

AKTUALNE PROBLEMY I PERSPEKTYWY PRAWA KARNEGO

redakcja naukowa

Marek Mozgawa, Piotr Poniatowski, Krzysztof Wala

Dominika Bek, Janina Błachut, Paweł Daniluk, Ryszard Dębski, Lech Gardocki
Jacek Giezek, Anna Jaworska-Wieloch, Piotr Kardas, Krzysztof Krajewski
Marek Kulik, Jerzy Lachowski, Katarzyna Laskowska, Agnieszka Liszewska
Jarosław Majewski, Mirosława Melezini, Marek Mozgawa, Piotr Poniatowski
Andrzej Sakowicz, Olga Sitarz, Ryszard A. Stefański, Renata Szczepanik
Krzysztof Wala, Włodzimierz Wróbel, Wojciech Zalewski, Robert Zawłocki



Wolters Kluwer

AKTUALNE PROBLEMY I PERSPEKTYWY PRAWA KARNEGO

redakcja naukowa

Marek Mozgawa, Piotr Poniatowski, Krzysztof Wala

Dominika Bek, Janina Błachut, Paweł Daniluk, Ryszard Dębski, Lech Gardocki
Jacek Giezek, Anna Jaworska-Wieloch, Piotr Kardas, Krzysztof Krajewski
Marek Kulik, Jerzy Lachowski, Katarzyna Laskowska, Agnieszka Liszewska
Jarosław Majewski, Mirosława Melezini, Marek Mozgawa, Piotr Poniatowski
Andrzej Sakowicz, Olga Sitarz, Ryszard A. Stefański, Renata Szczepanik
Krzysztof Wala, Włodzimierz Wróbel, Wojciech Zalewski, Robert Zawłocki



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2022

SERIA **MONOGRAFIE**

Stan prawny na 1 kwietnia 2022 r.

Recenzent

Prof. dr hab. Leszek Wilk

Wydawca

Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący

Paulina Ambroży

Opracowanie redakcyjne

Agnieszka Witczak

Projekt okładek serii

Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski

prawolubni[♥]

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujemy prawo i własność

Więcej na www.legalnakultura.pl

Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8286-335-2

ISSN 1897-4392

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 728 313 462

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluger.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	7
Wstęp	9
<i>Włodzimierz Wróbel</i>	
Prawo karne a standardy konstytucyjne	13
<i>Jacek Giezek</i>	
W poszukiwaniu podstaw odpowiedzialności we współczesnym prawie karnym oraz możliwości ich naukowego uzasadnienia	24
<i>Piotr Kardas</i>	
Współczesne koncepcje ujmowania podstaw odpowiedzialności karnej oraz ich wpływ na stanowienie i stosowanie prawa	49
<i>Lech Gardocki</i>	
Ocena możliwych kierunków zmian prawa karnego z punktu widzenia teorii kryminalizacji	71
<i>Ryszard Dębski</i>	
O zasadności zamieszczenia w Kodeksie karnym ogólnego przepisu nawiązującego do nauki o obiektywnym przypisaniu skutku	79
<i>Jarosław Majewski</i>	
Czy należy skorygować dotychczasową granicę między umyślnością a nieumyślnością?	116
<i>Agnieszka Liszewska</i>	
Charakterystyka normatywna form stadialnych przestępstwa	133

<i>Jerzy Lachowski</i> Regulacja błędu w Kodeksie karnym z 1997 r. – wybrane zagadnienia	148
<i>Mirosława Melezini</i> Proponowane zmiany w regulacji kar	164
<i>Ryszard A. Stefański</i> Przyszłość środków karnych	189
<i>Paweł Daniluk</i> Konstytucyjny standard swobody orzeczniczej sądu a obligatoryjne środki reakcji karnej	217
<i>Andrzej Sakowicz</i> Kontrowersje związane z orzekaniem środka karnego w postaci zakazu zbliżania się do określonych osób	247
<i>Olga Sitarz, Dominika Bek, Anna Jaworska-Wieloch</i> Ograniczenia prawa do samostanowienia osoby pokrzywdzonej. Rozważania na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 15.09.2011 r. (C-483/09)	271
<i>Marek Mozgawa, Marek Kulik, Piotr Poniatowski, Krzysztof Wala</i> Stan regulacji części szczególnej Kodeksu karnego	295
<i>Janina Błachut, Krzysztof Krajewski</i> Przestępczość w Polsce w latach 2011–2020	379
<i>Katarzyna Laskowska</i> Przestępczość przeciwko życiu w Polsce w latach 1999–2018. Reakcja prawa oraz organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości	401
<i>Robert Zawłocki</i> Funkcjonowanie systemu kar w teorii i praktyce	423
<i>Renata Szczepanik</i> Kariery instytucjonalne recydywistów	439
<i>Wojciech Zalewski</i> Kontrolologia – przyszłość prawa karnego i kryminologii?	455

Wykaz skrótów

Akty prawne

- | | |
|----------------|--|
| EKPC | – Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) |
| k.k. | – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm.) |
| k.k. z 1969 r. | – ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94 ze zm.) |
| k.k. z 1932 r. | – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. (Dz.U. Nr 60, poz. 571) |
| k.k.s. | – ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2021 r. poz. 408 ze zm.) |
| k.k.w. | – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2021 r. poz. 53 ze zm.) |
| Konstytucja RP | – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) |
| k.p.c. | – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) |
| k.p.k. | – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 534 ze zm.) |
| k.w. | – ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2021 r. poz. 2008 ze zm.) |
| TUE | – Traktat o Unii Europejskiej z 7.02.1992 r. (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 15) |

Czasopisma, publikatory i zbiory orzecznictwa

Annales UMCS	– Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska
Biuletyn KKKPK	– Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego
CzPKiNP	– Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
EPS	– Europejski Przegląd Sądowy
KSP	– Krakowskie Studia Prawnicze
Mon. Praw.	– Monitor Prawniczy
M.P.	– Monitor Polski
OSAW	– Orzecznictwo Sądów Apelacji Wrocławskiej
OSNKW	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Woj-skowa
OTK-A	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Seria A
PiP	– Państwo i Prawo
Prok. i Pr.	– Prokuratura i Prawo
PS	– Przegląd Sądowy
R-OSNKW	– Rocznik – Orzecznictwo Sądu Najwyższego w spra-wach karnych
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
WPP	– Wojskowy Przegląd Prawniczy
Zb. Orz.	– Zbiór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji

Inne

CBOSA	– Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych
ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
KGP	– Komenda Główna Policji
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
SA	– sąd apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– sąd okręgowy
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wstęp

Prawo karne jako ten dział prawa, który operuje najsilniejszą formą represji, jaką państwo może zastosować względem człowieka, jest swego rodzaju probierzem stopnia demokratyzacji systemu prawnego. Jego prawidłowy kształt, stabilność oraz przejrzystość mają nieocenione znaczenie w kontekście realizacji funkcji, jakie winno ono pełnić. Adekwatność rozwiązań karnoprawnych oznacza w tym kontekście konieczność uwzględniania zmian zachodzących w otaczającej nas rzeczywistości, w tym między innymi tych o charakterze społecznym, gospodarczym czy geopolitycznym. Istotną kwestią jest także rozwój technologiczny i związane z tym niekiedy przejawy nowych form społecznie szkodliwych zachowań człowieka wymagających niekiedy ingerencji represyjnej. Na przeciwnym biegunie leży stabilność systemu karnego, rozumiana jako względna stałość unormowań karnoprawnych oraz ich przewidywalność. Połączenie tych sfer (adekwatności i stabilności) bez wątpienia nie jest rzeczą łatwą, stąd też proces legislacyjny dotyczący unormowań karnoprawnych powinien być prowadzony w sposób roztropny, z uwzględnieniem przede wszystkim kwestii merytorycznych. To zaś związane powinno być z prowadzeniem szeroko zakrojonych konsultacji społecznych, w tym w głównej mierze z wsłuchiowaniem się w głos opinii wyrażanych przez specjalistów zajmujących się materią, której dotyczyć ma proponowane rozwiązanie karnoprawne. Mowa w tym miejscu nie tylko o praktykach czy przedstawicielach doktryny prawa karnego, ale też o specjalistach z innych dziedzin (m.in. medycyny, psychologii czy też socjologii). Wspomniane wsłuchiwanie się to nie tylko formalne zasięgnięcie opinii, ale także faktyczne wzięcie pod uwagę argumentów przedstawianych przez poszczególnych opiniodawców. Dopiero tak szeroka perspektywa daje pełen obraz rzeczywistości, na którą nakłada się ramy prawnokarne, z których przekroczeniem wiązać się może stosowność represji kryminalnej. Skoro bowiem, jak wspomniano, prawo karne dysponuje najbardziej dotkliwymi

formami reakcji państwa względem obywatela, to proces jego tworzenia wymaga szczególnej analizy, tak zjawiska, któremu chcemy przeciwdziałać, jak i potrzeb w tym zakresie oraz form, jakie byłyby adekwatne w danym przypadku. Na to wszystko należy nałożyć dodatkowo potrzebę przejrzystości karnoprawnych konstrukcji normatywnych. Kwestia ta ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia wymogów konstytucyjnych, choć należy zdawać sobie sprawę z tego, że nie zawsze udaje się ją zrealizować w stopniu, w jakim oczekiwaliby tego znawcy prawa karnego. Niemniej dążyć należy do maksymalizacji określoności rozwiązań karnoprawnych, czemu sprzyjać winien prawidłowo prowadzony proces legislacyjny.

Niestety rzeczywistość okazuje się często daleko odbiegająca od ideału. Wprowadzone dotychczas zmiany legislacyjne sprawiły, że aktualna treść Kodeksu karnego w znacznej mierze różni się od jej pierwotnego kształtu. Nie chodzi jednak tylko o samą ich liczbę czy zakres, choć i to prowadzi do swoistego zaburzenia struktury tego aktu prawnego. Wiele zmian okazuje się być po prostu nietrafionych lub niekiedy wprost błędnych. Niektóre korekty ustawowe zostają wdrożone z pominięciem spojrzenia systemowego, co prowadzi do występowania nielogicznych konstrukcji prawnych (np. brak możliwości obostrzenia górnej granicy kary pozbawienia wolności w przypadku zbrodni w sytuacji, gdy kara ta przy nadzwyczajnym obostrzeniu może być obecnie wymierzona do 20 lat). Zmiany często niestety zdają się być także pokłosiem populizmu penalnego, czego doskonałym przykładem jest tendencja do zwiększania zagrożenia karnego w przypadku poszczególnych typów przestępstw, jak i do zaostrzania zakresu odpowiedzialności karnej poprzez modyfikację przepisów części ogólnej Kodeksu karnego. Wszystko to sprawia, że wiele dotychczasowych (a także na ten moment planowanych) nowelizacji Kodeksu karnego spotkało się ze słowami krytyki ze strony doktryny. Powyższa refleksja nie oznacza oczywiście, że wszystkie dotychczasowe korekty legislacyjne były wadliwe, są bowiem też takie, które uznać należy za trafne. Niemniej zdają się przeważać, szczególnie w ostatnim czasie, te, które prowadzą do zdeformowania Kodeksu karnego.

Obowiązujący Kodeks karny wszedł w życie niemalże 25 lat temu. Tak długi czas, biorąc pod uwagę dynamikę życia społecznego, nakazuje postawić pytanie: na ile jest on adekwatny do rzeczywistości, w której funkcjonuje? Jest oczywiste, na co zwrócono już wcześniej uwagę, że podlegał on wielu

nowelizacjom, a tym samym jego pierwotny kształt zdecydowanie różnił się od obecnego. Naturalne jest więc, że pojawia się pytanie o jego przyszłość oraz o to, na ile jest on w stanie podołać stawianym mu oczekiwaniom. Należy wręcz sprawę ująć szerzej i zastanowić się nad tym, jaka jest w ogóle przyszłość samego prawa karnego. Wspominana niejednokrotnie wcześniej dynamika życia społecznego, nowe technologie, nieprzewidywalne zdarzenia (w tym m.in. pandemia czy wojna w Ukrainie) czy ewoluujące formy zachowań człowieka (w tym tych o charakterze społecznie szkodliwym) sprawiają, że prawo karne musi reagować, aby wciąż należycie wypełniać swoje podstawowe funkcje. Na to oczywiście nakłada się rozwój nauki, w tym kryminologii, penologii, wiktymologii czy też innych nauk pokrewnych prawu karnemu, dążących do uadekwatniania sposobów przeciwdziałania nowym zjawiskom, czy też nowym formom zjawisk występujących wcześniej w innej postaci. Właściwa współpraca, uwzględnianie zdobyczy rozwoju nauki, prawidłowy proces legislacyjny są nieodzownymi elementami skuteczności systemu prawnokarnego względem ewolucji, jaka dotyka społeczeństwo. Oczywiście immanentną cechą tej skuteczności, swoistym warunkiem *sine qua non*, jest także prawidłowe działanie wymiaru sprawiedliwości. Jest to „system naczyń połączonych”, które tworząc jeden organizm, stojący na straży porządku prawnego w Polsce, muszą się wzajemnie uzupełniać, aby należycie funkcjonować.

