

Piotr Kardas¹

Konsensualna czy konfliktowa wizja struktury społecznej (kilka uwag o funkcjach współczesnego prawa karnego w perspektywie dylematu ochrony wartości albo zarządzania przez represję²)

Consensual or Conflictual Vision of Social Structure
(Some Remarks on the Functions of Modern Criminal Law
in the Perspective of the Dilemma of Protection of Values
or Management by Repression)

1. Uwagi wprowadzające

Na przestrzeni ostatniego półwiecza obserwujemy zderzenie filozoficzno-teoretycznych koncepcji dotyczących celów i funkcji prawa represyjnego w demokracji konstytucyjnej z opartym na przejawach populizmu penalnego praktycznym wymiarem stanowienia i stosowania norm prawa karnego³. Klasyczne podejście do prawa karnego oparte na ochronie wartości i subsydiarności represji znajduje się w odwrocie⁴. Wyraźnie dostrzegaliśmy wzrost poziomu represyjności uzasadniany koniecznością odpowiedzi polityków na społeczne konflikty i oczekiwanie ich sprawnego rozwiązania⁵ uzasadnia tezę, że prawo represyjne znalazło się na rozdrożu⁶.

¹ Piotr Kardas – prof. dr hab., Katedra Prawa Karnego, Uniwersytet Jagielloński / professor, Department of Criminal Law, Jagiellonian University; ORCID: 0000-0002-8903-2417.

² Niniejsze opracowanie opiera się na założeniach koncepcyjnych przedstawionych w pracy P. Kardasa, *Ochrona...*

³ Zob. J. Pratt, M. Miao, *The end...*, s. 15 i n.; W. Zalewski, *Contrology...*, s. 383 i n.; W. Wróbel, *Prawo...*, s. 13 i n.; P. Kardas, *Współczesne...*, s. 49 i n.

⁴ Zob. J. Giezek, *W poszukiwaniu...*, s. 24 i n.

⁵ Zob. J. Pratt, M. Miao, *The end...*, s. 15 i n.

⁶ Zob. W. Zalewski, *Contrology...*, s. 383 i n.; D. Garland, *The Culture...*, s. 23 i n.; W.R.P. Kaufman, *Honor...*, s. 45 i n.

Napięcia wokół kształtu współczesnego prawa karnego ujmowane są syntetycznie w postaci opozycji: prawa karnego służącego ochronie społecznie cennych wartości oraz respektującego funkcje gwarancyjne, któremu przeciwstawiane jest prawo karne traktowane jako instrument wykorzystywany w konfliktach społecznych w interesie władzy, narzędzie swoistej „inżynierii społecznej”; w istocie zarządzania przez represję⁷. Zderzenie możliwych podejść do funkcji i celów prawa karnego ujawnia głębsze podłoże sporów, związane z wizją struktury społecznej, opozycją pomiędzy modelami konsensualnym a konfliktowym, filozofią polityczną, w szczególności zaś wyborem pomiędzy podejściem liberalnym i nieliberalnym (wspólnotowym lub komunitarnym), wreszcie założeniami filozoficznymi i antropologicznymi dobrze odzwierciedlanymi w opozycji indeterminizmu i determinizmu. Współczesne spory dotyczące prawa karnego wykraczają dalece poza analizy związane z dogmatyką i teorią prawa represyjnego, nabierając charakteru sporów fundamentalnych, w istocie dotyczących filozoficznej, antropologicznej, socjologicznej i polityczno-filozoficznej wizji (obrazu) jednostki i społeczeństwa, a w konsekwencji prawa. Ich radykalizm podsycany jest przez spory polityczne i instrumentalne podejście przedstawicieli władzy ustawodawczej i wykonawczej do funkcji i celów prawa karnego. Emocjonalne zabarwienie debat, wzmacniane przez różne wersje penalnego populizmu, powoduje, że ich uczestnicy wykazują skłonności do jednowymiarowego postrzegania świata, w którym opowiedzenie się za jedną z możliwych wizji jednostki, społeczeństwa i prawa automatycznie przesądza o odrzuceniu w całości podejścia alternatywnego⁸. Stąd modyfikacje w prawie karnym zmierzające do zwiększenia represyjności i silniejszej ochrony wartości ogólnych (społecznych, grupowych), wzmacniane przekonaniem, iż prawo karne nadaje się do skutecznego rozwiązywania problemów społecznych za pomocą odpowiednio ukształtowanej, tzn. surowej polityki kryminalnej, co uzasadnia szerokie korzystanie z tego instrumentu społecznej kontroli, traktowane są jako przejaw instrumentalnego wykorzystywania prawa karnego w celach

⁷ W taki sposób charakteryzuje się prawo karne w kręgu kryminologii antynaturalistycznej, a także pracach poświęconych analizie fenomenu populizmu penalnego. Zob. J. Pratt, M. Miao, *The end...*, s. 15 i n.; K. Krajewski, *Teorie...*, s. 41 i n.

⁸ Zob. D. Garland, *Punishment...*, s. 250 i n.

politycznych⁹, stanowiącego mocno zapóźnioną reminiscencję okresu realnego socjalizmu¹⁰.

Wzrost represyjności uznawany jest za przejaw cywilizacyjnego zapóźnienia, postawy naruszającej w sposób elementarny współczesny paradygmat karnistyczny i kryminologiczny¹¹. Godzący w standardy konstytucyjne, w tym w szczególności reguły i zasady odnoszące się do praw i wolności obywatelskich¹². Przeciwnikom wzrostu represyjności ukierunkowanego na zarządzanie przez represję zarzuca się niezrozumienie zasad funkcjonowania jednostki w społeczeństwie, ignorowanie znaczenia oddziaływania przez surową karę, nastawienie ukierunkowane na ochronę sprawcy połączone z ignorancją praw pokrzywdzonego i społeczeństwa, wreszcie niedostrzeganie, że łagodne traktowanie sprawców rozzuchwała i tym samym nie tylko nie może przeciwdziałać przestępczości, ale ją paradoksalnie stymuluje¹³.

Prowadzone współcześnie spory o kształt prawa karnego zdają się nie pozostawić przestrzeni dla jakiegokolwiek kompromisu. Zwolennicy przeciwstawnych ujęć konsekwentnie prezentują postawę stanowiącą wyraz przekonania o wyłączności czy też „jedynie słusznym” charakterze ich paradygmatu i całkowitej bezsensowności pozostałych podejść¹⁴. W debacie publicznej prezentowane są stanowiska jednoznaczne i radykalnie przeciwstawne. W tym stanie rzeczy wejrzenie w istotę sporów, uwzględniające współczesne aspekty filozofii prawa karnego oraz koncepcji prezentowanych w kryminologii, zdaje się być wystarczająco uzasadnione. Zasadniczym celem analizy jest próba odpowiedzi na trzy podstawowe pytania.

⁹ Zob. A. Barczak-Oplustil, M. Małecki, S. Tarapata, M. Iwański, *Populistyczna...*; A. Barczak-Oplustil, W. Górowski, M. Iwański, M. Małecki, K. Mamak, W. Zontek, S. Tarapata, *Opinia...*; A. Barczak-Oplustil, W. Górowski, M. Iwański, M. Małecki, W. Zontek, S. Tarapata, W. Wróbel, *Opinia...; Oświadczenie...*

¹⁰ W debatach publicznych używa się określenia, iż zmiany cofają prawo karne o 50 lat, do okresu realnego socjalizmu.

¹¹ Zob. A. Barczak-Oplustil, M. Małecki, S. Tarapata, M. Iwański, *Populistyczna...*; A. Barczak-Oplustil, W. Górowski, M. Iwański, M. Małecki, K. Mamak, W. Zontek, S. Tarapata, *Opinia...*; A. Barczak-Oplustil, W. Górowski, M. Iwański, M. Małecki, W. Zontek, S. Tarapata, W. Wróbel, *Opinia...; Oświadczenie...*

¹² Zob. W. Wróbel, *Prawo...*, s. 13 i n.

¹³ W taki sposób uzasadniano zwiększające represyjność zmiany w projekcie nowelizacji Kodeksu karnego przedstawionym parlamentowi w 2022 r.

¹⁴ Zob. K. Krajewski, *Teorie...*, s. 142.

Po pierwsze, czy nauka prawa karnego, obejmująca płaszczyznę: dogmatyczną, teoretyczną i filozoficzną może okazać się pomocna w rozstrzygnięciu współczesnych dylematów dotyczących celów i funkcji prawa karnego.

