznych (Van Broeck 2001: 5). W zależności od rodzaju spraw, w stosunku do których odnosi się omawianą instytucję, można także spotkać się z ujęciem *cultural defence* w wąskim i szerokim znaczeniu. Pierwsze łączy się jedynie z postępowaniami w sprawach karnych. W tym sensie obrona przez kulturę oznacza pewien rodzaj prawnej lub prawniczej strategii stosowanej w postępowaniu karnym. Polega ona na wykorzystywaniu argumentu przynależności sprawcy do specyficznej

grupy kulturowej w celu wyłączenia lub ograniczenia jego odpowiedzialności bądź złagodzenia grożącej kary za dany czyn (Wen Chu Wu 2003: 981). W szerszym znaczeniu pojęcie to można jednak rozciągnąć także na całe gałęzie prawa i inne rodzaje postępowań, na przykład na postępowania w sprawach cywilnych czy administracyjnych. Przykładowo, w sprawie *Friedman v. State*, instytucja *cultural defence* pojawiła się jako argument za przyznaniem stronie powodowej odszkodowania za uszczerbek na zdrowiu (Dundes Renteln 2004: 53). Na względy kulturowe powołują się także osoby występujące z wnioskami o udzielenie im azylu w ramach obowiązującej w Stanach Zjednoczonych procedury administracyjnej. Warto wspomnieć, że w tych sprawach nader często dochodzi jednak do nadużywania argumentu *cultural defence*. Emigranci, chcąc wzmocnić uzasadnienie swoich wniosków, powołują się bowiem na różne okrutne, ale fikcyjne obyczaje obowiązujące w ich krajach (Dundes Renteln 2004: 53).

Wydaje się, że podstawowy dla niniejszego opracowania przykład małżeństwa polskich Romów wskazuje, że problemy związane ze zjawiskiem *cultural defence* występują nie tylko w kulturze anglosaskiej, lecz także w kulturze kontynentalnej. Obok Polski, gdzie *cultural defence* pojawiło się już w literaturze prawniczej (Sykuna i Zajadło 2007: 26–36), zagadnienie to jest żywo dyskutowane na przykład w Belgii i Holandii (Dundes Renteln 2005: 47). Wprawdzie nie jest ono aż tak jednoznacznie zidentyfikowane i zdefiniowane oraz nie występuje na taką skalę jak w wypadku systemu *common law*, to jednak trudno zaprzeczyć nie tylko jego istnieniu, ale i nieuniknionemu rozwojowi. Już bowiem sam przykład z Dolnego Śląska wydaje się potwierdzeniem aktualności problemu także i w naszym systemie prawnym.

Trzeba mieć jednak świadomość, że mimo podobieństwa problemów bezpośrednie przeniesienie instytucji *cultural defence* do polskiego systemu prawnego wydaje się niemożliwe. Taki sam wniosek należy również sformułować odnośnie do sprawy Marka K. Najkrócej rzecz ujmując, przeszkodą są tutaj zarówno odmienne tradycje oraz rozwiązania przyjęte w naszym prawie, jak i względna homogeniczność polskiego społeczeństwa. Okoliczności te nie powinny jednak ograniczać dyskusji na opisywany temat. Zważywszy na fakt postępującej migracji przedstawicieli innych kultur do naszego kraju może się wkrótce okazać, że problem ten będzie narastał. Najlepszym dowodem jest infiltracja *cultural defence* w jurysprudencji takich krajów, jak przywołane wyżej Belgia czy Holandia.