Biorąc pod uwagę powyższe, jest to właściwy czas, aby zadać sobie fundamentalne pytanie: Dokąd zmierza prawo karne? Próba odpowiedzi na to pytanie czy choćby naszkicowanie pewnych tendencji, czy kierunków w tym zakresie, wymaga spojrzenia wieloaspektowego. Stąd też na całość opracowania składają się spojrzenia zarówno dogmatyczne, kryminologiczne, jak i praktyczne, których konglomerat ma na celu próbę odnalezienia odpowiedniej dla prawa karnego ścieżki rozwoju.

Prof. dr hab. Marek Mozgawa

Dr Krzysztof Wala

Dr Piotr Poniatowski

Włodzimierz Wróbel

PRAWO KARNE A STANDARDY KONSTYTUCYJNE

1. Tematem I panelu tegorocznego Zjazdu Katedr Prawa Karnego i Kryminologii jest ocena ogólnego stanu prawa karnego. Może być ona dokonywana z różnych punktów widzenia, biorąc także pod uwagę różne kryteria. Odniesienie obowiązującego prawa karnego do standardów konstytucyjnych kryje w sobie dwa zagadnienia: a) jaka jest aktualna treść tych standardów i czy ulegają one modyfikacji; b) jak wygląda realizacja owych standardów we współczesnym polskim prawie karnym.

W monografii Przemysława Cychosza¹, chyba najpełniejszym opracowaniu orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego prawa karnego materialnego, w odniesieniu do tej dziedziny prawa wyodrębniono następujący zespół standardów:

- 1) zasadę sprawowania wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych przez sądy;
- 2) zasadę ustawowej wyłączności i dostatecznej określoności w stanowieniu norm prawa karnego;
- 3) zasadę *ne bis in idem*;
- 4) zasadę *lex severior poenali retro non agit* wraz z zasadą *lex mitior agit*;
- 5) konstytucyjne zasady indywidualnej odpowiedzialności: wymóg indywidualnej winy, odpowiedzialności za własny czyn, wymóg proporcjonalności i *ultima ratio* prawa karnego, wymóg społecznej naganności czynu poddanego sankcji karnej.

¹ P. Cychosz, *Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2017, s. 5 i n.

Standardy te były przedmiotem rozlicznych analiz w nauce prawa karnego i konstytucyjnego. Powszechnym obecnie paradygmatem nauki prawa karnego jest wykorzystywanie argumentacji z poziomu konstytucyjnego². Jest to w pełni uzasadnione – zasady konstytucyjne zdają się być stabilnym fundamentem wyznaczającym aksjologiczny horyzont i zespół gwarancyjnych zasad wyznaczających treść prawa karnego stanowionego na poziomie ustawowym. To przekonanie o stabilności standardu konstytucyjnego może być jednak mylące. Konstytucja RP stanowi bowiem pewną całość – realizacja zasad gwarancyjnych prawa karnego zakłada ich funkcjonowanie w określonym kontekście ustrojowym. Na przykład jeżeli za normę konstytucyjną przyjmuje się zasadę dostatecznej określoności kary grożącej za przestępstwo, to z uwagi na zastrzeżoną przez Konstytucję RP dla sądów kompetencję do wymierzania sprawiedliwości, co z kolei zakłada indywidualizację kary. Idea kar bezwzględnie oznaczonych zostaje uznana za sprzeczną z Konstytucją RP dlatego właśnie, że odbierałaby sądowi konstytucyjną władzę wymierzania sprawiedliwości w indywidualnej sprawie. Wszystko to jednak jest oparte na założeniu, że orzeczenie w sprawie karnej będzie wydawał organ spełniający cechy sądu konstytucyjnego.

2. Naukę prawa karnego odnosimy więc do określonego standardu konstytucyjnego, który w różnym stopniu realizowany jest w praktyce życia społecznego. W szczególności obecnie konieczne jest podkreślenie, że w istocie przy niezmienionym standardzie konstytucyjnym doszło do przekształcenia ustrojowego w Polsce w kierunku państwa autorytarnego. Władza wykonawcza i ustawodawcza została w ogromnym zakresie wyjęta spod kontroli prawa, a instytucje sprawujące tę kontrolę zostały zneutralizowane i podporządkowane politykom (Trybunał Konstytucyjny, prokuratura, Krajowa Rada Sądownictwa, I Prezes Sądu Najwyższego, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji)³. Poprzez zmiany ustawowe i tworzenie specyficznych w znacznym stopniu ograniczono efektywność kontroli sądowej oraz jej konstytucyjną legitymację.

² Por. np. J. Kulesza, *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017.

³ Zob. W. Sadurski, *Polski kryzys konstytucyjny*, przeł. A.W. Wójcik, Łódź 2020.

Musi to wpływać na ocenę relacji, jaka zachodzi pomiędzy współczesnym prawem karnym a standardami konstytucyjnymi. Dokonując bowiem prokonstytucyjnej wykładni tego prawa, należy liczyć się z wrogią konstytucyjnie praktyką działania organów władzy wykonawczej⁴. Odpowiednio dotyczy to także braku respektowania przez te organy prawa unijnego i międzynarodowego, w szczególności zaś wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Warto w tym kontekście zadawać pytania o to, jak wyklądać prawo karne w warunkach faktycznie funkcjonującego państwa autorytarnego, tak by mimo wszystko w jak najpełniejszy sposób respektować wartości konstytucyjne. W takiej sytuacji nie można także przechodzić do porządku dziennego nad tym, że rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego, które w normalnych warunkach ustrojowych rozwijałyby i pogłębiały standardy konstytucyjne, obecnie nie mogą być traktowane w ten sam sposób, z uwagi na ich wadliwość i dekonstytucjonalizację samego tego organu⁵. Orzeczenia te z uwagi na ich uznawanie przez władze wykonawczą i ustawodawczą mogą pociągać za sobą praktyczne konsekwencje derogacyjne, ich wartość argumentacyjna w perspektywie rozważań dogmatycznych jest jednak pozbawiona autorytetu instytucjonalnego i obciążona uwikłaniem politycznym⁶.

Funkcjonowanie prawa karnego w otoczeniu normatywnym wrogiem konstytucyjnej zasadzie państwa prawnego musi rzutować na interpretację zawartych w Konstytucji RP norm gwarancyjnych odnoszących się do tej gałęzi prawa. W szczególności sytuacja ta skłania do poszukiwania instrumentów przeciwdziałających naruszaniu zasad państwa prawa: poszerzaniu zakresu prokonstytucyjnego stosowania prawa, sądowej kontroli aktów wykonawczych do ustaw; wykorzystywaniu mechanizmów uadekwatniania abstrakcyjnych norm sankcjonujących w procesie wymierzania sprawiedliwości w indywidualnych sprawach.

⁴ O pojęciu wykładni wrogiej konstytucji zob. J. Zajadło, *Wykładnia wroga wobec konstytucji*, „Przegląd Konstytucyjny” 2018/1, s. 26 i n.

⁵ O pojęciu dekonstytucjonalizacji zob. W. Wróbel, *Skutki rozstrzygnięcia w sprawie K 3/21 w perspektywie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, EPS 2021/12, s. 20 i n.

⁶ Już teraz odwoływanie się do tych orzeczeń bywa opatrywane gwiazdką dla odróżnienia od orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego posiadającego konstytucyjną legitymację.

3. Niezależnie od zmian ustrojowych sposób rozumienia standardów konstytucyjnych podlega modyfikacjom z uwagi na rozwój technologiczny, transformacje zachodzące w przestrzeni kultury czy środowisku społecznym. Wydaje się, że aktualnie szczególnego znaczenia nabiera głębsze zrozumienie konstytucyjnego standardu dotyczącego pozbawienia wolności⁷. Kara pozbawienia wolności jest typową sankcją charakteryzującą prawo karne. Konstytucja RP traktuje pozbawienie wolności w sposób szczególny, przewidując wyjątkowe gwarancje w stosunku do osób, które wolności zostały pozbawione (art. 41 Konstytucji RP). Jednocześnie odróżnia się „pozbawienie wolności” od „ograniczenia wolności”. W dobie coraz bardziej wyrafinowanych sposobów kontrolowania aktywności ludzkiej pojawia się pytanie o to, kiedy określone środki przestają być już tylko „ograniczeniem” wolności, a stają się jej pozbawieniem, i w jakim aspekcie tej wolności. Powraca także pytanie o to, co należy do istoty pozbawienia wolności jako kary i w czym ma się wyrażać jej dolegliwość – czy chodzi wyłącznie o swobodę poruszania się, czy także o ograniczenia w zakresie innych wolności, w szczególności komunikowania i dostępu do informacji.

Zmiany technologiczne tworzą również nowe przestrzenie dla ekspresji człowieka i nowe sposoby korzystania z wolności. Redefiniuje to tradycyjne ujęcia prawa i wolności, w szczególności w aspekcie wolności słowa i prawa do informacji. Bardzo wiele aktywności człowieka przechodzi w przestrzeń cyfrową, rodząc fundamentalne pytania o to, czy funkcjonowanie w tej przestrzeni nie powinno być gwarantowane w płaszczyźnie konstytucyjnej. W perspektywie prawa karnego z kolei pojawiają się pytania, czy w związku z tym możliwe jest też tworzenie systemu cyberrepresji w postaci ograniczenia możliwości funkcjonowania w internecie jako alternatywy lub uzupełnienia dotychczasowego systemu kar i środków penalnych, i jakie standardy konstytucyjne taka cyberrepresja powinna spełniać.

Przemiany technologiczne i wpływ świata cyfrowego na funkcjonowanie społeczeństwa i ustroju demokratycznego stawiają nowe pytania o standard ochrony wolności słowa oraz możliwości sięgania do środków penalnych w przypadku manipulowania informacją, tworzenia fake newsów czy używania mowy nienawiści (hejtu). Czas pandemii ujawnił nieznane dotychczas na

⁷ T. Sroka, *Prewencyjne pozbawienie wolności*, Kraków 2021, s. 200 i n.

taką skalę zjawisko manipulacji opinią publiczną, stwarzającej bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia i życia dużych grup społecznych. Głębokie podziały społeczne, uleganie koncepcjom spiskowym, odwrót od racjonalizmu stawia na porządku dziennym pytanie o aksjologię prawa karnego i funkcje, które prawo to powinno realizować.

Z kolei obserwacja praktyki stosowania prawa karnego prowadzi do wniosku, że mamy do czynienia ze strukturalnym problemem niewydolności systemu pociągania do odpowiedzialności karnej – zarówno na szczeblu organów ścigania, jak i na szczeblu sądów. I dzieje się tak pomimo znacznego i konsekwentnego spadku przestępczości w bardzo wielu obszarach. Wymiar sprawiedliwości po wielu latach od momentu popełnienia czynu zabronionego nie jest wymiarem sprawiedliwości, o którym mówi Konstytucja RP. Podobnie w przypadku praktyki stosowania tymczasowych aresztów, która nie ma nic wspólnego z wyjątkowością tego środka w płaszczyźnie konstytucyjnej. Musi to rodzić pytania o możliwość realizacji konstytucyjnego standardu prawa do sądu w sprawach karnych, a w szczególności o to, jaki jest dopuszczalny poziom rezygnacji z sądowego orzekania o odpowiedzialności karnej w perspektywie zasad gwarancyjnych prawa karnego oraz osiągania celów ochronnych sankcji karnej⁸. Dotyczy to nie tylko trybów konsensualnych, ale także wprowadzania mechanizmów przedsądowej rezygnacji z odpowiedzialności karnej na kształt uchylonego art. 59a Kodeksu karnego czy poszerzenia granic oportunistycznego procesu zarówno w fazie postępowania przygotowawczego, jak też w fazie postępowania sądowego. Nie ma możliwości ścigania i osądzenia wszystkich czynów zabronionych, choćby już z tego powodu, że ustawodawca, wprowadzając nowe typy przestępstw, z reguły nie łączy tego z koniecznością zagwarantowania dodatkowych środków finansowych na ściganie tych przestępstw i pociągnięcie do odpowiedzialności karnej ich sprawców. Tymczasem każda „penalizacja” kosztuje i nie chodzi tu tylko o koszt wykonania orzeczonych kar. Trudno natomiast doszukać się w uzasadnieniach projektów ustaw wprowadzających nowy zakres karalności informacji – skądinąd obowiązkowej – jakie są koszty finansowe stosowania w praktyce nowych przepisów karnych.

⁸ P. Kardas, *Zarządzanie konfliktem*, Kraków 2019, s. 75 i n.; P. Wiliński, *Zarys teorii konfliktu w prawie karnym*, Warszawa 2020, s. 267 i n.

Innym wyzwaniem stojącym przed nauką prawa karnego w kontekście standardów konstytucyjnych jest absorpcja i opracowanie nasilającej się tendencji do „ucieczki” prawodawcy od stosowania klasycznych regulacji prawno-karnych dla wprowadzania odpowiedzialności represyjnej. Jaskrawym tego przykładem były przepisy wprowadzane w początkowym okresie pandemii przewidujące bardzo wysokie kary administracyjne nakładane przez sanepid za naruszenie zakazów i nakazów mających powszechny charakter (np. zakaz wstępu do lasu, zakaz przemieszczania się podczas lockdownu). Kary te odnosiły się więc do zachowań stanowiących równocześnie przedmiot regulacji Kodeksu wykroczeń czy Kodeksu karnego. Czy i w jakim zakresie kary administracyjne są elementem „prawa karnego”, w tym norm konstytucyjnych odnoszących się do tej dziedziny prawa? W jakim zakresie Konstytucja RP wyklucza w tym wypadku możliwość podwójnego karania? Czy można Kodeks wykroczeń zastąpić karami administracyjnymi?⁹ Dlaczego za kradzież dodatkowo nie nakładać kar administracyjnych poza postępowaniem karnym?