Po drugie, czy prezentowane w nauce prawa karnego oraz kryminologii ujęcia są rzeczywiście przeciwstawne i radykalnie konkurencyjne, czy też można w nich odnaleźć elementy komplementarne.

Po trzecie wreszcie, czy zachodzi rzeczywiste i radykalne przeciwieństwo pomiędzy postrzeganiem prawa karnego jako instrumentu służącego ochronie wartości a traktowaniem prawa karnego jako narzędzia zarządzania konfliktami społecznymi w interesie władzy, czy też prawo karne pełni po części obie wskazane wyżej funkcje.

2. Aktualny stan prawa karnego

Z perspektywy stanowienia i stosowania prawa karnego co najmniej od epoki M. Thatcher prawo karne¹⁵ w coraz większym stopniu pełni funkcję narzędzia zarządzania społecznego¹⁶. Stosowanego jako instrument uzyskiwania i sprawowania władzy „from above in a society increasingly experienced as rudderless and out of control”¹⁷. Wszelkie przejawy *penal populism, authoritarian populism* czy *populist punitiveness*¹⁸ obserwowane w skali globalnej od Nowej Zelandii, przez USA, kraje zachodniej Europy, po raczkujące demokracje konstytucyjne Europy środkowo-wschodniej, opierają się na instrumentalnym wykorzystywaniu prawa karnego przez elity polityczne i gospodarcze dla realizacji partykularnych celów. Populizm penalny został włączony w rozwój polityk populistycznych i jest używany do uzasadnienia karania oraz kontrolowania coraz szerszego kręgu osób uznawanych za wrogów¹⁹. W istot-

¹⁵ Co do diagnozy odnoszącej się do współczesnego polskiego prawa karnego zob. opracowania zamieszczone w zbiorze *Aktualne...*

¹⁶ Przez pojęcie zarządzania społecznego rozumiem wykorzystywanie prawa karnego w sferze rozwiązywania konfliktów społecznych w interesie władzy. Innymi słowy, podejście charakterystyczne dla penalnego populizmu. Zarządzanie społeczne przez prawo karne odróżniać należy do traktowania prawa karnego jako instrumentu społecznej kontroli. Zob. J. Pratt, *Penal..., passim*. Zob. też rozważania K. Krajewskiego, *Teorie...*, s. 13 i n.

¹⁷ J. Pratt, M. Miao, *The end...*, s. 16.

¹⁸ Co do rozumienia tych określeń zob. J. Pratt, M. Miao, *The end...*, s. 15 i n.

¹⁹ W tym zakresie, świadomie lub przypadkowo, koncepcje populistyczne nawiązują do teoretycznego podejścia do prawa karnego prezentowanego przez naukę

nym stopniu zmienił podejście współczesnych społeczeństw do idei kary i karania. Przyniósł odmienne rozłożenie akcentów, przejawiające się odejściem od ochrony jednostki przed potencjalnym nadużywaniem przez państwo władzy karania w kierunku korzystania przez władzę z instrumentów penalnych w celu ochrony społeczeństwa przed jednostką²⁰.

W ujęciu populistycznym, we wszystkich jego odmianach, prawo karne i kara stają się instrumentem zarządzania przez represję²¹. Ochrona wartości²² ma co najwyżej charakter subsydiarny, podstawowym celem prawa karnego jest bowiem rozwiązywanie rzeczywistych lub pozornych konfliktów społecznych²³ oraz realizacja określonych celów politycznych.

niemiecką, w tym zwłaszcza G. Jakobsa, promującego koncepcję prawa karnego wroga. Zob. G. Jakobs, *Strafrecht* ..., s. 44 i n.; G. Jakobs, *Buergerstrafrecht*..., s. 41 i n.; G. Jakobs, *Staatliche*...

²⁰ Na takim założeniu zdaje się opierać mechanizm kryminalizacji tzw. zbrodni watowskich (art. 271a k.k. i art. 277a k.k.), polegających na wystawieniu w sposób nierzetelny faktury VAT, bez konieczności wykazywania, że zachowanie takie miało jakiegokolwiek znaczenie w perspektywie interesów majątkowych Skarbu Państwa lub innych uprawnionych podmiotów. W tym przypadku, korzystając z konstrukcji kryminalizacji zastępczej na przedpolu naruszenia dobra prawnego, przy użyciu konstrukcji abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo spenalizowano zachowania pozbawione dostatecznej zawartości bezprawia, by zostały zaliczone do kategorii zbrodni, w celu odstraszenia i deklaratywnej ochrony społeczeństwa przed konsekwencjami wyłudzeń podatkowych. W istocie zbudowano mechanizm karnoprawy służący do realizacji określonych celów politycznych. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2018, poz. 1600, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks karny, k.k.

²¹ Jak wskazują J. Pratt i M. Miao: „since the late 1980, the penal expectations of many democratic societies have undergone dramatic changes. These include, on the one hand, large increases in imprisonment rates and, on the other hand, the growth of preventive criminal law, intended to control the conduct and movement of particular segments of the population thought to be at risk of committing crime, rather than sanctioning them for crimes they have actually committed” – J. Pratt, M. Miao, *The end*..., s. 16. Zob. też D. Garland, *The Culture*..., *passim*.

²² Problemem jest nie tyle deklaratywne wskazanie na ochronę wartości jako podstawowy cel prawa karnego, co sposób dokonywania wyboru obiektów lub stanów rzeczy uznawanych za cenne i podlegające ochronie. Trafnie wskazuje J. Giezek, że tworzenie katalogu dóbr zasługujących na ochronę prawną oraz uznawania, że określone stany rzeczy są takimi dobrami, nie jest problemem naukowym, zaś jego rozstrzygnięcie uzależnione jest od szeregu czynników zaliczanych raz do sfery filozofii politycznej, co sprawia, iż w tym zakresie występuje znaczny zakres dowolności. Wybory wartości chronionych przez prawo nie poddają się weryfikacji w ujęciu paradygmatu nauki – J. Giezek, *W poszukiwaniu*..., s. 34 i n.

²³ Interesujące, że spojrzenie na prawo karne jako instrument służący do rozwiązywania konfliktów prezentowane jest także w ujęciach stanowiących alternatywę dla populizmu penalnego. Paweł Wiliński postrzega prawo karne jako: „narzędzie eliminacji konfliktów w społeczeństwie”. Przyjmuje, że: „służy rozstrzygnięciu konfliktów między jednostkami i w obrębie społeczeństwa oraz zapobieganiu im”. Dodając w dalszej części wywodu,

Podejście to oparte jest na przekonaniu o omnipotencji prawa karnego, zdolności do skutecznego rozwiązywania problemów społecznych za pomocą określonej polityki kryminalnej²⁴. Jego rezultatem jest stały wzrost punitywności systemów prawa karnego, radykalne zwiększenie stopnia prizonizacji²⁵, pojawianie się nowych podstaw odpowiedzialności karnej, w tym za zachowania nienaruszające społecznie cennych wartości, lecz jedynie tworzące dla nich konkretne lub abstrakcyjne zagrożenie²⁶. Wreszcie całkowite ignorowanie relacji między wzrostem lub spadkiem poziomu przestępczości a kształtem systemu prawa karnego²⁷. Represyjność stała się funkcją politycznych założeń, kształtowanych w oparciu o sterowaną opinię publiczną. Tam, gdzie odnotowuje się wzrost przestępczości, np. w USA w zakresie przestępczości z użyciem przemocy, tendencje populistyczne ulegają jednie dodatkowemu wzmocnieniu.

W tym stanie rzeczy zrozumiała jest narastająca frustracja środowisk intelektualnych zajmujących się analizami w zakresie celów i funkcji prawa karnego oraz kary, których stanowisko nie tylko nie jest brane pod uwagę w procesie stanowienia i stosowania prawa, lecz w coraz mniejszym stopniu słyszalne w przestrzeni publicznej²⁸. Fakt, iż podejście

że: „prawo karne służy rozstrzygnięciu tylko niektórych konfliktów, a konkretnie tych, które wywołane zostały popełnionym przestępstwem” – P. Wiliński, *Zarys...*, s. 15–16. W inny sposób, traktując prawo karne jako instrument umożliwiający rozwiązanie konfliktu pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym w oparciu o porozumienie, wybaczenie, ekspiację i naprawie szkody, ujmuje możliwe funkcje prawa represyjnego P. Kardas, *Zarządzanie...*, *passim*.

²⁴ Zob. D. Garland, *Punishment...*, s. 250 i n.; K. Krajewski, *Teorie...*, s. 148 i n.