W literaturze zagranicznej słusznie podnosi się, że w praktyce strategia *cultural defence* może być wykorzystywana w dobrej wierze, ale może być także nadużywana (Dundes Renteln 2005). Warto zatem zadać pytanie, kiedy możemy przyjąć, że w konkretnej sprawie zastosowanie *cultural defence* jest zasadne? Według A. Dundes Renteln, można określić pewne obiektywne kryteria oceny tworzące swoistego rodzaju minimalny test poprawności zastosowania *cultural defence*. Składają się na niego trzy podstawowe pytania: 1) czy zainteresowany jest członkiem określonej mniejszości?; 2) czy w ramach tej mniejszości obowiązują normy wyznaczające specyficzne zachowania uzasadniające *cultural defence*?; 3) czy normy te wpłynęły w istotny sposób na zachowanie zainteresowanego w sprawie będącej przedmiotem oceny organu stosującego prawo? (Dundes Renteln 2005: 49–50). Oczywiście pozytywny wynik takiego testu nie musi automatycznie oznaczać uwzględnienia argumentu *cultural defence*, na przykład w zakresie obniżenia wymiaru kary czy tym bardziej wyłączenia odpowie-

działności karnej. Niemniej powinien skłonić organ stosujący prawo do głębszego zastanowienia się nad problemem.

Dodatkowo warto wskazać, że obok wpływu *cultural defence* na dyskusję z zakresu polityki prawa, może ono rodzić także wiele problemów z zakresu dogmatyki prawa. Niewątpliwie na czoło wysuwa się tu dogmatyka prawa karnego, w ramach której *cultural defence* może odnosić się do okoliczności wyłączających winę, tj. błędu co do prawa i błędu co do faktu. Ponadto, jak już podkreślono, omawiana instytucja może zasadniczo wpływać na wymiar kary oraz stanowić swoistą, choć stanowiącą nadużycie, strategię obrony oskarżonego. Z nieświadomością bezprawności czynu, czyli błędu co do prawa, mamy do czynienia w sytuacji, gdy sprawca dopuszcza się zachowania, wprawdzie zgodnego z jego normami kulturowymi, to jednak zabronionego przez obowiązujące prawo, o których sam sprawca nie wie. Elementem koniecznym do wystąpienia błędu co do prawa jest jednak usprawiedliwienie nieświadomości bezprawności czynu. W pewnym sensie jako przykład można tu przedstawić wspomnianą powyżej sprawę Albańczyka Sandri Krasniqi, który został oskarżony o molestowanie seksualne swojej córki (Dundes Renteln 2005: 50–51). Z jej okoliczności wynika, że Krasniqi nie przypuszczał, iż takie zachowanie, w jego ocenie zupełnie niewinne, może być prawnie zabronione. Tym samym można powiedzieć, że sprawca nie miał świadomości bezprawności czynu. Powstaje zresztą pytanie, czy w tym wypadku w ogóle można mówić o znamionach czynu zabronionego molestowania seksualnego niezależnie z uwagi na brak takiego zamiaru po stronie sprawcy i brak negatywnego wpływu na psychikę dziecka wobec nieistnienia seksualnego kontekstu czynu?

Natomiast o błędzie co do faktu można mówić w sytuacji, gdy sprawca wprawdzie wie, że czyn, którego się dopuszcza, jest zabroniony, ale działa w przekonaniu, że jego postępowanie mieści się w granicach odrębności kulturowej i jednocześnie w usprawiedliwionym przeświadczeniu, że zachowanie to w konkretnych okolicznościach nie nosi znamion czynu zabronionego (np. z uwagi na pozorną naturę działania). Mamy więc do czynienia z rozbieżnością „między jakimś fragmentem rzeczywistości a wyobrażeniem o nim sprawcy” (Gardocki 2006: 136). W tym miejscu najlepszym przykładem wydaje się sprawa *People v. Moua*. Wśród członków plemienia Hmong obowiązywał zwyczaj, zgodnie z którym małżeństwo zawierało się przez porwanie i rytualny akt seksualny, podczas którego wybranka dla podkreślenia męskości przyszłego męża stawiała mu opór. W przedmiotowej sprawie Moua został jednak oskarżony o porwanie i gwałt. Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego sąd uznał jednak, że oskarżony działał pod wpływem błędu co do faktu – sądził bowiem, że wykonuje rytualny akt zawarcia małżeństwa, a opór ze strony kobiety jest tylko częścią tego rytuału i w związku z tym ma charakter pozorny. W literaturze amerykańskiej zestawia się ten przypadek *mutatis mutandis* z klasycznym przykładem myśliwego, który strzela w przeświadczeniu, że celuje do zwierzyny, podczas gdy w rzeczywistości zabija innego uczestnika polowania (Golding 2002: 148).