Wydaje się, że pogłębienia refleksji nad standardami konstytucyjnymi wymaga także kwestia środków stosowanych wobec sprawców, którym przypisuje się status osób niebezpiecznych¹⁰. Analiza zmian legislacyjnych prowadzi do wniosku o wzrastającej popularności środków zabezpieczających lub quasi-zabezpieczających nakierowanych na likwidację potencjalnego zagrożenia wynikającego z dysfunkcji psychicznych lub socjalizacyjnych. Kwestia ta musi być rozważana w szerszej perspektywie regulacji prawnych związanych z ochroną zdrowia psychicznego, uzależnieniami i zapobieganiem popełnianiu przestępstw. Konieczne jest wypracowanie nowych standardów dotyczących zarówno samego prognozowania niebezpieczeństwa, jak też związanych z tym procedur. Nieuchronnie zbliża się moment, w którym nauka prawa karnego zostanie skonfrontowana z praktycznym zastosowaniem w tym celu algorytmów i sztucznej inteligencji, pozwalającej na profilowanie i szacowanie ryzyka.

⁹ W trakcie pandemii po wprowadzeniu regulacji przewidujących powszechne kary administracyjne Ministerstwo Sprawiedliwości zaproponowało, by koncepcję tę rozszerzyć także na inne wykroczenia, w tym te przeciwko środowisku.

¹⁰ Por. *Środki zabezpieczające. Ujęcie systemowe*, red. A. Barczak-Oplustil, M. Pyrcak-Górowska, A. Zoll, Kraków 2021.

Nowe technologie, ale także poszerzająca się wiedza o procesach psychicznych zachodzących w mózgu człowieka, już dziś wywołują wątpliwości co do adekwatności stosowanego przez karnistów opisu tej podstawy odpowiedzialności, jaką jest wina sprawcy. Nie da się nadal pomijać ustaleń nauk empirycznych wskazujących na szeroki zakres zdeterminowania podejmowanych przez poszczególne osoby zachowań. Coraz większe znaczenie ma nie tyle więc swoboda podejmowania decyzji w momencie samego zachowania, ta okazuje się bowiem często użyteczną fikcją, ile proces, jaki do tej decyzji doprowadził, często ujmowany w prawie karnym jako zawinienie na przedpolu czynu zabronionego. W jakim stopniu regulacje konstytucyjne wymagają w tym zakresie reinterpretacji w poszukiwaniu dostatecznie sprawnych reguł gwarancyjnych, chroniących fundamentalne założenie o przysługującej każdemu człowiekowi godności i wolności?

Jestem przekonany, że prędzej czy później czeka karnistów nowa odsłona sporów o konstytucyjny standard prawnokarnego rozliczenia okresu braku praworządności i zaniechania ścigania wielu czynów bezprawnych ze względów politycznych. Funkcjonowanie państwa autorytarnego w warunkach formalnie tylko obowiązującej Konstytucji RP państwa prawa łączy się z pytaniami o odpowiedzialność funkcjonariuszy publicznych za działania łamiące Konstytucję, za wydawanie regulacji prawnych „legalizujących” bezprawie konstytucyjne. Kryzys na pograniczu białorusko-polskim kwestię tę jeszcze bardziej wyostrzył. Konieczne staje się więc rozważenie, na ile bezprawnie wydane akty wykonawcze, które dla sądu nie są przecież wiążące, w myśl reguły zawartej w art. 178 Konstytucji RP, mogą być pomijane przy ocenie działań podejmowanych przez funkcjonariuszy publicznych w kontekście oceny ich odpowiedzialności karnej? Dalej idącym pytaniem jest pytanie o status, jaki w prawie karnym posiadają wydane w wadliwej procedurze i bez konstytucyjnej legitymacji rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego. Nawet przywrócenie praworządności nie uchyli tego pytania ze względu na reguły intertemporalne prawa karnego.

4. Klasycznym przedmiotem oceny konstytucyjności prawa karnego jest odniesienie standardów konstytucyjnych do treści obowiązujących regulacji prawnych dotyczących odpowiedzialności karnej. Towarzyszy temu niekiedy konstatacja, że praktyka stosowania prawa karnego odbiega od ustalonego wzorca, najczęściej ustawowego.

Takich regulacji obowiązującego Kodeksu karnego, które rodzą wątpliwości w perspektywie standardów konstytucyjnych, jest bardzo dużo. Trudno na przykład zaakceptować – z punktu widzenia zasady dostatecznej ustawowej określoności – treść art. 231 czy 299 k.k. Zasadnicze zastrzeżenia budzi możliwość orzekania w ramach kary łącznej innego, surowszego rodzaju kary w miejsce kar orzeczonych za poszczególne przestępstwa (np. przejście na dożywotnie pozbawienie wolności). Tryb zmian dokonanych w Kodeksie karnym przy ostatniej większej nowelizacji z 19.06.2020 r. (Dz.U. poz. 1086), na mocy której wprowadzono do Kodeksu karnego typ kradzieży szczególnie zuchwałej czy modyfikacje w zakresie uregulowania czynu ciągłego, był jawnie niekonstytucyjny¹¹. Skądinąd niezrozumiałą jest dla mnie fakt, że w niektórych komentarzach do Kodeksu karnego okoliczność tę w ogóle się pomija, przechodząc do porządku dziennego nad tak oczywistym pogwałceniem zasad państwa prawa. Trudno także w tych komentarzach odnaleźć wyjaśnienie, w jaki sposób sądy mają odnieść się do tych niekonstytucyjnych regulacji.

Kryzys państwa prawa, a w szczególności praktyczna likwidacja przewidzianej w Konstytucji RP procedury kontroli konstytucyjności prawa przez Trybunał Konstytucyjny, zintensyfikował zainteresowanie prokonstytucyjną wykładnią prawa oraz tzw. rozproszoną kontrolą konstytucyjności prawa. Osobiście nie jest zwolennikiem używania tego ostatniego terminu, w sądowym stosowaniu prawa, w tym prawa karnego, nie chodzi bowiem o „kontrolę prawa”, ale o uzyskanie takiego rozstrzygnięcia w indywidualnej sprawie, które w sposób najpełniejszy zrealizuje zasady i wartości konstytucyjne. Niekiedy musi to oznaczać pominięcie sprzecznego z Konstytucją RP aktu normatywnego niższego rzędu jako podstawy rozstrzygnięcia. Zasadniczym problemem staje się w tym przypadku wypracowanie kryteriów oceny „konstytucyjności” rozstrzygnięcia sądowego w indywidualnej sprawie karnej. Taka perspektywa nakazuje dostrzegać w regulacjach prawa karnego przede wszystkim instrument, którego adresatem jest sąd, w całym uwikłaniu przepisów ustrojowych i procesowych. Osiągnięcie standardu konstytucyjnego nie jest możliwe, jeżeli przedmiotem oceny uczyni się wyłącznie prawo materialne lub wyłącznie prawo procesowe. Na przy-

¹¹ Wprowadzenie tych samych zmian w takiej samej procedurze rok wcześniej na wniosek Prezydenta zostało uznane za niekonstytucyjne nawet przez wadliwie funkcjonujący Trybunał Konstytucyjny – zob. wyrok TK z 14.07.2020 r., Kp 1/19, OTK-A 2020, poz. 36.

kład art. 53 § 1 k.k., przewidujący orzekanie kary przez sąd „w granicach ustawy”, ale „według swojego uznania”, tylko wówczas może być uznany za zgodny z gwarancyjnymi regulacjami Konstytucji RP, jeżeli organem korzystającym ze swobody wyznaczonej przez art. 53 k.k. będzie sąd spełniający konstytucyjne cechy sądu, także w zakresie składu orzekającego. W przeciwnym wypadku stosowanie art. 53 k.k. nie pozwoli na uzyskanie orzeczenia zgodnego z Konstytucją RP. Z kolei regulacje prawa procesowego mogą tak ukształtować reguły dowodzenia, w szczególności zakres swobody sądu w przeprowadzeniu określonych wnioskowań, że nawet najbardziej szczegółowy i dokładny opis znamion typu czynu zabronionego, w pełni spełniający konstytucyjny wymóg dostatecznej określoności, stanie się fikcją¹². Oceniając z tej perspektywy prawo karne, należy pamiętać, że prawo to, pozornie zgodne z Konstytucją RP w płaszczyźnie abstrakcyjnej, nie może stanowić zasłony ukrywającej niesprawiedliwe i niezgodne z wartościami konstytucyjnymi rozstrzygnięcie w indywidualnej sprawie.

Niewątpliwie dzisiaj podstawowym wyzwaniem jest opracowanie konstytucyjnego standardu prawa karnego funkcjonującego w państwie autorytarnym. W państwie, w którym brak jest skutecznych procedur kontroli konstytucyjności prawa, w którym w ogromnym zakresie sądy, będące adresatem norm prawnokarnych, tracą gwarancje niezawisłości i niezależności. To jest zadanie, z którego kiedyś zostaniemy indywidualnie i jako środowisko rozliczeni przez naszych obecnych studentów.

Streszczenie

Standardy konstytucyjne odnoszące się do prawa podlegają modyfikacjom. Szczególnym czynnikiem, który należy uwzględnić, dokonując rekonstrukcji tych standardów, jest faktyczna zmiana ustrojowa, która dokonała się w Polsce bez zmiany Konstytucji RP. W związku z tym konieczne jest wypracowanie standardów funkcjonowania prawa karnego w warunkach państwa autorytarnego. Niezależnie od tej podstawowej zmiennej zmianę konstytucyjnego paradygmatu kształtują przemiany technologiczne i kulturowe.

¹² Widać to na przykład w schematach wnioskowań o treści strony podmiotowej czynu zabronionego.

Oznacza to konieczność pogłębionych analiz w zakresie rozumienia pozbawienia wolności, pojęcia winy, zakresu karalności za przestępstwa w cyberprzestrzeni. Odrębną kwestią jest potrzeba dokonywania oceny konstytucyjności prawa karnego w jego kompleksowym ujęciu, jako regulacji prawnych stworzonych przez przepisy prawa materialnego, ustrojowego i procesowego.

Summary

Criminal law and the constitutional standards

The constitutional standards relating to criminal law are subject to modifications. A special factor that should be taken into account when reconstructing these standards is the actual systemic change that took place in Poland without amending the Constitution of the Republic of Poland. Therefore, it is necessary to develop standards for the operation of criminal law in the conditions of an authoritarian state. Regardless of this fundamental variable, the change in the constitutional paradigm is influenced by technological and cultural changes. This necessitates in-depth analyses of the understanding of such concepts as deprivation of liberty, guilt, and the scope of criminal liability for cybercrime. A separate issue is the need to assess the constitutionality of criminal law regarded comprehensively as legal regulations defined by the provisions of substantive, institutional and procedural law.

Bibliografia

- Cychosz P., *Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2017
- Kardas P., *Zarządzanie konfliktem*, Kraków 2019
- Kulesza J., *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017
- Sadurski W., *Polski kryzys konstytucyjny*, przeł. A.W. Wójcik, Łódź 2020
- Sroka T., *Prewencyjne pozbawienie wolności*, Kraków 2021
- Środki zabezpieczające. *Ujęcie systemowe*, red. A. Barczak-Oplustil, M. Pyrcak-Górowska, A. Zoll, Kraków 2021
- Wiliński P., *Zarys teorii konfliktu w prawie karnym*, Warszawa 2020

Wróbel W., *Skutki rozstrzygnięcia w sprawie K 3/21 w perspektywie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, EPS 2021/12

Zajadło J., *Wykładnia wroga wobec konstytucji*, „Przegląd Konstytucyjny” 2018/1

Prof. dr hab. Włodzimierz Wróbel

Uniwersytet Jagielloński

ORCID: 0000-0001-6636-8738

Jacek Giezek

W POSZUKIWANIU PODSTAW ODPOWIEDZIALNOŚCI WE WSPÓŁCZESNYM PRAWIE KARNYM ORAZ MOŻLIWOŚCI ICH NAUKOWEGO UZASADNIENIA

O teoretycznych podstawach odpowiedzialności karnej dyskutuje się – zresztą nie tylko w polskiej nauce prawa karnego – co najmniej od dziesięcioleci. W wypowiedziach jej przedstawicieli odnaleźć można przykłady rozważań, niekiedy nawet bardzo pogłębionych, na temat zasad odpowiedzialności karnej. Subtelnej analizie teoretyczno-dogmatycznej poddawane jest pojęcie przestępstwa, wywołanej nim reakcji w postaci sankcji karnej oraz rozmaitych racjonalizujących jej wymiar instytucji. Z pola widzenia nie tracimy także – nadając im zazwyczaj znaczenie kluczowe – funkcji, jakie prawo karne miałoby realizować. Można by zatem przyjąć, że za sprawą wielu pokoleń prawników dysponujemy całkiem nieźle opracowanym, a przy tym – zdaniem niektórych – ciągle doskonalonym i coraz precyzyjniej opisywanym modelem odpowiedzialności karnej. Jednocześnie pojawia się jednak refleksja – bardziej dotkliwie odczuwalna zwłaszcza w okresach napięć społecznych (niekiedy, tak jak obecnie, generowanych i wykorzystywanych przez władzę) – że udało nam się skonstruować całkiem nieźle prezentującą się formę odpowiedzialności, do której włąć można dowolną – niestety także trudną do zaakceptowania – treść. Tendencję do wykorzystywania dobrze opracowanej oraz – zdawać by się mogło – naukowo weryfikowalnej formy na skutek jej wypełniania ideologicznie czy wręcz populistycznie zabarwioną treścią ilustrować można na wielu przykładach.