²⁵ Zob. w szczególności B. Obama, *The President's...*, s. 812 i n.

²⁶ Uzasadnienie kryminalizacji w tym zakresie oparte jest na teoretyczno-dogmatycznej koncepcji ochrony dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Zob. D. Gruszecka, *Ochrona...* Zob. też M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza...*, *passim*.

²⁷ Trzeba jednak zaznaczyć, że odwoływanie się do parametru wzrostu przestępczości (np. istotnego) jako uzasadnienia zmiany prawa karnego w kierunku zwiększonej represyjności, być może w sposób nieuświadomiony przez prezentujących to stanowisko, stanowi przejaw traktowania prawa karnego jako narzędzia zarządzania poprzez sankcję (represję). Oczywiście nie wyklucza to traktowania prawa karnego jako instrumentu kontroli społecznej oraz narzędzia służącego ochronie wartości. Przydaje jednak znaczenie tezie, iż wzrost represyjności może stanowić narzędzie do ograniczenia poziomu przestępczości, a sam fakt zwiększenia ilości popełnianych przestępstw uzasadniać wzrost represyjności. Takie podejście może okazać się kłopotliwe w zderzeniu z populizmem penalnym.

²⁸ Cechą charakterystyczną populizmu penalnego jest antyintelektualizm, świadome i konsekwentne ignorowanie wskazań elity prawniczej, połączone z kształtowaniem obrazu prawa karnego w oparciu o intuicje i założenia polityczne wzmacniane „sterowaną” opinią publiczną.

populistyczne opiera się na programowym odrzuceniu stanowiska prezentowanego przez elity prawnicze, jest tylko jednym z czynników bezradności przedstawicieli racjonalnego podejścia do prawa karnego. Równie istotną rolę odgrywiają zmiany gospodarcze, wzrost zróżnicowania zamożności, spadek stopy życiowej, prekaryzacja klasy średniej, wreszcie występujące z dużą częstotliwością kryzysy ekonomiczne, zjawiska typu pandemia, wzrost poczucia zagrożenia i niepewności²⁹. Zjawiska te generują społeczne konflikty, tworząc przyjazny klimat dla postulatów populistycznych. W jakimś stopniu prawo karne pełni rolę instrumentu zastępczego. Nieproporcjonalna surowość kary tworzy nadzieję na odzyskanie poczucia bezpieczeństwa i społecznej pozycji. Bywa postrzegana jako narzędzie sprawiedliwości wyrównawczej, pozbawiające sprawców korzyści z przestępstwa oraz pozycji społecznej³⁰.

W debatach poświęconych prawu karnemu stopniowo tracą znaczenie argumenty związane z konstytucyjnymi wyznacznikami celu i granic publicznego *ius puniendi*, funkcjami prawa karnego w systemie opartym na zasadzie rządów prawa, ograniczeniami represji wynikającymi z koncepcji praw człowieka³¹. Nie odgrywiają także istotnego znaczenia odwołania do wspólnych wartości, na jakich oparte są współczesne społeczeństwa liberalne.

W tym stanie rzeczy szczególnego znaczenia nabierają podstawowe problemy z zakresu filozofii i teorii prawa karnego oraz teorii kryminologicznych. Powrót do źródeł połączony z próbą poszukiwania modelu opartego na racjonalnych podstawach, uwzględniającego współczesny model prowadzenia debaty publicznej nad *ius puniendi*, wydaje się niezbędny, jeśli chcemy zachować elementarną sensowność prawa karnego i kary³². Dotychczasowe analizy krytyczne nie przyniosły bowiem

²⁹ Zob. J. Pratt, M. Miao, *The end...*, s. 15 i n.

³⁰ P. O'Malley, *Crime...*, s. 23 i n.

³¹ Interesujące, że argumenty związane z regułami i zasadami konstytucyjnymi, odwołujące się do modelu wykładni prokonstytucyjnej, wykładni w zgodzie z konstytucją oraz mieszanego modelu kontroli konstytucyjności prawa przez sądy są aktualnie w zasadzie całkowicie pomijane w procesie wykładni i stosowania prawa karnego. Zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, *passim*.

³² Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że niektóre teorie kryminologiczne nasączone są elementami antypozytywistycznymi i antyświęceniowymi. W tym ostatnim zakresie, w szczególności w odniesieniu do gwarancyjnej funkcji prawa karnego, trzeba zgodzić się z K. Krajewskim podkreślającym, że: „antyświęceniowość nie powinna być rozumiana jako antyracjonalność. Jej istotę stanowi bowiem odrzucenie wiary

oczekiwanych efektów, czego dobrym przykładem jest bogaty nurt badań nad zjawiskiem populizmu penalnego³³. Ostentacyjne ignorowanie postulatów i krytyki przedstawicieli świata prawniczego prowadzi do pesymistycznej wizji możliwości skutecznego naukowego i przekonującego objaśnienia podstaw, celu i funkcji odpowiedzialności karnej³⁴.

Próba poszukiwania odpowiedzi na pytanie o funkcje, cele i konsekwencje stosowania prawa karnego we współczesnych społeczeństwach liberalnych³⁵, oparta na krytycznym podejściu do prezentowanych w tym zakresie koncepcji, wydaje się w pełni uzasadniona. By przedstawić wizję celów i funkcji publicznego *ius puniendi* warto uczynić punktem wyjścia tytułowe przeciwieństwa: ochronę wartości albo zarządzenie przez represję. Zderzenie instrumentalnego stosowania prawa karnego³⁶ z podejściem opartym na ochronie wartości, stanowiącym wyraz posadowienia prawa karnego na moralnym fundamencie³⁷, stanowić powinno punkt wyjścia każdej debaty poświęconej problematyce celów i funkcji karania³⁸.

3. Istota i płaszczyzny sporów o prawo karne

Jakkolwiek podstawą emocjonalnych debat dotyczących prawa karnego są konkretne przypadki zmian normatywnych mających na celu zwiększenie represyjności systemu oraz intensywną, opartą na surowej,

w nieograniczone możliwości rozwiązywania problemów społecznych, w tym problemu przestępczości, za pomocą kształtowanej w sposób racjonalny, na podstawie naukowych przesłanek polityki karnej lub społecznej. Inaczej mówiąc, mamy tu do czynienia z porzuceniem wiary w możliwości stworzenia opartego na wiedzy kryminologicznej jednoznacznego i skutecznego pozytywnego programu zwalczania przestępczości. (...) Nie oznacza to jednak odrzucenia racjonalizmu, lecz jedynie oparcie go nie tyle na wiedzy pozytywnej, ile przede wszystkim na wiedzy negatywnej” – K. Krajewski, *Teorie...*, s. 148–149.

³³ N. Curato, *Politics...*, s. 91 i n.; M. Anselmi, *Penal...*, *passim*.

³⁴ Zob. J. Giezek, *W poszukiwaniu...*, s. 24 i n.

³⁵ Zob. M. Królikowski, *Sprawiedliwość...*, s. 23 i n.

³⁶ Przez instrumentalność rozumiem w tym miejscu wykorzystanie prawa karnego dla osiągnięcia innego celu niż wymierzenie sprawiedliwości za popełniony historyczny czyn. Takim celem zasadniczo jest efekt odstrasżający i prewencyjny kary. Zob. m.in. R. Posner, *Ekonomiczna...*, s. 34 i n.

³⁷ Zob. A. Wąsek, *Prawo...*, s. 35 i n.; J. Stelmach, *Próba...*, s. 93 i n.; B. Wróblewski, *Studia...*, s. 164 i n.; B. Wróblewski, *Prawo...*; K. Buchała, *Koncepcje...*, s. 9 i n.; K. Szczucki, *W poszukiwaniu...*, s. 12 i n.