Cultural defence może stanowić także okoliczność łagodzącą wymiar kary. Wydaje się, że w ramach okoliczności wpływających na rodzaj i wielkość kary, sąd może wziąć pod uwagę fakt, iż determinacja sprawcy była wywołana imperatywem kulturowym i pomimo że sprawca zdawał sobie sprawę z przestępnego charakteru czynu, zasługuje na mniejszą karę niż w normalnych okolicznościach. W sprawie *People*

v. *Kimura* młoda Japonka mieszkająca w Kalifornii Fumiko Kimura, dowiedziawszy się, że jej mąż od trzech lat ma kochankę, postanowiła popełnić rytualne samobójstwo, topiąc się w oceanie wraz z dwójką kilkuletnich dzieci. Wprawdzie sama przeżyła, jednak jej dzieci nie zdołano uratować. W sprawie tej można z pewną ostrożnością powiedzieć, że pomimo nieprzeprowadzenia dowodu w kwestii znaczenia rytuału samobójstwa, sąd wziął pod uwagę petycję podpisaną przez tysiące obywateli należących do kalifornijskiej mniejszości japońskiej, w której pojawiła się argumentacja *cultural defence*. Ostatecznie Fumiko Kimura została skazana na karę jednego roku pozbawienia wolności i pięcioletni okres próby z nadzorem psychiatrycznym (Gordon 2001: 1814).

Wreszcie warto zwrócić uwagę na to, że *cultural defence* może być także nadużywane w zakresie prawa do obrony. Sprawca może bowiem przywoływać argumenty kulturowe tylko w celu wyłączenia bądź ograniczenia swojej odpowiedzialności. W tym wypadku nieodzowne staje się weryfikowanie twierdzeń sprawcy, chociażby przez opisany powyżej test poprawności zaproponowany przez A. Dundes Renteln. W literaturze przyjmuje się, że z przypadkiem nadużycia *cultural defence* mieliśmy do czynienia w sprawie *People v. Chen*. Chińczyk Dong Lu Chen mieszkający w Nowym Jorku, wiedząc o zdradach swojej żony dopuścił się morderstwa poprzez kilkakrotne uderzenie jej młotkiem. Podczas procesu pojawił się argument *cultural defence* i dopuszczono dowód z opinii biegłego (znawcy kultury chińskiej), z której wynikało, że w chińskiej obyczajowości cudzołóstwo żony jest czymś szczególnie dotkliwym i upokarzającym dla mężczyzny, skutkującym nawet niemożliwością ponownego małżeństwa. Sąd przyjął te argumenty i ostatecznie zmienił kwalifikację prawną zarzucanego czynu z zabójstwa drugiego stopnia na nieumyślne spowodowanie śmierci drugiego stopnia (Golding 2002: 149–150).

Przywołane przykłady pokazują, jak złożona jest instytucja *cultural defence*, szczególnie jeżeli weźmie się pod uwagę jej praktyczne zastosowanie. Trudno także nie uznać jej za jeden z możliwych *hard cases* w sytuacji, gdy dochodzi do zderzenia prawa z obyczajowością albo, co więcej, z imperatywem kulturowym wykształconym w tradycji określonej mniejszości narodowej lub etnicznej. Warto także zauważyć, że *cultural defence* wpisuje się w szerokie rozumienie *hard cases*, ponieważ na gruncie tradycyjnego ujęcia trudnych przypadków stanowiłyby w zasadzie, mimo całej swojej złożoności, swoisty *easy case*. Nawiązując do głównej dla niniejszego opracowania sprawy małżeństwa polskich Romów należy podkreślić, że dopóki nie uwzględnimy specyficznego kontekstu kulturowego i zderzenia prawa z obyczajowością, dopóty sprawa ta jest jednoznaczna na gruncie przepisów prawa karnego. Jeżeli jednak do dyskursu etyczno-prawnego wprowadzimy element *cultural defence*, to spowodujemy, że ta sama sprawa nie będzie już taka prosta i oczywista.