Rozpocznijmy zatem od ilustracji, które – dzięki wyraźnemu oporowi społecznemu, jakiego nawet rodzący się autorytaryzm zlekceważyć nie może –

mieszczać się jedynie w sferze regulacji z mniejszą lub większą determinacją projektowanych. Wyobraźmy sobie zatem, że ustawodawca wprowadza do systemu całkowity, a więc „okrojony” z jakichkolwiek wyjątków, zakaz aborcji lub – pozostając w kręgu regulacji światopoglądowych – zakaz uczestnictwa w manifestacjach organizowanych przez osoby należące do środowiska LGBT lub środowisko takie wspierające, obwarowując oba zakazy właściwą prawu karnemu normą sankcjonującą¹. W tak zarysowanym kontekście pojawia się od razu pytanie, czy osoby sprzeciwiające się tego rodzaju rozwiązaniom – w szczególności zaś specjaliści w dziedzinie prawa karnego – dysponują argumentacją, za pomocą której mogliby wykazać tytułowy brak możliwości ich naukowego uzasadnienia, a tym samym zdołaliby również – patrząc w szerszej nieco perspektywie – precyzyjnie wyznaczyć nieprzekraczalne dla prawa karnego granice².

Wbrew narastającemu sceptycyzmowi skłonni bylibyśmy zapewne przyjąć optymistyczne założenie – co może być jednak przejawem obecnej w kręgach uniwersyteckich naiwności oraz wiary w sprawczość analiz naukowych – że przedstawiając nieodparte i od strony metodologicznej odpowiednio zweryfikowane argumenty przemawiające przeciwko nadawaniu modeli odpowiedzialności karnej określonego kształtu, zdołamy powstrzymać prawodawcę zdominowanego przez władzę polityczną od podejmowania działań zmierzających do ich wprowadzania. Sprawa jest jednak nieco bardziej złożona, przy czym kwestią fundamentalną już na wstępie stają się pytania o to, jakiego rodzaju naukowego uzasadnienia mielibyśmy poszukiwać dla modelu odpowiedzialności karnej oraz czy uzasadnienie takie jesteśmy w stanie przedstawić. Wymagałoby to w pierwszej kolejności ustalenia, czym

¹ Na potrzeby dalszych rozważań przyjmuję w tym miejscu, że na całościowo ujmowany model odpowiedzialności karnej składa się zbiór norm sankcjonowanych (przynajmniej w części mających rodowód ogólnosystemowy) oraz norm sankcjonujących, a także norm-zasad (niekiedy nazywanych normami przednawiasowymi), z uwzględnieniem których normy sprzężone powinny być interpretowane i stosowane. Zob. szerzej M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012.

² Poszukiwanie tego rodzaju granic można oczywiście rozpocząć od ustalenia, czy w systemie obowiązującego prawa potrzebne jest prawo o charakterze represyjnym, w tym w szczególności prawo karne. Odpowiedź już *prima facie* jest oczywista, a samo pytanie zdaje się być cokolwiek naiwne. Państwo musi mieć przecież możliwość prawnokarnego reagowania, gdy w relacjach między tymże państwem a jednostką albo w relacjach między jednostkami tworzącymi funkcjonującą w ramach państwa zbiorowość pojawi się konflikt godzący w wartości nazywane dobrami prawnymi.

właściwie jest nauka oraz jaki jest jej paradygmat. Trudno niestety w tym zakresie o stwierdzenia nieodparte, zwłaszcza jeśli zdamy sobie sprawę ze sporów, jakie od dziesięcioleci prowadzone są przez uczonych zajmujących się filozofią nauki³.

Nie tracąc z pola widzenia filozoficznego tła, należałoby jednak podjąć próbę wskazania – także z analizowanej tutaj perspektywy karnistycznej – podstawowych cech tego, co nazywamy nauką lub teorią naukową⁴. Otóż bez obawy o popełnienie poważniejszego błędu można chyba przyjąć, że jest to uporządkowana całość logicznie spójnych uogólnień, wywnioskowanych na podstawie ustalonych faktów naukowych, powiązanych z dotychczasowym stanem nauki⁵. Mówi się także, że jest to usystematyzowana wiedza, obejmująca definicje i sądy egzystencjalne (o istnieniu gatunków, typów itd.). Ma ona na celu wyjaśnienie przyczyny lub układu przyczyn, warunków, okoliczności powstawania oraz określonego przebiegu danego zjawiska. Jest podsumowaniem gromadzonych przez uczonego wyników szczegółowych i – jako taka – wieńczy badania naukowe. Teoria musi być także intersubiektywnie komunikowalna, sprawdzalna oraz – jak dotąd – niesfalsyfikowana, wewnętrznie niesprzeczna (koherentna), uporządkowana, a w naukach empirycznych (w tym społecznych) musi mieć dodatkowo treść empiryczną

³ Zasadniczo odmienne mogłyby okazać się na przykład definicje teorii naukowej formułowane przez zwolenników empiryzmu oraz konwencjonalizmu. Warto również przypomnieć, że konwencjonalizm to pogląd w filozofii nauki, zgodnie z którym – obok doświadczenia i rozumowania – istotną rolę odgrywa umowność terminologii, twierdzeń i teorii. Mówiąc inaczej – dla zwolenników tego poglądu wszystkie twierdzenia i teorie o charakterze naukowym są konwencjami (tzn. mają umowny charakter). Walorem konwencji jest szczególnego rodzaju „wygoda” myślenia w procesach poznania i wartościowania, co – w przekładzie potocznym – oznacza taki sposób rozeznawania się w pewnej rzeczywistości, w którym umownie przyjmuje się określone sądy za prawdziwe bądź nieprawdziwe oraz określone rzeczy za dobre lub piękne bądź złe lub brzydkie. Niejako „użytkowym przekazem” konwencjonalizmu jest to, iż w praktyce nie ma wiecznie niezmiennych stanowisk wobec realiów, a to z tego powodu, że myśl ludzka ma naturę rozwojową. Por. W. Załuski, *Konwencjonalizm francuski a „konwencjonalizm” K.R. Poppera*, „Semina Scientiarum” 2003/2, s. 51 i n. Konwencjonalizm francuski to nurt filozofii nauki z początku XX wieku, którego przedstawiciele (m.in. P. Duhem, H. Poincaré i E. Le Roy) podkreślali rolę, jaką w formułowaniu praw naukowych i opisie faktów odgrywa decyzja uczonego lub umowa społeczności naukowej.

⁴ Szerzej na ten temat zob. J. Giezek, *O możliwości naukowego uzasadnienia zmiany modelu odpowiedzialności karnej*, PiP 2017/2, s. 3 i n.

⁵ S. Nowak, twierdzi, że teoria to pewne spójne systemy praw nauki zintegrowanych wedle pewnej jednolitej zasady dla wyjaśnienia i ewentualnego przewidywania zjawisk określonej kategorii. Por. S. Nowak, *Metodologia badań społecznych*, Warszawa 1985, s. 396–397.

i odnosić się do rzeczywistości. Podkreślenia wymaga, że dla pewnego, niewątpliwie znaczącego nurtu filozofii nauki kluczowym kryterium, którego zastosowanie prowadzić miałyby do rozstrzygnięcia, czy dana teoria zasługuje na miano naukowej, jest właśnie kryterium falsyfikowalności. Zostało ono wprowadzone przez Karla Poppera w dziele *Logika odkrycia naukowego* i opierało się na założeniu, że teoria, której nie da się jednoznacznie obalić, nie jest teorią naukową⁶.

Popperowskie ujęcie teorii naukowej, przyznać trzeba – w pewnym sensie dość wąskie – a przy tym lepiej pasujące do nauk empirycznych, w naukach społecznych, w tym zwłaszcza w takich jak prawo, może być postrzegane jako niewystarczające. Rzecz bowiem w tym, że próbując ustalić, czym właściwie jest nauka, natrafić można już w encyklopedycznych objaśnieniach tego terminu na stwierdzenie⁷, że jest on wieloznaczny, rozmaicie rozumiany i definiowany. Dowiadujemy się także, że wobec wielości aspektów, w kontekście których termin „nauka” bywa rozpatrywany, nie ma jednej, uniwersalnej jego definicji, zadowalającej wszystkich i obejmującej wszystkie wchodzące w rachubę aspekty⁸.

⁶ Karl Popper zdawał sobie jednak sprawę, że jego propozycja przyjęcia falsyfikowalności jako kryterium rozstrzygającego o tym, czy dany system teoretyczny należy albo nie należy do nauk empirycznych, niewątpliwie narażona jest na zarzuty, stawiane m.in. przez zwolenników konwencjonalizmu. Pytanie, czy dany system jest sam przez się konwencjonalistyczny czy empiryczny, jest jednak – zdaniem K. Poppera – pytaniem źle postawionym. Jedynie przy odwołaniu się do metod stosowanych wobec pewnego systemu teoretycznego zadać można pytanie, czy mamy do czynienia z teorią konwencjonalistyczną, czy empiryczną. Konwencjonalizmu unikniemy tylko wówczas, gdy zrezygnujemy ze stosowania konwencjonalistycznych wybiegów, a więc jeśli postanowimy, że w razie zagrożenia systemu nie będziemy nigdy ratować go za pomocą jakiegokolwiek konwencjonalistycznego wybiegu. W ten sposób ustrzeżemy się przed nadużywaniem zawsze otwartej możliwości, aby dowolnie wybrany system aksjomatyczny uczynić „zgodnym z rzeczywistością”. Zob. K.R. Popper, *Logika odkrycia naukowego*, przeł. U. Niklas, Warszawa 1977.

⁷ W. Kryszewski, T. Pszczołowski, *Encyklopedia PWN*, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/nauka;3946164.html>

⁸ Nie należy tracić z pola widzenia, że termin „nauka” jest wieloznaczny (wieloaspektowy), a w konsekwencji – rozmaicie rozumiany i definiowany. W literaturze naukowej i mowie potocznej w języku polskim używany jest w wielu różnych, choć pokrewnych i powiązanych ze sobą, znaczeniach. Wobec wieloznaczności pojęcia, różnorodności desygnatów terminu „nauka” oraz wielości aspektów, w kontekście których może być on rozpatrywany, nie ma jednej, uniwersalnej definicji nauki, zadowalającej wszystkich i obejmującej wszystkie aspekty znaczeniowe tego terminu. Warto więc zaznaczyć, że niekiedy – być może nie do końca trafnie – wskazuje się na aspekt: historyczno-geograficzny, statyczny, dynamiczny, treściowy, metodologiczny, strukturalny, językowy, aksjologiczny, systemowy, psychologiczny, socjologiczny, organizacyj-

Jeśli jednak za pomocą argumentów, które postrzegamy jako naukowe, chcielibyśmy dostarczyć nieodpartego uzasadnienia podstaw kształtowanego modelu odpowiedzialności karnej, to argumenty te musiałyby się „bronić” w kategoriach systemowych, logicznych oraz metodologicznych, a przy tym trzeba by móc wypowiedzieć się na temat ich „prawdziwości”. Rodzi się niestety obawa, że w przypadku fundamentów, na jakich opiera się prawo karne, z kilku względów nie zawsze jest to możliwe. Już przy relatywnie – i w gruncie rzeczy pozornie – prostym pytaniu o cel, w jakim „wzbogacamy” cały system o tę dziedzinę prawa, natrafiać możemy na problem z jego uzasadnieniem naukowym w podanym wyżej znaczeniu. Okazuje się bowiem, że powszechnie deklarowanego celu, w jakim tworzony jest model odpowiedzialności karnej, nie poddajemy weryfikacji, przyjmując poniekąd apriorycznie, że jest nim przede wszystkim ochrona tego rodzaju stanów rzeczy, które są uznawane za wartościowe, a więc postrzegane są – jeśliby sięgnąć do terminologii powszechnie w nauce prawa karnego stosowanej – jako zasługujące na prawną ochronę dobra⁹.

Problem nie polega jednak na tym, czy prawo karne spełniać ma funkcję ochronną, bowiem zwalczając za pomocą sankcji karnej zachowania godzące w określone stany rzeczy, postrzegane jako wartościowe (czyli takie, z którymi miałyby się wiązać jakieś dobro), w istocie dajemy wyraz temu, że chcemy je chronić. O wiele bardziej skomplikowane stają się natomiast pytania o to, co ochroną taką mielibyśmy objąć oraz czy przedmiot tej ochrony to rzeczywiście zasługująca na nią, społecznie doniosła wartość. Przede wszystkim zaś pojawia się jednak wątpliwość, czy na tak formułowane pytania – stanowiące wszak tytułowy problem – można udzielić odpowiedzi nadającej się do naukowego uzasadnienia.

Merytorycznego wsparcia dla tezy, że określony stan rzeczy jest dobrem zasługującym na ochronę prawną, w tym zwłaszcza ochronę najbardziej intensywną (obwarowaną przymusem państwowym), czyli właśnie praw-

ny, prawny, ideologiczny, polityczny czy ekonomiczny. Tego rodzaju wieloznaczność czy wieloaspektowość utrudnia zapewne udzielenie klarownej odpowiedzi na wyłaniające się z tytułu tego opracowania centralne pytanie.