³⁸ Zob. R.A. Duff, *Towards...*, s. 217 i n.

częstokroć *prima facie* nieproporcjonalnej karze ochronie preferowanych przez władze wartości, niejednokrotnie wspólnotowych³⁹, już tylko nieco głębsze wejrzenie w uzasadnienie wprowadzanych sukcesywnie modyfikacji ujawnia radykalnie odmienne podejście do kwestii zasadniczych. W szczególności zaś przyjmowanej za podstawę proponowanych rozwiązań wizji społeczeństwa, pozwalającej na przeciwstawienie charakterystycznego dla zwolenników zmian podejścia konfliktowego ujęciu konsensualnemu, przyjmowanemu przez przeciwników zmian. Istotną rolę odgrywa też kwestia przekonań co do możliwości skutecznego rozwiązywania problemów społecznych poprzez odpowiednio ukształtowaną represję, w tym w szczególności przekonanie o efektywnie realizowanej przez prawo karne funkcji prewencyjnej o charakterze generalnym, traktowanej jako funkcja odstrasżająca⁴⁰. Zwolennicy zwiększania stopnia represyjności prezentują przekonanie, że ostatecznym celem samego prawa karnego, w szczególności zaś stosowania kar, jest kontrola przestępczości, zarządzanie zachowaniami sprawców i minimalizacja szkód⁴¹. Znaczącą rolę w tym podejściu pełnią odmienności co do sposobu rekonstrukcji i w konsekwencji limitującego znaczenia standardów konstytucyjnych, w tym zwłaszcza zasady godności człowieka i jej znaczenia w zakresie eliminacji instrumentalnego, podporządkowanego aspektom społecznym wykorzystywania prawa karnego, w tym w szczególności sankcji⁴². Na płaszczyźnie konstytucyjnej odmienności rozumienia standardów gwarancyjnych wynikają co najmniej

³⁹ Przykładem tego typu działalności ustawodawczej mogą być przepisy wprowadzone do Kodeksu karnego w 2017 r. typizujące tzw. zbrodnie vatowskie, kryminalizujące zamachy na dokumenty podatkowe, zagrożone karą do 20 lat pozbawienia wolności. Dla pociągnięcia do odpowiedzialności karnej nie jest nawet wymagane ustalenie, że doszło do stworzenia konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo interesu majątkowego Skarbu Państwa lub innych uprawnionych podmiotów.

⁴⁰ Na takim przekonaniu zdaje się bazować model zmian prawa karnego w krajach Europy środkowo-wschodniej, w tym w szczególności w Polsce po 2016 r.

⁴¹ W.R.P. Kaufman, *Honor...*, s. 19 i n.; W. Zalewski, *Controlology...*, s. 383 i n.; R. Posner, *Ekonomiczna...*, s. 34 i n.

⁴² Interesująco pisał o tej kwestii zwolennik neo-retrybutywizmu J. Kochanowski, wskazując, że podejście neo-retrybutywne oraz ekonomiczna teoria prawa karnego oparte są na poszanowaniu godności sprawcy, oparte na założeniu oddziaływania na podejmowane przez sprawcę decyzje poprzez kształtowanie jej przesłanek. Obydwie traktują sprawcę podmiotowo. W przeciwieństwie do utilitarnego podejścia, deklaratywnie respektującego założenia podejścia liberalnego, w rzeczywistości zaś realizującego koncepcje inżynierii społecznej poprzez resocjalizację – J. Kochanowski, *Ekonomiczne...*, s. 10–11.

po części z różnic w zakresie filozofii politycznej. Zwolennicy wzrostu represyjności i traktowania prawa karnego jako narzędzia zarządzania przez represję wykazują preferencje dla podejścia nieoliberalnego. Przeciwnicy tych zmian, optujący za pozostawieniem klasycznego modelu prawa karnego, za podstawę przyjmują filozofię liberalną. Nie bez znaczenia pozostaje sympatia dla determinizmu lub indeterminizmu, w tym w szczególności możliwości opierania represji na innych przesłankach niż osobista wina i proporcjonalność sankcji do wagi czynu⁴³. Wreszcie istotnym elementem jest podejście do społecznych konsekwencji określonego sposobu kształtowania modelu prawa karnego, w tym skutków dobrze odzwierciedlanych przez koncepcje naznaczania społecznego, ekonomiczne teorie kary i prawa karnego⁴⁴, a także ewentualnej możliwości komplementarnego podejścia do co najmniej niektórych z zarysowanych powyżej założeń. Stanowiące podstawę modyfikacji prawa karnego w kierunku zwiększonej represyjności podejście opiera się na sprzeciwie wobec resocjalizacyjnego podejścia do prawa karnego⁴⁵. Odwołuje się do neoretrybutywizmu i ekonomicznych teorii prawa karnego, przyjmując, że oba ujęcia, choć konkurencyjne, mają w pewnym zakresie utylitarny charakter, odwołują się do celowościowych funkcji prawa karnego⁴⁶. Co jednak szczególnie istotne, traktowane są jako przeciwieństwo „innego rodzaju utylitarizmu, jakim jest idea resocjalizacyjnego podejścia do prawa karnego”. Traktowanego przez zwolenników zmian zwiększających represyjność jako rodzaj inżynierii społecznej, mimo posługiwania się hasłami liberalnymi. Dotychczasowe podejście do prawa karnego oparte na koncepcji resocjalizacji, przyjętej, jak podkreślają przeciwnicy tego podejścia, *a priori*, utrzymywało się przez lata mimo braku dowodów skuteczności. Oznaczało, wedle krytyków, instrumentalne podejście do sprawy, oparte na – częstokroć nieuświadomionym determinizmie – wykluczającym uwzględnienie jego godności i oparcie odpowiedzialności na winie stanowiącej podstawę proporcjonalnej kary⁴⁷.

⁴³ Zob. m.in. R. Posner, *Ekonomiczna...*, s. 15 i n.

⁴⁴ Zob. m.in. R. Posner, *Ekonomiczna...*, s. 15 i n.; M.A. Cohen, *Ekonomiczne...*, s. 75 i n.; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 139 i n.

⁴⁵ Zob. w szczególności A. von Hirsch, *Uzasadnienie...*, s. 47 i n.; J. Kochanowski, *Ekonomiczne...*, s. 10 i n.

⁴⁶ Zob. R. Posner, *Ekonomiczna...*, s. 20 i n.; M.A. Cohen, *Ekonomiczne...*, s. 113 i n.

⁴⁷ Zob. w tej kwestii niezwykle interesujące rozważania K. Krajewskiego, *Teorie...*, s. 23 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

W konsekwencji rozczarowanie podejściem opartym na deklaratywnej ochronie wartości, w istocie zaś utylitarnym w aspekcie poprawy czy też korekty sprawcy poprzez resocjalizację w zakładzie karnym, stanowiło podstawę alternatywnego podejścia, ukierunkowanego, zamiast błędnego „oddziaływania na sprawcę, które stanowi w istocie jego uprzedmiotowienie”, na „oddziaływanie na jego decyzje poprzez kształtowanie jej przesłanek – z pozostawieniem swobodnego wyboru sposobu postępowania”⁴⁸. W taki sposób cele i funkcje prawa karnego ujmują neoretrybutywizm i ekonomiczne podejście do prawa, traktując sprawcę podmiotowo⁴⁹. By w jakimś choćby stopniu odnieść się do spornych kwestii, warto spojrzeć na prawo karne z nieco szerszej perspektywy, uwzględniającej również i te koncepcje.

Pozwala to przyjąć założenie, że dla analizy tytułowych przeciwnieństw – traktowania prawa karnego jako instrumentu ochrony wartości albo narzędzia zarządzania społecznego przez represję – sięgnąć należy do odmienności związanych z: indywidualistycznym i wspólnotowym modelem społeczeństwa⁵⁰; liberalnym, paternalistycznym albo wspólnotowym uzasadnieniem karania. Wziąć pod uwagę konsensualną oraz konfliktową wizję struktury społecznej; uwzględnić współczesne spojrzenie na relacje między moralnością a prawem⁵¹, a także komunikacyjne funkcje kary jako środka instytucjonalnego potępienia czy też świeckiej formy pokuty⁵². Dostrzec, że prawo karne jest konwencjonalnym instrumentem rozstrzygania konfliktów wywołanych popełnieniem przestępstwa⁵³. Wreszcie powrócić w sposób krytyczny do założeń neoretrybutywizmu, zwłaszcza zaś proporcjonalności jako zasady limitującej, pełniącej znaczącą funkcję na płaszczyźnie stanowienia i stosowania prawa karnego⁵⁴. W zakresie proporcjonalności nadać właściwe znaczenie jej materialnemu i relatywnemu ujęciu⁵⁵. Uwzględnić aspekt efektywności prawa karnego, także w jego sferze generalno-prewencyjnej,

⁴⁸ J. Kochanowski, *Ekonomiczne...*, s. 10 i n.

⁴⁹ J. Kochanowski, *Ekonomiczne...*, s. 10 i n.

⁵⁰ Zob. interesujące i będące zarazem znakiem czasów uwagi A. Wąska dotyczące marksistowskiej doktryny moralnej (mającej niewątpliwie społeczny, antyindywidualistycznych charakter) – A. Wąsek, *Prawo...*, s. 50 i n. Zob. też J. Nowacki, *Problem...*

⁵¹ K. Krajewski, *Teorie...*, s. 5 i n.