⁹ W nowszej literaturze na ten temat zob. D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia*, Warszawa 2012, s. 19 i n. oraz powoływane tam opracowania, zwłaszcza w obszarze literatury niemieckiej.

nokarną, poszukiwać można oczywiście na różnych płaszczyznach. Konfrontacja tych płaszczyzn powoduje, że poszukiwanie argumentów staje się o wiele bardziej skomplikowane niżby się to *prima facie* mogło wydawać i – co ważniejsze – sięga daleko poza kompetencje osób zajmujących się prawem karnym. Chodzi bowiem nie tylko o to, jak oceniamy określony stan rzeczy, czy przypisujemy mu jakąkolwiek wartość, jak plasujemy go w tworzonej – w sposób mniej lub bardziej refleksyjny – hierarchii aksjologicznej, ale także o kryteria rozwiązywania kolizji, w jakich rozbudowane systemy wartości muszą z natury rzeczy pozostawać. Zdajemy sobie przecież sprawę, że na fundamentalne pytanie, czy określony stan rzeczy x stanowi wartość, którą należałoby chronić za pomocą norm zakazujących podejmowania zachowań zmierzających do jej naruszenia, absolutysta aksjologiczny udzieliłby zupełnie innej odpowiedzi niż zwolennik relatywizmu aksjologicznego. Rzecz bowiem w tym, że – na co zwraca się uwagę w debacie filozoficznej – zmienność wartości nie rozstrzyga o ich absolutnym czy też relatywnym charakterze. Relatywista – podkreślając ową w żaden sposób nieograniczoną zmienność – posuwa się za daleko, z kolei absolutysta formułuje zbyt radykalne wnioski, jeśli twierdzi, że wartości nie podlegają jakiejkolwiek modyfikacji. Mówiąc zaś inaczej – błąd obu skrajnych postaw polegać może na tym, że relatywista nie stawia zmienności żadnych granic, podczas gdy absolutysta wyznacza je w sposób kategoryczny. Tymczasem zwolennicy obu prezentowanych – tak przecież skrajnie odmiennych – stanowisk nie są w stanie podać przekonujących argumentów na poparcie swojego poglądu. Filozofowie zajmujący się rozważaniami aksjologicznymi często gotowi byłiby zaś uznać, że fakt zmienności wartości ani nie przesądza o „prawdziwości” tezy relatywizmu aksjologicznego, ani nie przemawia za absolutyzowaniem wartości¹⁰. Oznaczałoby to jednak, że – obierając perspektywę filozoficzną, a w szczególności sięgając do instrumentarium wypracowanego w aksjologii – nie zdołalibyśmy w sposób eliminujący jakąkolwiek dyskusję udowodnić, że określony stan rzeczy x jest wartościowy oraz że jego wartościowość nie jest uzależniona od rozmaitych uwarunkowań, związanych – mówiąc najogólniej – ze sposobem postrzegania otaczającej nas rzeczywistości w każdym z możliwych jej wymiarów.

¹⁰ Zob. szerzej na ten temat: R. Ziemińska, *Spór relatywizmu z absolutyzmem na temat pojęcia prawdy*, „Roczniki Filozoficzne” 2009/57/1; R. Wiśniewski, *Probabilizm etyczny wobec sporu relatywizmu z absolutyzmem w etyce*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Filozofia” 1993/14(250).

Konstatacja taka prowadzić mogłaby do wniosku, że nie tylko nie jesteśmy w stanie w oparciu o kryteria naukowe – oczywiście przy określonym, skądinąd także wymagającym akceptacji, kryterium naukowości – zweryfikować wypowiedzi, że dowolny stan rzeczy jest wartością stanowiącą dobro, które powinno podlegać prawnokarnej ochronie, ale pojawia się także wątpliwość, czy istnieje możliwość naukowego uzasadnienia tego, jak powinien być skonstruowany katalog tego rodzaju dóbr, do jakich wartości powinien nawiązywać, jaka powinna być ich hierarchia. Mówiąc zaś jeszcze inaczej – jest wątpliwe, czy istnieje możliwość zbudowania teorii naukowej pozwalającej na identyfikację oraz spójne, opierające się na relacji preferencji uporządkowanie (usystematyzowanie) wszelkich dóbr, których ochrona nie może ograniczać się do prostego zakazu ich naruszania (narażania), lecz w ślad za tym zakazem musi iść sankcja karna.

Mógłby ktoś oczywiście powiedzieć, że bez trudu potrafimy wskazać trzy wartości, które zdają się być uniwersalne i ponadczasowe, a także wolne – przynajmniej na pierwszy rzut oka – od jakichkolwiek relatywizmów, w tym zwłaszcza relatywizmów etycznych, jakkolwiek również tak podstawowe twierdzenie – zwłaszcza gdyby wziąć pod uwagę różnice kulturowe, w jakich kształtowały się rozmaite systemy prawne – można by kontestować. Wartości te to oczywiście życie (zdrowie), wolność i własność, choć – z drugiej strony – ich absolutyzacja w zmieniających się kontekstach sytuacyjnych również staje się mało przekonująca¹¹. Z łatwością zauważymy więc, że tym bardziej wartości pochodne, zwane również instrumentalnymi czy dobrami z tzw. przedpola, to obszar pod wieloma względami wątpliwy, na którym trudno wskazać takie, których znaczenia i pozycji nie dałoby się zakwestionować. Tego rodzaju relatywizmy i niejednoznaczności zdają się sugerować, że proces budowania katalogu dóbr zasługujących na prawnokarną ochronę – zwłaszcza gdyby każdy z uczestników takiego procesu chciał nawiązać do własnych (czyli subiektywnych), ale intersubiektywnie nieweryfikowalnych przekonań aksjologicznych – jest podatny na rozmaite manipulacje.

Aby jednak nie poprzestać na tak frustrującym stwierdzeniu, spróbujmy poszukać wsparcia, dzięki któremu dałoby się naukowo uzasadnić kreowa-

¹¹ Inna sprawa, że zakres oraz sposób (intensywność) ochrony tych wartości może być już historycznie, geograficznie oraz kulturowo relatywizowany.

nie odpowiedzialności karnej w rozmaitych obszarach ludzkiej aktywności, także na innej niż aksjologia płaszczyźnie. Pewną nadzieję zdaje się przynosić rozwijana – przyznać niestety trzeba, że z różną intensywnością – teoria kryminalizacji¹². Czy – sięgając do tej teorii – jesteśmy w stanie odpowiedzieć, jakie zachowania powinny być kryminalizowane, są bowiem zasługującymi na ochronę prawną dobrami? Otóż nawiązując do wypowiedzi autorytetów w tej dziedzinie, rozpocząłbym od przywołania twierdzenia, że „punktem wyjścia penalizacji jest [...] ustalenie na podstawie obserwacji rzeczywistości, że jakieś dobro społeczne doznaje uszczerbku na skutek określonych zachowań się ludzi. Zachowania takie są na tej podstawie określane jako społecznie niebezpieczne”¹³. Mówi się także, że proces kryminalizacji dzielony jest na kilka zasadniczych etapów, z których pierwszym byłoby stwierdzenie występowania w rzeczywistości społecznej zachowań odbieranych przez społeczeństwo jako niebezpieczne dla dóbr prawnych, czyli naruszających lub narażających dobra prawne w stopniu przekraczającym społecznie akceptowalne bądź tolerowalne granice¹⁴. Wypowiedzi te wyraźnie pokazują, że przystępując do kryminalizacji, wiemy już wcześniej, jakie stany rzeczy są dobrami zasługującymi na prawnokarną ochronę. Sięgając do tej teorii, nie uzyskamy więc naukowo weryfikowalnej odpowiedzi, jakie zachowania są społecznie szkodliwe, lecz wypracujemy jedynie wewnętrznie spójną procedurę, zgodnie z którą należałoby reagować na zachowania z jakichś powodów uznane wcześniej za społecznie szkodliwe¹⁵. Trudno w tej sytuacji nie zadać pytania, czy teoria – której fundamentem jest aprioryczne twierdzenie, często opierające się na intuicji lub światopoglądzie osoby je wypowiadającej, że określony stan rzeczy stanowi wartość zasługującą na prawnokarną ochronę – może być w tym zakresie postrzegana jako teoria naukowa. Nie tracąc z pola widzenia rozmaitych aspektów i kryteriów naukowości, podnieść można więc wątpliwość co do możliwości nazwania podstaw teorii kryminalizacji – zwłaszcza jeśli w tym kontekście nawiązać

¹² W polskiej literaturze zob. zwłaszcza: L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990; J. Kulesza, *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017.

¹³ L. Gardocki, *Typizacja uproszczona*, „*Studia Iuridica*” 1982/10, s. 71.

¹⁴ J. Kulesza, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako warunek kryminalizacji* [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. 43, *Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz, Wrocław 2017, s. 327 i n.

¹⁵ Teoria kryminalizacji nie odpowiada zatem na pytanie, jaki stan rzeczy jest wartością czy też dobrem prawnym, którego naruszenie mogłoby się wiązać z reakcją karną.

do prac K. Poppera – teorią naukową, dzięki której dałoby się w sposób podlegający weryfikacji (falsyfikacji) rozstrzygnąć o tym, co należy chronić za pomocą norm prawa karnego. Oznaczałoby to jednak, że teoria ta nie może pełnić roli narzędzia, dzięki któremu podstawom całego systemu prawa karnego – zwłaszcza zaś tym przednormatywnym – moglibyśmy nadać walor naukowości.

Skoro ani w aksjologii, ani w teorii kryminalizacji nie odnajdziemy naukowo weryfikowalnej odpowiedzi na pytanie, czy określony stan rzeczy jest wartością zasługującą na prawną (prawnokarną) ochronę, to może dałoby się odpowiedź taką znaleźć w samej konstytucji. Czy mogłaby nam w szczególności pomóc wyrażona w konstytucji zasada proporcjonalności? Otóż z zasady tej, mającej rangę normy konstytucyjnej, wynika wszak jedynie tyle i aż tyle, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw – a więc zwłaszcza te ograniczenia, które wynikają z norm sankcjonowanych w prawie karnym – mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie:

- dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego,
- dla ochrony środowiska,
- dla ochrony zdrowia,
- dla ochrony moralności publicznej,
- dla ochrony wolności i praw innych osób.

Łatwo zauważyć, że przy tak ogólnym – choć na poziomie konstytucyjnym zupełnie naturalnym – ujęciu zasady proporcjonalności trudno byłoby przeprowadzić dowód, który miałby walor dowodu naukowego, prowadzący do wykazania, że określony stan rzeczy jest wartością zasługującą na prawnokarną ochronę. Dobrym przykładem zdaje się być w prezentowanym tutaj kontekście sankcjonowany w Kodeksie karnym zakaz kazirodstwa. Przyznać trzeba, że kazirodstwo jako rodzaj zachowania ze względów kulturowych lub estetycznych może napawać niesmakiem, ale czy – zwłaszcza przy założeniu, że do aktów kazirodczych dochodzi zazwyczaj w sytuacjach intymnych, bez udziału obserwatorów – ograniczenie tego rodzaju jest konieczne ze względu na którąkolwiek ze wskazanych w art. 31 Konstytucji RP wartości? Trudno odpowiedzieć w sposób jednoznaczny na tak sformułowane pytanie, a w każdym razie trudno przeprowadzić naukowy dowód w tym zakresie. Odrzucając – z jednej strony – potrzebę kryminalizacji kazirodc-

twa, z drugiej strony można by jednak uznać – przyjmując nieco mniej liberalną perspektywę – że jest to przecież kwestia konieczności ochrony moralności publicznej.

Sięgnijmy jednak raz jeszcze do przywołanego na wstępie przykładu, by rozważyć możliwość zweryfikowania zasadności kryminalizowania pewnych zachowań z wykorzystaniem kryteriów, jakich dostarczają normy konstytucyjne. Chodzi mianowicie o to, czy gdyby ustawodawca uznał na przykład, że publiczne manifestowanie poparcia dla osób z grupy LGBT narusza tradycyjne wartości (mieszczące się w kanonie dobrego Polaka i katolika) – mógłby wykorzystać prawnokarne instrumentarium, aby tego rodzaju zachowania sankcjonować. Czy wyrażona w Konstytucji zasada proporcjonalności stanęłaby takiej ingerencji na przeszkodzie, zwłaszcza jeśli uznano by, że pochwalanie „ideologii” LGBT (przy czym słowo „ideologia” nie bez powodu umieszczam w cudzysłowie) godzi w moralność publiczną, a proporcjonalna na nie reakcja to właśnie sankcja karna? Obawiam się, że niestety nie. Jeśli bowiem uznanemu za dobro prawne dowolnemu stanowi rzeczy x nadamy bardzo doniosłą wartość, a wokół tego stanu wytworzony zostanie nastrój społeczny sprzyjający tak wysokiej jego ocenie, to za usprawiedliwioną, a w każdym razie proporcjonalną, uznamy również reakcję (sankcję) karną będącą odpowiedzią na jego naruszenie.

Jeśli by zatem zgodzić się z konsekwentnie forsowaną tutaj tezą, że problem tworzenia katalogu dóbr zasługujących na prawną ochronę oraz uznawania, że określone stany rzeczy są takimi dobrami (wartościami), nie jest problemem naukowym (albo też jest nim w niewielkim jedynie stopniu), to pojawić musi się pytanie o to, jaki jest jego charakter. Otóż w istocie – tak przynajmniej się wydaje – mamy w tym przypadku do czynienia z problemem kulturowym (o wyraźnym zabarwieniu psychologiczno-socjologicznym¹⁶), ale nade wszystko chyba jednak politycznym. O tym, w jaki sposób problem ten będzie rozwiązywany (jakie stany rzeczy nazwane zostaną dobrami), decydować więc może przede wszystkim system sprawowania władzy. Modelowo rzecz ujmując, można by odwołać się do dwóch skrajnie odmiennych systemów, a mianowicie do systemu demokratycznego oraz – w gruncie rzeczy stanowiącego jego przeciwieństwo – systemu autorytarnego (a nawet

¹⁶ Co poniekąd mogłoby wskazywać na jego naukowość.

totalitarnego). Otóż w systemie demokratycznym wartością podstawową, można by rzec – fundamentalną, jest zapewne wolność jednostki, podczas gdy w systemie autorytarnym liczy się zbiorowość, a precyzyjniej rzecz ujmując – wartością jest władza umożliwiająca skuteczne zarządzanie zbiorowością oraz dyscyplinowanie jej, co oczywiście jest znacznie łatwiejsze, jeśli zbiorowość jest homogeniczna, a przy tym skoncentrowana wokół wartości promowanych przez władzę¹⁷.

Łatwo zauważyć, że jeśli katalog dóbr prawnych wywodzić będziemy z wolności jednostki, to najprawdopodobniej okaże się on inny niż katalog dóbr, jakie władza zechce narzucić identycznie myślącej i odpowiednio zdyscyplinowanej zbiorowości. Nie oznacza to oczywiście, że w którymkolwiek z tych systemów kwestionowano by wartość życia ludzkiego jako takiego, ale już obszary i sposoby jego ochrony mogą się dość zasadniczo różnić. Doskonałą ilustrację stanowić może także stosunek do aborcji. W żadnym z systemów nie uznamy raczej, że aborcja jest aksjologicznie indyferentna. Rzecz jednak w tym, że w systemie demokratycznym bardzo zazwyczaj trudną decyzję o aborcji – oczywiście z pewnymi ograniczeniami – pozostawić zechcemy jednostce, czyli w tym przypadku ciężarnej kobiecie. W systemie autorytarnym jednostka pozbawiona zostanie prawa do decydowania, bowiem *ex ante* określony model postępowania – zdeterminowany także światopoglądowo – narzuci jej odpowiednio zindoktrynowana zbiorowość. Wpływać to oczywiście będzie na kształt prawa karnego, a mówiąc ściślej – na decyzje kryminalizacyjne, prowadzące do poszerzania zbioru norm sankcjonujących¹⁸.

Poszukując źródeł nadużywania represji karnej przede wszystkim w dążeniu do narzucenia obywatelowi (adresatowi norm prawnych) określonej wizji państwa, nie da się niestety – i na tym polega zasadniczy problem – za pomocą argumentacji naukowej oraz właściwej nauce metodologii wykazać (udowodnić), że rację mają osoby opowiadające się za demokratycznym systemem sprawowania władzy, myślą się natomiast autokraci. Jest to bowiem raczej kwestia wyboru – niestety nie zawsze świadomego, a przez po-

¹⁷ Szerzej na ten temat J. Giezek, *Funkcje prawa karnego w autorytarnym systemie sprawowania władzy*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2021/43/1, s. 185 i n.

¹⁸ Konkluzja jest więc również taka, że cel, jakiemu służyć miałby model odpowiedzialności karnej, może być różny w demokratycznym systemie sprawowania władzy oraz w systemie autorytarnym.

lityków bardzo często zmanipulowanego – w jakim systemie chcielibyśmy żyć i samorealizować się. Łatwo też zauważyć, że na tej płaszczyźnie osoby zajmujące się prawem karnym w sposób profesjonalny – zarówno w ośrodkach uniwersyteckich, jak i w praktyce wymiaru sprawiedliwości – mają niewielki wpływ na jego kształt, a co więcej – nie dysponują argumentacją, którą można by uznać za nieodpartą. W tym właśnie sensie – powtórzę to raz jeszcze – prawo karne oraz przyjęty model odpowiedzialności karnej opiera się na podstawach o charakterze nienaukowym, a tym samym staje się przede wszystkim politycznym instrumentem sprawowania władzy.

Jako nieco bardziej złożona jawi się odpowiedź na pytanie o to, czy istnieje możliwość naukowego uzasadnienia przyjmowanej konstrukcji modelu odpowiedzialności karnej. Nie jest to już bowiem pytanie o to, co jest wartością, którą należy za pomocą sankcji karnej chronić, ale raczej o to, według jakich zasad – zarówno w obszarze prawa materialnego, jak i procesowego – odpowiedzialność karłą konstruować, przy czym chodzić tutaj może zarówno o stanowienie, jak i o stosowanie prawa.

Syntetyczną analizę tej kwestii rozpocznę od stwierdzenia, że przyjmowany model odpowiedzialności karnej jest przejawem, odzwierciedleniem czy może pochodną rozmaitych teorii, jakie od dziesiątek, a nawet setek lat w nauce prawa karnego są tworzone, udoskonalane, modyfikowane czy wręcz zastępowane innymi teoriami. Wydaje się, że pytanie o ich „naukowość” wymagałoby jednak pewnego przekonstruowania, sprowadzającego się do wyodrębnienia w istocie dwóch zasadniczych kwestii, które dałoby się ująć następująco:

- czy kryteriom teorii naukowej odpowiadają koncepcje teoretyczne odnoszące się do ontycznych podstaw odpowiedzialności karnej;
- czy kryteriom teorii naukowej odpowiadają koncepcje teoretyczne odnoszące się do normatywnych podstaw odpowiedzialności karnej¹⁹.

Nasuwa się chyba dość dobrze uzasadniona hipoteza, że przy badaniu i ustalaniu ontycznych podstaw odpowiedzialności karnej można w zasadzie posługiwać się teorią naukową, konstruowaną w sposób właściwy dla nauk empirycznych. Dobrym przykładem zdaje się być problematyka kauzalna,

¹⁹ Szerzej próbowałem odpowiedzieć na oba pytania w: J. Giezek, *O możliwości...*, s. 3 i n.

bez której przypisanie odpowiedzialności za skutek obejść się wszak nie może, stąd też jej stała obecność zarówno w rozważaniach teoretycznych, jak i w wypowiedziach judykatury. Często zdajemy się jednak zapominać, że teorie związku przyczynowego, służące kauzalnemu wyjaśnianiu zdarzeń, bywały wprawdzie konstruowane niekiedy również przez prawników zajmujących się prawem karnym, lecz w gruncie rzeczy nie są to przecież teorie karnistyczne, lecz w prawie karnym oraz na użytek procesu karnego jedynie wykorzystywane²⁰.

Zupełnie inaczej przedstawia się natomiast sprawa teorii dotyczących normatywnych podstaw odpowiedzialności karnej, będących teoriami programującymi rzeczywistość²¹. Rzecz bowiem w tym, że teorie te – w rozumieniu przyjmowanym przez Karla Poppera – są niestety нефalsyfikowalne²². Bez-sensowne byłoby przecież pytanie, czy prawdą jest, że przykładowo bezprawność należy wypreparować z jakichkolwiek elementów subiektywnych i ujmować ją wyłącznie czysto przedmiotowo, tak jak przy próbie „odnalezienia” właściwej odpowiedzi bezcelowe byłoby sięganie po zasady rozumowania indukcyjnego lub dedukcyjnego. To, jak ujęta zostanie bezprawność przez zwolenników tej czy innej koncepcji, jest bowiem wyłącznie sprawą przyjętej konwencji. O ile zatem prawidłowość rekonstrukcji rzeczywistości nadaje się do weryfikacji w kategoriach logicznych, o tyle kryteriów normatywnych nie da się poddać weryfikacji jako prawdziwych lub fałszywych²³, można co naj-

²⁰ Jeśliby jednak odróżnić problematykę kauzalną od istotnej w procesie karnym kategorii wyjaśniania przyczynowego, to właściwie mogłoby się okazać, że tego rodzaju wyjaśnianie – jakkolwiek mające wyraźne zakotwiczenie ontyczne – jest w pewnym sensie znormatywizowane.

²¹ Wprowadzając podział na teorie wyjaśniające rzeczywistość oraz teorie, które ją kreują (projektują), stanąć niekiedy możemy przed zasadniczym i bynajmniej wcale niełatwym pytaniem o to, jaki charakter ma budowana lub analizowana właśnie teoria oraz czy ma ona charakter rekonstrukcyjny czy regulujący, a więc – czy jest nastawiona na wyjaśnianie czy może raczej na programowanie. Por. L. Nowak, *Wstęp do idealizacyjnej teorii nauki*, Warszawa 1977, s. 33. Rzecz bowiem w tym, że nie zawsze możliwe jest precyzyjne oddzielenie ontycznych oraz normatywnych podstaw odpowiedzialności karnej, a co za tym idzie – klarowne i niewywołujące wątpliwości stwierdzenie, czy teoria odnosząca się do podstaw odpowiedzialności, które mają charakter mieszany, jest teorią wyjaśniającą, czy może raczej teorią programującą (kreującą) rzeczywistość.

²² Por. K.R. Popper, *Wiedza obiektywna. Ewolucyjna teoria epistemologiczna*, przeł. A. Chmielewski, Warszawa 2002, s. 106 i n.

²³ Wątpię również, aby stało się to możliwe dzięki uwzględnieniu ciągle aktualnego postulatu zewnętrznej integracji nauk prawnych, nawet jeśli nauki te postrzegalibyśmy jako – lepiej lub gorzej – korespondujące z takimi dziedzinami, jak psychologia, socjologia, ekonomia czy

wyżej ocenić je jako racjonalne, użyteczne, rozsądnie dobrane, sprzyjające prowadzeniu właściwej polityki karnej.

Skoro jednak teorii odnoszących się do normatywnych podstaw odpowiedzialności karnej nie da się zweryfikować/sfalsyfikować, to od razu musi pojawić się wątpliwość, czy zasługują one w ogóle na miano teorii naukowych. Otóż wydaje się, że możemy mieć z taką ich kwalifikacją dość poważny kłopot. Zastępując jedną teorię jakąś inną, stanowiącą jej alternatywę, nie możemy przecież powiedzieć, że pierwsza z nich została w wyższym stopniu sfalsyfikowana niż jej następczyni. Dobry przykład stanowią konkurujące ze sobą teorie odpowiedzialności indywidualnej oraz akcesoryjnej, odnoszące się do rozmaitych form przestępnego współdziałania. Nie ulega wątpliwości, że żadnej z tych teorii nie da się potwierdzić empirycznie jako „prawdziwej”, nawiązującej do jakiejś ontologicznej istoty współsprawstwa, podżegania czy pomocnictwa. To, że podżegacz lub pomocnik miałby odpowiadać niezależnie od odpowiedzialności tzw. sprawcy bezpośredniego, nie jest przecież żadnym odkryciem naukowym dezawuuującym konstrukcję opartą na odpowiedzialności akcesoryjnej, lecz stanowi rezultat przyjętej konwencji z jej wszystkimi – nie zawsze zresztą satysfakcjonującymi – konsekwencjami.

Inna sprawa, że teorie programujące (kreujące) rzeczywistość – nawet gdybyśmy mieli wątpliwość co do ich „naukowości” (w takim znaczeniu, w jakim mówimy o niej między innymi w naukach empirycznych) – powinny być wewnętrznie spójne. Można chyba zaryzykować stwierdzenie, że dbałość o spójność teorii opartych na przyjętych wcześniej założeniach (zdaniach wyjściowych) jest w nauce prawa karnego – przynajmniej co do zasady – zachowywana, a – co warto podkreślić – dyskusja teoretyczno-dogmatyczna pomiędzy przedstawicielami konkurujących ze sobą teorii nie dotyczy zazwyczaj ich podstaw, lecz sprowadza się do wynajdywania niespójności, jakich zwolennik jednej teorii dopatruje się w modelu teoretycznym swego adwersarza.

językoznawstwo. Pamiętać oczywiście należy, że według K. Opalka – autora chyba najbardziej rozbudowanej koncepcji integracji zewnętrznej nauk prawnych – ową „integrację nauk” można by rozumieć na kilka sposobów, a mianowicie: jako dążenie do ujednolicenia badań prowadzonych w obrębie różnych nauk, jako dążenie do koordynacji badań, a także jako dążenie do współpracy poszczególnych dyscyplin. Zob. K. Opalek, *Problemy „wewnętrznej” i „zewnętrznej” integracji nauk prawnych*, KSP 1968/1–2, s. 7 i n.; K. Opalek, *Swoistość prawoznawstwa a problem integracji*, PiP 1966/4–5, s. 7.