⁵² Zob. R.A. Duff, *Karanie...*, s. 34 i n.

⁵³ Zob. P. Wiliński, *Zarys...*, s. 32 i n.; P. Kardas, *Zarządzanie...*, *passim*.

⁵⁴ Zob. A. von Hirsch, *Uzasadnienie...*, s. 47 i n.

⁵⁵ Zob. A. Ashworth, *Kryteria...*, s. 133 i n.

nie tracąc z pola widzenia perspektywy restytucyjnej związanej z koncepcjami sprawiedliwości naprawczej.

Na tak zarysowanym tle możliwe będzie przedstawienie współczesnych założeń i społecznych oczekiwań co do celów i funkcji prawa karnego oraz kary. W dalszej zaś perspektywie próba budowy teorii pozwalającej zachować właściwe proporcje pomiędzy ochroną wartości, adekwatnie ukształtowaną w sferze wewnętrznych i zewnętrznych relacji, a elementami zarządzania konfliktem wynikającym z faktu popełnienia przestępstwa, które w żadnym cywilizowanym systemie nie powinno przybierać formy instrumentalnego społecznego sterowania poprzez represję i strach.

Spory o kształt i funkcje prawa karnego mają kilka płaszczyzn. Z perspektywy prowadzonych w tym miejscu analiz na podkreślenie zasługują cztery: filozoficzno-prawna, kryminologiczna, teoretyczna i dogmatyczna. Każda z nich oferuje spojrzenie na prawo karne z innej perspektywy, posługuje się odmiennymi metodami, wreszcie opiera na innych założeniach oraz ma związane immanentnie z obszarem, do którego się odnosi, ograniczenia. Spory o prawo karne prowadzone w kontekście stale wzrastającego znaczenia populizmu penalnego prowadzone są w sposób zróżnicowany w zależności od miejsca, tradycji, systemu prawnego, znaczenia kontekstu politycznego. W Polsce prowadzona z dużą intensywnością od 2016 r. debata naznaczona jest silnie dwoma aspektami: spojrzeniem na prawo karne z perspektywy standardów konstytucyjnych, traktowanych jako wyznaczniki granic represji nienaruszającej praw obywatelskich i ograniczeń gwarancyjnych wyrażonych w Konstytucji⁵⁶ oraz spojrzeniem na system prawa karnego z perspektywy dogmatycznej. Nieco inaczej przedstawia się stan analiz w krajach kultury anglosaskiej, gdzie wyraźnie dominuje podejście kryminologiczne, uwzględniające całe spektrum współczesnych teorii oraz spojrzenie z perspektywy filozofii i teorii prawa karnego. W konsekwencji w ujęciu lokalnym spory o prawo karne prowadzone są w kontekście zgodności ze standardami konstytucyjnymi oraz spójności systemowej i poprawności konstrukcyjnej. Z metodologicznego punktu widzenia

⁵⁶ Zob. w szczególności M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 90–121 i s. 384–444; P. Kardas, *Prawo...*, s. 91–106; W. Wróbel, *Prawo...*, s. 13 i n. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: Konstytucja RP, Konstytucja.

opierają się na zorientowanej konstytucyjnie dogmatyce prawa karnego. W ujęciu anglosaskim na podejściu filozoficznym i kryminologicznym, uzupełnianym o aspekty ekonomiczne i pragmatyczne, społeczne czy socjologiczne.

4. Płaszczyzna filozofii prawa karnego a spory o prawo karne

Z perspektywy filozofii prawa karnego (a także w pewnym zakresie w perspektywie teoretycznej) dominujący nurt myśli karnistycznej wciąż oparty jest na założeniu, że stosowana w ramach publicznego *ius puniendi* represja wobec jednostki uzasadniona jest naruszeniem istotnych wartości chronionych przez prawo⁵⁷. Jego podstawę stanowi hipoteza konsensusu społecznego co do wymagających prawnokarnej ochrony cennych społecznie dóbr połączona z konsensualnym modelem ładu społecznego⁵⁸. Założenie, że represja oparta jest na przestrzeganiu zasady *ultima ratio* prawa karnego, zaś jej jednostkowy wymiar respektuje zasadę proporcjonalności wagi popełnionego czynu do stopnia dolegliwości wymierzanej sprawcy, stanowią uzasadnienie i wyznaczają granicę publicznego *ius puniendi*⁵⁹. W tym podejściu prawo karne jest przede wszystkim instytucjonalnym narzędziem ochrony społecznie cennych wartości, służącym realizacji szerszego interesu społecznego wynikającego z konsensualnej akceptacji kryminalizacji określonych zachowań⁶⁰. W tym sensie stanowi instrument społecznej kontroli i sterowania. Jest podporządkowane ogółowi, nie zaś realizacji interesów władzy. Mimo prezentowanych w ramach tego nurtu konkurencyjnych ujęć celów oraz funkcji prawa karnego i kary, przyjmuje się, że jej podstawowym uzasadnieniem jest naruszenie przez sprawcę dobra, którego waga uzasadnia ochronę przez represję⁶¹. Wszelkie inne przypisywane karze i prawu

⁵⁷ W polskim piśmiennictwie stanowisko takie prezentuje konsekwentnie A. Zoll, *O Normie...*, s. 77 i n. Z perspektywy teorii kryminologicznych co najmniej konkludentnie odwołuje się do konsensualnego obrazu ładu społecznego oraz prawa karnego. Zob. K. Krajewski, *Teorie...*, s. 10 i n.

⁵⁸ Zob. w tej kwestii K. Krajewski, *Teorie...*, s. 12 i n.

⁵⁹ Na podobnych założeniach, choć prowadzących do nieco inaczej ukształtowanej wizji prawa karnego, oparte są poglądy zwolenników neoretrybutywizmu. Zob. m.in. A. von Hirsch, *Uzasadnienie...*, s. 47 i n.; M. Królikowski, *Sprawiedliwość...*, *passim*.

⁶⁰ Zob. K. Krajewski *Teorie...*, s. 142.

⁶¹ Zob. jednak krytyczne uwagi dotyczące koncepcji prawa karnego jako narzędzia służącego ochronie cennych wartości G. Jakobsa, *Strafrecht...*, s. 44 i n.

karnemu funkcje traktowane są jako swoiście subsydiarne⁶². Spory prowadzone wokół wzajemnych relacji między proporcjonalną do negatywnej wagi czynu dolegliwością a innymi celami, jakie realizować można za pomocą prawa karnego i kary, nie kwestionują założenia, że głównym uzasadnieniem i usprawiedliwieniem karania jest naruszenie społecznie cennego dobra. Krzywda czy szkoda wyrządzona w wyniku popełnienia przestępstwa stanowi podstawowe uzasadnienie karania⁶³. Podejście to opiera się na konsensualnej wizji struktury społecznej powiązanej z założeniem indeterminizmu w zakresie wizji człowieka⁶⁴.

W piśmiennictwie prezentowane są zarazem alternatywne ujęcia funkcji prawa karnego, wskazujące, że celem publicznego *ius puniendi* jest ochrona porządku społecznego, określonej struktury społecznej i zachodzących w niej interakcji, w tym w szczególności oddziaływanie na sprawców wykazujących „wrogą” postawę wobec porządku społecznego i prawnego powiązaną z gotowością do ich naruszania⁶⁵. Podejście to skoncentrowane jest na sprawcy jako centralnym punkcie odniesienia dla legitymizacji norm prawnych oraz konfliktowej wizji ładu społecznego. Zakłada istnienie stanu zagrożenia ze strony określonej kategorii osób⁶⁶, którego minimalizacja uzasadnia korzystanie z narzędzi publicznego *ius puniendi*. Swoistym rozwinięciem tej koncepcji o pragmatycznym nastawieniu są rozmaite formy tzw. populizmu penalnego, akcentujące, że funkcją prawa karnego jest nie tyle i nie tylko ochrona praw

⁶² Odnosi się do także do funkcji prewencyjnych. W zakresie prewencji indywidualnej opiera się na swoistym połączeniu indeterminizmu, stanowiącego podstawę odpowiedzialności na zasadzie winy, z częściowym chociażby determinizmem, uzasadniającym korekcyjne oddziaływanie na sprawcę. W perspektywie prewencji generalnej na swoiście instrumentalnym traktowaniu sprawcy. Jedno i drugie generuje specyficzne problemy w zderzeniu z teoriami kryminologicznymi. Zob. K. Krajewski, *Teorie...*, s. 14 i n.