Nieuchronnie pojawia się również pytanie o to, według jakich kryteriów mielibyśmy oceniać, że jedna z obowiązujących teorii dotyczących normatywnych podstaw odpowiedzialności powinna zostać zastąpiona przez inną, nowszą teorię, gdyż jest od niej „gorsza”. Gdybyśmy poszukiwali jakiegoś testu jakości konkurujących ze sobą, a więc wzajemnie wypierających się teorii, na których bazie budowane miałyby być alternatywne modele odpowiedzialności karnej, to chyba w pierwszej kolejności odwołalibyśmy się do kryterium ich racjonalności, dzięki któremu moglibyśmy stwierdzić, czy dany model z większym prawdopodobieństwem gwarantowałby, że podmiot stwarzający (konkretne lub chociażby abstrakcyjne) ryzyko wystąpienia negatywnie wartościowanego skutku zostanie sprawiedliwiej potraktowany (zarówno przy uznawaniu go za sprawcę czynu zabronionego, jak i przy doborze konsekwencji). Innymi słowy – teoria „lepsz” to taka, która pozwalałaby na zbudowanie bardziej racjonalnego, bo lepiej odpowiadającego naszemu poczuciu sprawiedliwości, modelu odpowiedzialności karnej²⁴ i być może lepiej realizującego przyjęte założenia polityki kryminalnej²⁵. Wyparcie jednej teorii przez inną następować więc chyba powinno przede wszystkim przy uwzględnieniu kryterium stopnia zrationalizowania odpowiedzialności karnej oraz po wyznaczeniu oczekiwanych jej granic, odpowiadających jakiejś z góry przyjętej aksjologii.

Jedną z podstawowych konsekwencji nieweryfikowalności teorii karnistycznych – myślę tutaj o teoriach programujących, dotyczących normatywnych podstaw odpowiedzialności karnej – jest możliwość ich jednoczesnego współwystępowania. Nieweryfikowalność powoduje bowiem, że teoria nowa nie jest w stanie wyprzeć do końca teorii zastanej, w której obronie stanąć mogą przeciwnicy jakichkolwiek zmian. Dałoby się przecież – być może jedynie przejściowo – pozyskać większą grupę zwolenników nauki o obiektywnym przypisaniu, którzy swymi wypowiedziami zdominują dyskurs prowadzony z przedstawicielami *finale Handlungslehre*, nie da się jednak w żaden sposób wykazać, że pierwsi dotarli do prawdy lub bardziej się do niej zbliżyli niż drudzy. Nie o prawdę naukową bowiem tutaj chodzi,

²⁴ Czyli takiego modelu, który nie tylko uznajemy za słuszny, ale także zgodnego z podstawowymi celami i funkcjami prawa karnego oraz jego konstytucyjnymi ograniczeniami.

²⁵ Drugi element w postaci założeń polityki kryminalnej wydaje się już jednak wątpliwy, gdyż założenia takie są niekiedy bardzo elastyczne i stanowią odpowiedź na aktualnie pojawiające się problemy, podczas gdy od teorii będących podstawą jakiegoś modelu odpowiedzialności oczekivalibyśmy, że będą one względnie trwałe.

lecz o modele konstruowane wedle takich lub innych założeń i upodobań, z których żadnego nie zdołamy definitywnie odrzucić, jeśli jego stosowanie nie będzie prowadziło do rozstrzygnięć kryminalnopolitycznie nieakceptowalnych lub nawet bezsensownych.

Całkiem uzasadniona wydaje się także obawa, że o tym, czy dany model odpowiedzialności, konstruowany w oparciu o przyjętą teorię, uznany zostanie za sprawiedliwszy, zadecyduje ostatecznie nasza intuicja, a niekiedy także populistycznie zabarwiona skłonność do zaostrażania represji karnej. Czy zatem nie stanowi przejawu jakiejś swoistej naiwności towarzyszące nam niekiedy przekonanie, że racjonalizacja tego rodzaju represji następuje przede wszystkim w oparciu o teorię dotyczącą normatywnych jej podstaw, a więc programującą (projektującą) rzeczywistość? Prawdopodobnie wydaje się bowiem, że to właśnie intuicja dotycząca tego, gdzie powinna się rozpoczynać oraz jak powinna być ukształtowana odpowiedzialność karna, poprzedza wszelką jej teorię. Jeśli więc – odwołując się do intuicji oraz kulturowo (by nie powiedzieć – ideologicznie) zdeterminowanego poczucia sprawiedliwości – uznamy, że określone zachowanie winno być na płaszczyźnie prawa karnego sankcjonowane, to bez większego trudu stworzymy mniej lub bardziej spójną teorię, która odpowiedzialność taką w pełni uzasadni. Nie jest to niestety konstatacja satysfakcjonująca, choć należy zdawać sobie sprawę z tego, że bardzo trudno o zmianę wskazywanej tutaj zależności.

Z łatwością moglibyśmy także dostrzec, że budując rozmaite teorie „karnistyczne”, nie próbujemy docierać do jakiejś odsłanianej w ten sposób prawdy, lecz realizujemy jedynie pewną przyjętą politykę lub – w najlepszym razie – wychodzimy naprzeciw odpowiadającym dominującej aksjologii oczekiwaniom społecznym. Tym bardziej uzasadnione staje się więc pytanie: czy nasze wewnętrzne przekonanie, że podmiot, którego zachowanie skłonni bylibyśmy wiązać z pojawiającym się w otaczającym nas świecie negatywnym stanem rzeczy, powinien zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej oraz jakie powinny być jej rozmiary, w istocie czerpiemy przede wszystkim z teorii naukowych? Czy na przykład bez nauki o obiektywnym przypisaniu „puszczalibyśmy wolno” sprawców wszystkich przestępstw skutkowych lub co najmniej „łagodziłibyśmy” kwalifikację prawną ocenianych zachowań, a bez teorii stanowiących podstawę modelu sądowego wymiaru kary reakcja na popełnione przestępstwo byłaby nieadekwatna?

Tak formułowane pytania prowokują również do rozważań dotyczących źródeł inspiracji sprzyjających tworzeniu teorii „karnistycznych” oraz wyznaczaniu procedury, wedle której miałyby one powstawać. Intrygująca wydaje się zwłaszcza kwestia opierającej się na intuicji pierwotności poczucia, jakiego rodzaju reakcję karną można by uznać – oczywiście z punktu widzenia powszechnie akceptowanej aksjologii – za sprawiedliwą w odniesieniu do określonej grupy zachowań oraz ich sprawców.

Wiele zdaje się również wskazywać na to, że zanim skonstruujemy jakąś teorię wiemy już dobrze lub co najmniej wyczuwamy, jaki powinien być rezultat jej zastosowania. Jeśli zatem rezygnujemy w pewnych przypadkach z reakcji karnej lub mniej czy bardziej przekonująco uzasadniamy jej potrzebę, to chyba jednak nie dlatego, że wynika to z analizy teoretycznej, odpowiadającej jakiemuś z góry przyjętemu modelowi, lecz jest to raczej wynik wcześniej ukształtowanego przeświadczenia – prawdopodobnie wpływającego modyfikująco również na zbiór twierdzeń tworzących teorię – że tak być powinno lub że tak jest sprawiedliwie. Niemniej zastanawiające jest także, czy najpierw powstaje teoria, a dopiero później pojawia się korespondująca z nią praktyka, czy może jest raczej odwrotnie – to znaczy najpierw gromadzimy doświadczenia praktyczne, aby na ich bazie zbudować teorię²⁶.

Próbowałem wyżej przetestować możliwość naukowego uzasadnienia odpowiedzi na dwa podstawowe pytania dotyczące:

- związanego z fundamentalną funkcją prawa karnego doboru wartości (dóbr), których ochronie służyć miałyby model odpowiedzialności karnej;
- sposobu, w jaki jest lub może być tworzony model odpowiedzialności karnej.

²⁶ W wielu przypadkach kolejność zdaje się być taka, że najpierw pojawia się jakiś problem praktyczny, którego najwłaściwsze rozwiązanie podpowiada nam intuicja lub – być może – swista konieczność kryminalnopolityczna, po czym rodzi się teoria odzwierciedlająca i uzasadniająca to ukształtowane wcześniej przekonanie. Dobrym przykładem, zaczerpniętym z niemieckiej nauki prawa karnego, jest szeroko omawiany w judykaturze i literaturze przypadek rowerzysty (tzw. *Radfahrerfall*), ilustrujący sytuację, jakie często pojawiają się także w polskiej praktyce wymiaru sprawiedliwości, który stał się inspiracją dla stworzenia odpowiadającej m.in. na potrzeby kryminalnopolityczne *Risikoerhöhungslehre*.

Interesująca wydaje się zwłaszcza kwestia, czy odpowiedź na drugie z postawionych pytań jest uzależniona od odpowiedzi na pytanie pierwsze. Wyrażając zaś tę samą myśl nieco inaczej – czy odpowiedź na pytanie, jak model odpowiedzialności karnej powinien być konstruowany, zależy od odpowiedzi na pytanie, jakie wartości model ten powinien chronić. Otóż zależność ta wydaje się ograniczona, a nawet w ogóle może jej nie być. Gdyby wszak przyjąć, że potrafimy odpowiedzieć na pytanie, jakiemu celowi służyć ma odpowiedzialność karna, dopatrując się go w ochronie stanów rzeczy uznawanych za wartościowe, to – nawet gdyby cel ten był inaczej określany w demokratycznym, a inaczej w autorytarnym lub totalitarnym systemie sprawowania władzy – podstawy i konstrukcja tej odpowiedzialności mogłyby zostać ukształtowane niemal identycznie. Jeśli bowiem stwierdzimy, że celem (a zarazem funkcją) prawa karnego oraz tworzonego w jego ramach modelu odpowiedzialności karnej jest ochrona wartości uznawanych za dobra prawne, to niezależnie od tego, jak głęboko różnić się będzie ich katalog w demokratycznym albo autorytarnym (totalitarnym) systemie sprawowania władzy – model odpowiedzialności karnej może się opierać na tych samych zasadach, w szczególności zaś identycznie kształtować się mogą teoretyczne podstawy takiej odpowiedzialności. Finezyjnie zaprojektowaną strukturę przestępstwa, co do której elementów możemy się oczywiście spierać, dałoby się przecież wykorzystać oraz zastosować zarówno wówczas, gdy jako przestępstwo stypizowane zostanie wywołanie takiego stanu rzeczy, który w systemie demokratycznym nie stanowiłby naruszenia albo narażenia na niebezpieczeństwo dobra, które chcielibyśmy poddawać prawnokarnej ochronie, podczas gdy w systemie autorytarnym potrzeba takiej ochrony zostanie dostrzeżona²⁷.

Formułowaną tutaj tezę – dotyczącą budowania modelu odpowiedzialności karnej w systemie autorytarnym – można by z łatwością zilustrować, wy-

²⁷ Można by w tym kontekście wspomnieć – tytułem przykładu – o dwóch znamienitych niemieckich profesorach – H. Welzlu oraz E. Mezgerze, których związki z nazistami, a nawet członkostwo w NSDAP, nie przeszkodziły w konstruowaniu teorii wpływających na kształt modelu odpowiedzialności karnej, stanowiącego – także dla polskich prawników – źródło inspiracji skłaniających do czerpania z dorobku tych uczonych „pełnymi garściami”. Jednocześnie jednak E. Mezger – odnosząc się do jednej z fundamentalnych kwestii odpowiedzialności takiej dotyczących – zdefiniował w 1935 r. bezprawne działanie jako działanie przeciwko niemieckiemu narodowosocjalistycznemu światopoglądowi („Handeln gegen die deutsche nationalsozialistische Weltanschauung”).

bierając dowolny, choć dobrze wpisujący się w obecną sytuację, przykład. Spróbujmy zatem wyodrębnić jakąś wartość (oraz kryjące się za nią dobro), którą chcielibyśmy poddać prawnokarnej ochronie. Otóż sięgając do konstytucyjnej zasady proporcjonalności, dałoby się przyjąć, że – o czym wyżej już wspomniano – wartością taką jest wyekspozowana w Konstytucji RP moralność publiczna. Przyjmijmy następnie, że dla jej ochrony konieczne są ograniczenia, mające postać norm zakazujących lub nakazujących podejmowanie określonych zachowań. Przyjmijmy również, że naruszenie tych nakazów lub zakazów powinno być prawnokarnie sankcjonowane, a więc że powinna korespondować z nimi odpowiednio ujęta norma sankcjonująca. Moglibyśmy również założyć, że reakcję taką uznamy za odpowiadającą zasadzie proporcjonalności, jakkolwiek – o czym nie należy zapominać – przysłowiowy „diabeł tkwi w szczegółach”. Wyobraźmy sobie mianowicie, że przepis, z którego dekodowane byłyby struktury normatywne, sformułowany jest następująco: „Kto publicznie demonstruje lub pochwała odmienną niż heteroseksualna orientację seksualną, podlega karze pozbawienia wolności”. Powróć w tym kontekście do obsesyjnie stawianego wcześniej pytania: czy jesteśmy w stanie – sięgając do argumentów o charakterze naukowym – wykazać „fałszywość” tak ujętego przepisu oraz wynikającej z niego normy lub – mówiąc inaczej – udowodnić, że przepisu takiego w systemie prawa być nie powinno? Przede wszystkim należałoby wykazać, czy istnieją dostatecznie silne naukowe argumenty pozwalające zweryfikować/sfalsyfikować tezę, że przepis taki niczemu nie służy, bo nie chroni żadnej wartości. Spróbujmy tak sformułowaną tezę poddać analizie, uwzględniając dwa omówione wyżej kryteria weryfikacyjne, a mianowicie:

- kryterium konstytucyjne, wiążące się z zasadą proporcjonalności;
- kryterium nawiązujące do teorii kryminalizacji.