⁶³ Zob. J. Feinberg, *The Moral...*, 1987; J. Feinberg, *The Moral...*, 1985; J. Feinberg, *The Moral...*, 1986; J. Feinberg, *The Moral...*, 1988; B.E. Harcourt, *Joel Feinberg...*, s. 159 i n.; D. Gruszecka, *Ochrona...*, s. 167 i n.

⁶⁴ Odwołując się do typologii teorii kryminologicznych, można przyjąć, że respektuje, w różnym stopniu, w zależności o preferowanego przez poszczególnych autorów podejścia, nurt klasyczny, pozytywistyczny w kryminologii. Zob. K. Krajewski, *Teorie...*, s. 23 i n.

⁶⁵ Zob. w szczególności G. Jakobs, *Strafrecht...*, s. 44 i n. W polskim piśmiennictwie interesujące rozważania D. Gruszeckiej, *Ochrona...*, s. 208 i n. Zob. też R. Posner, *Ekonomiczna...*, s. 20 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

⁶⁶ W ten sposób być może nawiązuje do klasycznego paradygmatu kryminologii. Zob. K. Krajewski, *Teorie...*, s. 13 i n.

jednostki przed zagrożeniami (nadużyciami) ze strony władzy publicznej⁶⁷, co ochrona społeczeństwa przed jednostką, postrzeganą jako zagrożenie dla ogółu⁶⁸. W obu przypadkach z perspektywy ładu społecznego przyjmuje się koncepcję konfliktową, z elementami ograniczonego determinizmu w zakresie wizji człowieka⁶⁹.

Zarysowane wyżej koncepcje zdają się stanowić wyraz odmiennych modeli antropologicznych prawa karnego: klasyczne, nastawione na ochronę wartości stanowisko filozofii prawa karnego odwołuje się do liberalnego modelu, w którym fundamentalną rolę odgrywa zasada krzywdy (*harm principle*), zaś podejście alternatywne nawiązuje do ujęcia wspólnotowego, z elementami paternalizmu⁷⁰. Z perspektywy tytułowej problematyki pierwsze podejście opiera się na ochronie wartości, drugie na kontroli i zarządzaniu za pomocą norm prawa represyjnego. Pierwsze akcentuje elementy gwarancyjne, kluczowe w przypadkach zderzenia jednostki z instrumentarium państwa stosującego *ius puniendi*. Nawiązuje do oświeceniowego paradygmatu. Drugie kładzie nacisk na ochronę społeczności zagrożonej przez niepoprawną jednostkę, przyznając priorytet jednostkowym lub zbiorowym wartościom nad ochroną sprawy przed arbitralnością władzy karzącej.

Niejako niezależnie od wskazanych podejść alternatywnych prezentowane są ujęcia prawa karnego jako narzędzia służącego do eliminacji konfliktów w społeczeństwie, ich instytucjonalnego rozstrzygnięcia w ramach sformalizowanej procedury służącej realizacji publicznego *ius puniendi* oraz – w pewnym zakresie – rozwiązywania pozainstytucjonalnego, w oparciu o porozumienie, pojednanie, ekspiację i naprawienie

⁶⁷ Co stanowi podstawowy komponent oświeceniowego paradygmatu prawa karnego, pełniącego w równym stopniu funkcję ochronną i gwarancyjną.

⁶⁸ J. Pratt, M. Miao, *The end...*, s. 16 i n.

⁶⁹ Wskazanie na ograniczony determinizm ma na celu podkreślenie, że współczesne prawo karne dostrzega różnego rodzaju zjawiska wpływające na zachowania człowieka, wewnętrzne – związane z osobą sprawcy, jak i zewnętrzne, które stanowić mogą podstawę do umiarkowanego determinizmu. W tym zakresie prawo karne oferuje innego typu niż przypisanie odpowiedzialności i kara reakcje za zachowania dys socjalne, nieodwołujące się do symbolicznego potępienia i zasłużonej, proporcjonalnej kary, lecz mające charakter instrumentów zabezpieczających. W szczególności dotyczy to sprawców z zaburzeniami psychicznymi, w stosunku do których prawo karne, oparte na winie i karze, nie jest adekwatnym środkiem reakcji. Zob. A. Barczak-Oplustil, M. Pyrcak-Górowska, *Wprowadzenie...*, s. 33 i n.

⁷⁰ Syntetyczną analizę podejść antropologicznych do prawa karnego prezentuje M. Derrek, *Karnoprawne...*, s. 101 i n.

szkody lub zadośćuczynienie krzywdzie wyrządzonej w wyniku popełnienia przestępstwa⁷¹. Akcentując funkcję prawa karnego jako instrumentu rozwiązywania społecznych konfliktów, podejścia te bynajmniej nie opierają się w sposób konieczny na preferencji konfliktowego modelu struktury społecznej. Dostrzegając, iż przestępstwo w sposób immanentny generuje powstanie społecznego konfliktu, w wymiarze jednostkowym na linii sprawca–pokrzywdzony oraz w wymiarze społecznym na linii sprawca–społeczeństwo, dopuszczają zarazem możliwość kształtowania prawa karnego na podstawie założenia konsensualnego modelu społeczeństwa, zwłaszcza zaś społecznej akceptacji dla kryminalizacji określonych zachowań.

Nurt ujmujący prawo karne w kontekście rozwiązywania konfliktów wynikających z popełnienia przestępstwa uzupełniany jest o koncepcje wykorzystywania prawa karnego jako instrumentu zabezpieczającego, służącego do kontroli, częstokroć realizowanej poprzez określoną formę izolacji, jednostek wykazujących osobnicze cechy tworzące określonego typu zagrożenia. W tym zakresie również chodzi o rozwiązywanie konfliktów wynikających z kolizji z prawem i naruszeniem lub narażeniem na niebezpieczeństwo istotnych wartości, jednak o tyle specyficznych, że wykazujących wyraźne preferencje dla determinizmu. Funkcje prawa karnego w tym podejściu ukierunkowane są na zabezpieczenie społeczeństwa i jednostek przed kolejnymi naruszeniami istotnych wartości, stanowią narzędzie zapewnienia poczucia bezpieczeństwa.

Okazuje się, że mimo braku poważniejszych opracowań poświęconych współczesnej filozofii prawa karnego, na marginesie rozmaitych analiz pojawiają się poglądy wskazujące na wielofunkcyjność prawa karnego oraz rozmaite podejścia filozoficzne i kryminologiczne do różnych fenomenów zachowań sprzecznych z prawem.

To sprawia, że z perspektywy debat dotyczących kształtu współczesnego prawa karnego, w tym w szczególności przeciwstawnego ujmowania jego istoty i funkcji albo jako instrumentu ochrony wartości, albo jako narzędzia społecznego zarządzania przez represję, płaszczyzna filozoficzno-prawna przedstawia się niezwykle obiecująco. Pytania filozoficzne w prawie karnym odnoszą się bowiem co do zasady do kwestii związanych z podstawami i uzasadnieniem reakcji represyjnej, istotą

⁷¹ Zob. P. Wiliński, *Zarys...*, s. 13 i n.; P. Kardas, *Zarządzanie...*, s. 12 i n.

i usprawiedliwieniem karania, celem represji realizowanej w ramach publicznego *ius puniendi*, możliwością realizowania przez karanie innych funkcji niż odpowiedź na popełnione przez sprawcę zło⁷², znaczeniem wywołanego przez popełnienie przestępstwa konfliktu społecznego oraz możliwych sposobów jego rozwiązywania. Odnoszą się również do antropologicznych założeń odpowiedzialności karnej, w tym w szczególności sympatii dla determinizmu lub indeterminizmu, a w dalszej perspektywie racjonalnych sposobów oddziaływania na sprawcę i wspólnotę. Podejście filozoficzne w prawie karnym bezpośrednio wpływa na sposób ujmowania założeń polityczno-kryminalnych. Rzutuje także na sferę teorii kryminologicznych, niezależnie od tego, czy kryminologię postrzega się jako „naukę pomocniczą” prawa karnego, czy też autonomiczną sferę badań odnoszących się do istoty przestępstwa i jego sprawcy⁷³. Spojrzenie na prawo karne z perspektywy filozoficznej pozwala dostrzec jego moralne korzenie, powiązanie reakcji represyjnej z osobą sprawcy, traktowanego jako podmiot moralny⁷⁴. Naturalnie łączy prawo represyjne z koncepcją praw człowieka, nadaje mu nie tylko gwarancyjny charakter, uwzględniający zarówno sprawcę, jak i pokrzywdzonego w wyniku popełnienia przestępstwa, lecz uwzględnia także godność człowieka jako wartość przyrodzoną, wykluczającą instrumentalne podejście do karania mające na celu realizację swoistych celów społecznych lub politycznych za pomocą prawa karnego. Pozwala powiązać represję z ochroną wartości, których naruszenie w liberalnej filozofii politycznej stanowi niezbędny warunek karania. Umożliwia zobrazowanie potrzeby zachowania wewnętrznych proporcji między chronionymi wartościami a przewidzianą za ich naruszenie lub narażenie represją⁷⁵. Uzasadnia potrzebę zachowania wewnętrznej spójności w zakresie karalności różnorodnych zamachów na dobra o różnej wartości. We wszystkich wskazanych obszarach argumenty ulokowane są w koncepcjach o różnorodnym charakterze, w tej perspektywie stanowiących komplementarny konglomerat idei wyznaczających cele i funkcje prawa karnego. Ilustracją powyższej tezy może być odwołanie do ekonomicznych teorii prawa karnego, które stanowiąc alternatywę dla podejścia klasycznego,

⁷² Zob. w tej kwestii W. Zaluski, *Law and...*, s. 97 i n.

⁷³ Zob. K. Krajewski, *Teorie...*, s. 142 i n.

⁷⁴ Zob. A. von Hirsch, *Uzasadnienie...*, s. 75 i n.

⁷⁵ A.J. Ashworth, *Principles...*, s. 123 i n.

dobrze uzasadniają potrzebę zachowania relatywnej i materialnej zasady proporcjonalności. Z perspektywy ekonomicznej analizy prawa karnego poszukując najbardziej efektywnego modelu zapobiegania popełnieniu przestępstw poprzez odpowiednio skonstruowany i racjonalnie stosowany system kar podkreśla się, że: „jednym z kosztów zwiększenia surowości kary za przestępstwo jest zmniejszenie zahamowania ze strony sprawców do zastępowania danego przestępstwa przestępstwem poważniejszym. Inaczej ujmując, zmniejszenie kary za mniej poważne przestępstwa może zmniejszyć ryzyko popełnienia poważniejszego przestępstwa”⁷⁶. Bez wątplenia takie podejście stwarza racjonalne podstawy do debaty o sposobie i granicach kształtowania prawa karnego. Umożliwia krytyczne odniesienie się do drakońskiej represyjności stanowiącej podstawę krańcowego odstraszenia przez represję, obrazując nie tylko nieskuteczność tego podejścia, ale paradoksalnie immanentnie związane z nim ryzyko generowania przesłanek zwiększających zagrożenie przestępczością w dłuższej perspektywie.

Kompleksowe spojrzenie na prawo karne z różnych perspektywy filozoficznych pozwala dostrzec jego wielofunkcyjność i zróżnicowanie, konieczność wykorzystywania odpowiednio elastycznych konstrukcji umożliwiających adekwatne reagowanie zarówno w oparciu o formułę zasłużonej kary, opartej na indeterministycznej wizji człowieka zdolnego do zawinienia, jak i stosowania środków w istocie zabezpieczających, związanych z postrzeganiem jednostki jako podmiotu uwikłanego, opartego co najmniej w części na sympatiach do podejścia deterministycznego.

Obraz współczesnego prawa karnego interesująco dopełnia współczesna kryminologia. Postrzegana nie tyle jako zbiór konkurencyjnych paradygmatów i teorii, wykreślających przeciwstawne cele i funkcje prawa karnego, lecz traktowana w sposób holistyczny, umiejętnie łączący elementy postrzegane niegdyś jako radykalnie przeciwstawne i wykluczające. W ten sposób możliwe jest połączenie podejścia do prawa karnego postrzegającego sprawcę jako podmiot moralny, opierającego odpowiedzialność na subiektywnej zarzucalności, dostrzegającego godność człowieka jako barierę dla instrumentalizowania represji stosowanej w ramach publicznego *ius puniendi*, ze spojrzeniem na prawo karne jako instrument rozstrzygania konfliktów w interesie społeczeństwa i w pewnym

⁷⁶ R. Posner, *Ekonomiczna...*, s. 40–41.

zakresie władzy. Dostrzec w prawie karnym narzędzie społecznej, jednak mającej instytucjonalne ramy, kontroli. Pozwala uwzględnić w debatach o prawie karnym konsekwencje symbolicznego potępienia i sankcji⁷⁷, skutki prizonizacji⁷⁸, potrzebę resocjalizacyjnego oddziaływania oraz znaczenie opartego na porozumieniu i naprawieniu szkody sposobu rozwiązania konfliktu wywołanego przez popełnienie przestępstwa⁷⁹. Pozwala ujmować prawo karne jako narzędzie ochrony wartości, których naruszenie lub narażenie na niebezpieczeństwo uzasadniania represję, aspekt komunikacyjny przypisania odpowiedzialności i kary, uwzględniać właściwie rozumianą świecką pokutę⁸⁰ i zróżnicowane oddziaływania prewencyjne oraz wychowawcze⁸¹. Zarazem nie wyklucza traktowania prawa karnego we właściwie wyznaczonym zakresie jako instrumentu kontroli społecznej zarządzania społecznymi konfliktami, bez konieczności odwoływania się do reakcji sankcyjnej. Wreszcie umożliwia ocenę społecznych i ekonomicznych konsekwencji karania, w krótkiej i dłuższej perspektywie, uwzględniające wymiar jednostkowy i społeczny. Trafnie podkreśla się w piśmiennictwie, że: „wizja społeczeństwa przenikniętego różnego rodzaju i natury konfliktami społecznymi oraz prawa karnego jako instrumentu wykorzystywanego w tych konfliktach w interesie władzy wcale nie wyklucza istnienia znacznych nawet obszarów konsensusu społecznego, w ramach którego akceptacja społeczna dotyczy także kryminalizacji określonych zachowań, zaś prawo karne służy realizacji szerszego interesu społecznego”⁸². Nie stoi także na przeszkodzie realizacji przez prawo karne funkcji zabezpieczającej, posadowionej na niebezpieczeństwie sprawcy, w jakimś zakresie respektującej uwikłania jednostki wykazujące daleko idące powinowactwo do determinizmu.

5. Płaszczyzna dogmatyczna a spory o istotę prawa karnego

Na płaszczyźnie dogmatycznej analizy dotyczące zagadnień podstawowych związanych z funkcjami i celami prawa karnego ograniczone są charakterem wykorzystywanej w tym obszarze metody. Niezależnie od

⁷⁷ Zob. R. Posner, *Ekonomiczna...*, s. 31 i n.

⁷⁸ R. Witt, A. Dyrden Witte, *Odstraszanie...*, s. 141 i n.

⁷⁹ E. Carlisle, E. Moody, *Ekonometryczna...*, s. 235 i n.

⁸⁰ Zob. R.A. Duff, *Karanie...*, s. 21 i n.

⁸¹ Zob. A. Ashworth, *Kryteria...*, s. 143 i n.; S. Rex, *Proporcjonalność...*, s. 89 i n.

⁸² J. Utrat-Milecki, *Podstawy...*, s. 23 i n.; K. Krajewski, *Teorie...*, s. 142.

tego, czy podstawą analiz uczyni się metodę formalno-dogmatyczną, metodę analizy normatywnej czy podejście mieszane⁸³, obejmujące obie wskazane wyżej metody czasami uzupełniane przez elementy metody historycznej, prawnoporównawczej i empirycznej, rozważania dotyczące podstaw i uzasadnienia karania napotykaają na swoiste przeszkody związane z aspektem ustalenia katalogu dóbr zasługujących na ochronę prawnokarną, uporządkowania ich w określonej hierarchii, wreszcie możliwości argumentowania na płaszczyźnie elementów konstrukcyjnych związanych z założeniami ogólnymi oraz właściwościami przepisów typizujących. Podejście formalno-dogmatyczne ma co do zasady charakter deskryptywny, służy racjonalnej rekonstrukcji zakodowanych w ustawie wzorców odpowiedzialności karnej. Jego granice wyznacza z jednej strony zgodność z aktualnie przyjmowanym paradygmatem, z drugiej wykładnia adaptacyjna, prokonstytucyjna i w zgodzie z konstytucją, wreszcie pojemność określonych modeli i teorii przyjmowanych w nauce prawa karnego. W tym zakresie podejście formalno-dogmatyczne może racjonalizować rekonstrukcję ustawowych podstaw odpowiedzialności, niejednokrotnie jednak pozostaje całkowicie bezbronne w zderzeniu ze zmianą antropologicznych, filozoficznych i kryminologicznych założeń odpowiedzialności karnej, powiązanych z określonym sposobem ujmowania charakteru ładu społecznego⁸⁴. W każdym ze wskazanych obszarów możliwe są, co sygnalizowano już powyżej, odmienne podejścia, czasami skrajnie przeciwstawne. Ich wybór determinuje w istotnym zakresie sposób prowadzenia rekonstrukcji na płaszczyźnie dogmatycznej. Z konstrukcyjnego i modelowego punktu widzenia możliwe jest racjonalizowanie odpowiedzialności o różnych zakresach, funkcjach i celach, czego najlepszym przykładem mogą być dogmatyczne i teoretyczne analizy uzasadniające stale rozrastający się zakres kryminalizacji na przedpolu naruszenia dobra prawnego⁸⁵. Brak klarownych wskazówek co do sposobu określania katalogu chronionych przez prawo karne dóbr, prymatu elementów wolnościowych (liberalnych) lub wspólnotowych (komunitarnych), założeń konsensualnej lub konfliktowej wizji

⁸³ Co do metodologicznych aspektów analiz prowadzonych na płaszczyźnie dogmatycznej zob. P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 45 i n.