Abstrahując już w tym miejscu od definiowania pojęcia dobra prawnego²⁸, można by zapewne wstępnie przyjąć, że skoro dobrem takim jest moralność publiczna, całkiem niemałe poparcie mogłaby zyskać teza, że narusza je demonstrowanie lub pochwalanie orientacji innej niż heteroseksualna. Idąc o krok dalej, zwolennicy takiej tezy mogliby podjąć próbę wykazania, że dopuszczalnym (proporcjonalnym do naruszenia dobra) ograniczeniem wolności byłoby prawnokarne sankcjonowanie tego rodzaju zachowań.

²⁸ Szerzej na ten temat zob. D. Gruszecka, *Ochrona...*, s. 19 i n.

Czy znajdziemy naukowe argumenty, dzięki którym tego rodzaju wywód dałoby się skutecznie zakwestionować? Uzasadniona jest niestety obawa, że argumentów takich nie uda się znaleźć²⁹. Czy w opisywanej sytuacji mogłaby nam przyjść w sukurs teoria kryminalizacji? Otóż trudno oprzeć się wrażeniu, że niestety również w tym przypadku nie byłibyśmy w stanie – nawiązując do podstaw tej teorii – wykazać, że demonstrowanie albo pochwalanie orientacji innej niż heteroseksualna nie powinno być kryminalizowane. Wniosek jest więc dość ponury, a mianowicie – za pomocą argumentów o charakterze naukowym oraz przy wykorzystaniu wskazanych wyżej kryteriów nie jesteśmy w stanie wykazać „fałszywości” założenia, na jakim próbowano by oprzeć tezę o konieczności wprowadzenia do obowiązującego systemu tak ujętego przepisu oraz wynikającej z niego normy, lub – mówiąc inaczej – udowodnić, że normy zakazującej publicznego pochwalania zachowań innych niż heteroseksualne w systemie prawa być nie powinno.

Jeśli jednak dowód taki nie nadaje się do przeprowadzenia, a elementem decydującym o fundamencie (celu) odpowiedzialności karnej jest wola preferującego określoną aksjologię prawodawcy, to pojawić musi się pytanie, czy realizowaniu tejże woli posłużyć może przygotowana przez posiadającego odpowiednią wiedzę prawnika konstrukcja złożona z teoretycznie spójnych – mniej lub bardziej szczegółowych – reguł, na jakich odpowiedzialność karna będzie się opierać. Konkretyzacja podnoszonej tutaj kwestii w nawiązaniu do podanego przykładu brzmiałaby zatem następująco: czy model odpowiedzialności karnej, jaki w oparciu o rozmaite teorie wiążące się ze strukturą przestępstwa oraz formami jego popełnienia, mające jednak charakter przede wszystkim programujący, mógłby posłużyć w celu pociągania do odpowiedzialności karnej osób, które demonstrowałyby lub pochwalałyby orientację inną niż heteroseksualna. Niestety odpowiedź twierdząca jawi się jako banalnie oczywista. Wszak zachowania takie – jeśli miałyby miejsce – to zapewne: (a) byłyby czynami w rozumieniu prawa karnego, z uwagi chociażby na ich dowolność oraz wykonalność, (b) dałoby się ustalić,

²⁹ Co więcej – można wyobrazić sobie sytuację jeszcze bardziej kłopotliwą, a mianowicie taką, w której suweren obdarzyłby jakąś formację polityczną tak dużym zaufaniem (poparciem), że zapewniłby jej w parlamencie większość konstytucyjną. Wówczas dzisiejsza postać zasady proporcjonalności mogłaby zostać poddana gruntownej modyfikacji albo nawet całkowicie usunięta.

czy odpowiadają ustawowej typizacji, i to zarówno na płaszczyźnie znamion strony przedmiotowej, jak i podmiotowej, (c) wykazanie ich bezprawności – przy domniemywanym zazwyczaj założeniu o sprzeczności z ustanowioną normą oraz przy braku okoliczności kontratypowych – stałoby się zabiegiem w pewnym sensie technicznym, natomiast (d) вина, zwłaszcza dla praktyki wymiaru sprawiedliwości, dość swobodnie podchodzącej do zagadnienia zarzucalności, wystąpiłaby już tylko w roli przysłowiowej „wisienki na torcie”. Skoro jednak nie dysponujemy orężem w postaci dowodu naukowego, dzięki któremu moglibyśmy projektowaną regulację poddać jakiejś procedurze „weryfikacyjnej”, aby – zwłaszcza jeśli intuicyjnie wyczuwamy, że jest ona absurdalna – jakoś się przed jej wprowadzeniem obronić, to właściwie niewiele możemy uczynić, aby zabezpieczyć system przed samowolą politycznej większości parlamentarnej, która tego rodzaju regulację zechciałaby narzucić.

Nie sposób w powyższym kontekście uniknąć pytania o to, jaka jest zatem rola prawnika, by nie powiedzieć – uczonego albo przynajmniej specjalisty w zakresie prawa karnego o dobrym przygotowaniu teoretycznym. Otóż odpowiedź najbardziej syntetyczna sprowadza się do stwierdzenia, że rola ta jest lub bywa ograniczana do minimum, co pozbawia nas wpływu na aksjologiczne fundamenty tej dziedziny prawa, czego przykłady można obecnie zaobserwować. Możemy bowiem skonstruować doskonałą formę modelu odpowiedzialności karnej, dbając o spójność wszystkich składających się na nią elementów, ale treścią wypełniać ją może ktoś, komu zależeć będzie na jej ideologicznym albo politycznym wykorzystaniu. Rzecz znamienna, podmiotem sprawującym władzę nie chodzi raczej o to, aby wpływać na budowane przez prawników teorie, dzięki którym odpowiedzialność karna od strony konstrukcyjnej jawiłaby się jako instrument gruntownie przemyślany. Powiedzielibyśmy zatem, że z punktu widzenia każdej władzy, w tym zwłaszcza władzy autorytarnej, jest najzupełniej obojętne, czy wykażemy na przykład wyższość nauki o obiektywnym przypisaniu nad jakąkolwiek inną alternatywną koncepcją, jak zdefiniujemy formy współdziałania przestępnego, czy bezprawność wzbogacimy również o element subiektywny. Rozważania takie u osób sprawujących władzę, zwłaszcza zaś władzę autorytarną, lecz mających ograniczoną wiedzę na temat teoretyczno-dogmatycznych podstaw prawa karnego, choć zazwyczaj żywo zainteresowanych realizowaniem określonej polityki karnej, mogą wywołać jedynie wzruszenie ramionami,

a nawet rozbawienie. Swoistą bezwartościowość tego rodzaju dociekań – nazwijmy je naukowymi – wzmacnia fakt, który znajduje potwierdzenie w systematycznie prowadzonej obserwacji uczestniczącej praktyki wymiaru sprawiedliwości. Osoby, które ze względu na pełnione funkcje mają sposobność konfrontowania wniosków płynących z teoretycznej debaty z umiejętnością oraz gotowością ich orzeczniczego aplikowania, dostrzegają zapewne głęboki rozziw między nauką prawa karnego a praktyką wymiaru sprawiedliwości. Jego dojmujące potwierdzenie znajdziemy chociażby wówczas, gdy uświadomimy sobie, jakie znaczenie dla praktyki mają rozważania dotyczące dogmatycznej struktury przestępstwa.

Wniosek ostateczny jest zatem taki, że od wynaturzeń prawa karnego oraz modelu odpowiedzialności karnej może nas uchronić jedynie demokratyczny system sprawowania władzy (demokratyczne państwo prawne), którego nie powinniśmy zaprzepaścić. Jest to jednak kwestia wyboru – także zabarwionego politycznie – określonej aksjologii, będącej źródłem systemu wartości, na jakich zbudowane zostanie państwo oraz jego prawo. Naukowych podstaw oraz naukowej metodologii, które determinowałyby tego rodzaju wybór – stwierdzam to z przykrością – niestety nie ma.

Streszczenie

Ocena możliwości naukowego uzasadnienia współczesnego modelu odpowiedzialności karnej wymaga odpowiedzi na dwa fundamentalne pytania. Pytanie pierwsze związane jest z doбором wartości (dóbr), których ochronie model taki miałby służyć, natomiast pytanie drugie dotyczy już sposobu, w jaki jest lub może on być konstruowany. Analizując podstawy modelu odpowiedzialności karnej z perspektywy filozoficznej (aksjologicznej), konstytucyjnej czy z uwzględnieniem teorii kryminalizacji, trudno wskazać argumenty, które mogłyby dostarczyć ich solidnego wsparcia naukowego. Rzecz bowiem w tym, że tworzenie katalogu dóbr zasługujących na prawnokarną ochronę – opierające się na dającym się zrelatywizować założeniu, że określone stany rzeczy są takimi dobrami (wartościami) – nie jest problemem naukowym lub też jest nim w niewielkim jedynie stopniu. Mamy natomiast w tym zakresie do czynienia ze zjawiskiem o charakterze kulturowym, ale przede wszystkim chyba jednak politycznym. O tym, jakie

dobra poddane zostaną prawnokarnej ochronie, decyduje bowiem system sprawowania władzy. Można sobie wyobrazić, że inaczej kształtowany będzie katalog takich dóbr w systemie demokratycznym, a inaczej – w systemie autorytarnym (totalitarnym). Jako bardziej złożona jawi się natomiast kwestia możliwości naukowego uzasadnienia przyjmowanej konstrukcji modelu odpowiedzialności karnej. Przy jej rozstrzyganiu nie chodzi już bowiem o to, co jest wartością, którą należy za pomocą sankcji karnej chronić, ale raczej o to, wedle jakich zasad – zarówno w obszarze prawa materialnego, jak i procesowego – odpowiedzialność karną konstruować oraz egzekwować. Analizując w tym kontekście „naukowość” prawa karnego, nieco inaczej należałoby spojrzeć na możliwość naukowego uzasadnienia tych koncepcji teoretycznych, które dotyczą ontycznych podstaw odpowiedzialności karnej, a inaczej tych, które określają jej podstawy normatywne.

Summary

In search of grounds for liability in contemporary criminal law and their scientific justification

The assessment of the possibility of scientific justification for the contemporary model of criminal liability requires an answer to two fundamental questions. The first is related to the selection of values (interests), the protection of which such a model would serve, while the other concerns the way in which the model is or can be developed. When analysing the foundations of the model of criminal liability from the philosophical (axiological), constitutional perspective, or taking into account the theory of criminalisation, it is difficult to present arguments that could provide solid scientific basis. The point is that the creation of a catalogue of interests deserving criminal law protection – which is based on a relativistic assumption that certain states of affairs are such interests (values) – is not a scientific problem, or it is one only to a small extent. What we are dealing with here is a phenomenon of cultural, but above all probably political nature. It is the system of governance that determines which interests are subject to criminal law protection. It is conceivable that the catalogue of such interests will be shaped differently in a democratic system than in an authoritarian (totalitarian) one. On the other hand, the issue of a possible scientific justification for the adopted

construct of the criminal liability model appears to be quite complex. The question is no longer what value should be protected by means of a criminal sanction, but rather, what principles – both in the area of substantive and procedural law – should govern the construction and enforcement of criminal liability. When the ‘scientific nature’ of criminal law is analysed in this context, one should look somewhat differently at the possibility of scientific justification for those theoretical concepts that concern the ontic grounds for criminal liability, and differently at those that define its normative grounds.

Bibliografia

- Dąbrowska-Kardas M., *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012
- Gardocki L., *Typizacja uproszczona*, „Studia Iuridica” 1982/10
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990
- Giezek J., *Funkcje prawa karnego w autorytarnym systemie sprawowania władzy*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2021/43/1
- Giezek J., *O możliwości naukowego uzasadnienia zmiany modelu odpowiedzialności karnej*, PiP 2017/2
- Gruszecka D., *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia*, Warszawa 2012
- Kryszewski W., Pszczółowski T., *Encyklopedia PWN*, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/nauka;3946164.html>
- Kulesza J., *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017
- Kulesza J., *Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako warunek kryminalizacji* [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. 43, *Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz, Wrocław 2017
- Nowak L., *Wstęp do idealizacyjnej teorii nauki*, Warszawa 1977
- Nowak S., *Metodologia badań społecznych*, Warszawa 1985
- Opalek K., *Problemy „wewnętrznej” i „zewnętrznej” integracji nauk prawnych*, KSP 1968/1–2
- Opalek K., *Swoistość prawoznawstwa a problem integracji*, PiP 1966/4–5
- Popper K.R., *Logika odkrycia naukowego*, przeł. U. Niklas, Warszawa 1977
- Popper K.R., *Wiedza obiektywna. Ewolucyjna teoria epistemologiczna*, przeł. A. Chmielewski, Warszawa 2002
- Wiśniewski R., *Probabilizm etyczny wobec sporu relatywizmu z absolutyzmem w etyce*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Filozofia” 1993/14(250)

Załużski W., *Konwencjonalizm francuski a „konwencjonalizm” K. R. Poppera*, „Semina Scientiarum” 2003/2

Ziemińska R., *Spór relatywizmu z absolutyzmem na temat pojęcia prawdy*, „Roczniki Filozoficzne” 2009/57/1

Prof. dr hab. Jacek Giezek

Uniwersytet Wrocławski

ORCID: 0000-0002-0907-5346