⁸⁴ Trafnie kwestie te analizuje J. Giezek, *W poszukiwaniu...*, s. 24 i n.

⁸⁵ Zob. m.in. D. Gruszecka, *Ochrona...*, s. 12 i n.; S. Tarapata, *Dobro...*; P. Kardas, *O osobliwościach...*, s. 1–19.

ładu społecznego, powoduje, że płaszczyzna dogmatyczna w niewielkim stopniu może okazać użyteczna w obszarze sporów dotyczących podstaw odpowiedzialności i modelu prawa karnego⁸⁶. Rozważania na płaszczyźnie dogmatycznej mogą stanowić podstawę analizy dotyczącej kształtu aktualnie obowiązujących rozwiązań, ich porównania do regulacji obowiązujących poprzednio, wskazywania na pewne tendencje i cechy charakterystyczne dla poszczególnych modeli prawa karnego, w tym w szczególności charakterystycznych dla systemów autokratycznych, totalizujących i demokratycznych⁸⁷. W tym zakresie mogą też stanowić podstawę ocen formułowanych w odniesieniu do aktualnie obowiązującego systemu prawa karnego⁸⁸. Z perspektywy celu i funkcji prawa karnego, w szczególności zaś charakteru chronionych dóbr prawnych, płaszczyzna dogmatyczna umożliwi prowadzenie analiz systemowych. Obejmujących m.in. rozważania dotyczące przyjmowanej hierarchii chronionych wartości, wewnętrznej spójności, wewnętrznej proporcjonalności⁸⁹. Pozwala także, przy wykorzystaniu koncepcji wykładni prokonstytucyjnej i wykładni w zgodzie z konstytucją ewaluować spójność regulacji zawartych w ustawie karnej z regułami i zasadami konstytucyjnymi. Trzeba jednak pamiętać, że w tym obszarze istotną rolę odgrywają przyjmowane założenia w zakresie filozofii politycznej, rzutujące na sposób interpretacji konstytucji. Zmiana podejścia w tym obszarze, w szczególności zaś odrzucenie koncepcji liberalnych, skutkować może odmiennym odczytaniem reguł i zasad konstytucyjnych, a w konsekwencji inną oceną regulacji przyjętych w ustawie karnej.

Analizy prowadzone na płaszczyźnie dogmatycznej nie stwarzają jednak dostatecznych podstaw do kategorycznego zanegowania określonego typu rozwiązań kryminalno-politycznych jako niedających się pogodzić z określonym podejściem dogmatycznym, nietrafnych czy też podlegających generalnej falsyfikacji. W niewielkim stopniu, o ile

⁸⁶ Interesujące rozważania dotyczące ograniczeń analizy dogmatycznej w zakresie sporów dotyczących podstaw odpowiedzialności karnej, w tym możliwości wykorzystywania ujęć modelowych i konstrukcji dogmatycznych dla uzasadniania przeciwstawnych stanowisk prezentuje J. Giezek, *W poszukiwaniu...*, s. 24 i n.

⁸⁷ Zob. w tym zakresie interesujące rozważania A. Zolla, *Konstytucyjne...*, s. 219 i n. Zob. też J. Giezek, *Funkcje...*, s. 185 i n.

⁸⁸ W taki też sposób rozumieć należy prezentowane czasami stanowisko wskazujące, że określone zmiany wprowadzone do systemu prawa karnego cofają system o 50 lat, do systemu prawa karnego państwa realnego socjalizmu.

⁸⁹ Zob. w tym zakresie A. Ashworth, *Kryteria...*, s. 133 i n.

w ogóle umożliwiają odnoszenie się do kwestii funkcji i celów prawa karnego. W tym zakresie płaszczyzna dogmatyczna nie stanowi przydatnego narzędzia dla wartościowania cech charakterystycznych określonego modelu prawa karnego. Oczywiście nie oznacza to braku możliwości przedstawiania krytycznych uwag odnoszących się do niespójności systemowych, wadliwości konstrukcyjnych, nieadekwatności modelowej, braku wewnętrznej koherencji etc. Są to jednak elementy konstrukcyjne, nieodnoszące się do sposobu ukształtowania podstaw i celów odpowiedzialności karnej. Można konstatować, że płaszczyzna dogmatyczna pozwala oceniać określone rozwiązania z perspektywy aktualnego paradygmatu interpretacyjnego, mającego podstawowe znaczenie dla prawidłowego ukształtowania procesu stanowienia prawa⁹⁰. Pozwala także na wyznaczenie granicy aktywności prawodawcy, jeśli tylko przyjmie się założenie, że stanowienie prawa jest elementem kultury prawnej. W tym kontekście warto przypomnieć, że:

kultura prawna jest swoistym środowiskiem prawa stanowionego. (...) Jest autonomiczna wobec władzy prawodawczej i upomina się o autonomię prawa. Zasady i reguły, które się na nią składają, chronią fundamentalne wartości prawa, takie jak pewność, jawność, zaufanie w stosunkach między prawodawcą a adresatami stanowionych przez niego norm oraz chronią zdolność do kształtowania ładu społecznego. Jest zatem cennym dobrem. Wspólnota prawnicza, mimo że ją współtworzy, nie jest powołana, by dobrem tym dysponować, lecz by go strzec. Jesteśmy, jak prawnicy, przede wszystkim kustoszami kultury prawnej⁹¹.

Płaszczyzna dogmatyczna stwarza także pewne możliwości korygującej wykładni zapobiegającej nadmiernej represyjności w oparciu o rozwiązania ogólne, w tym w szczególności zasady, dyrektywy i reguły określenia konsekwencji przypisania odpowiedzialności karnej. W tym obszarze akceptowana na płaszczyźnie dogmatycznej zasada winy w jej aspekcie limitującym, a także zasada proporcjonalności i zasłużonej kary, jako wyznacznik stopnia dolegliwości, których nie powinien bez rażącego naruszenia prawa przekraczać sąd stosujący represję, mogą okazać się nad wyraz użyteczne⁹². Trzeba jednak pamiętać, że wszystkie

⁹⁰ Zob. w tej kwestii niezwykle ważne uwagi S. Wronkowskiej, M. Zielińskiego, *O korespondencji...*

⁹¹ S. Wronkowska, *O stanowieniu...*, s. 15. Zob. też A. Grabowski, *Wprowadzenie...*, s. 23 i n.

⁹² Zob. w tej kwestii P. Kardas, *Zasady...*

te zabiegi mają w istocie charakter korygujący, co sprawia, że aktualizują się na etapie wykładni i stosowania prawa, nie zaś na etapie debat o jego kształcie związanym integralnie z procesem jego stanowienia.

6. Płaszczyzna teoretyczna a spory o istotę prawa karnego

Na płaszczyźnie teoretycznej możliwości oceny systemu prawa karnego w perspektywie podstaw odpowiedzialności także stanowić może podstawę do racjonalizacji debat o funkcjach i celach prawa karnego. Analizy teoretyczne w prawie karnym odnoszą się do kwestii związanych z kształtem poszczególnych regulacji, możliwości i sposobu wykorzystywania określonych konstrukcji dla charakterystyki podstaw odpowiedzialności, oceny spójności przyjmowanych rozwiązań. Teoria prawa karnego to przestrzeń, w której poszukuje się odpowiedzi na pytanie o sens, podstawę i zakres odpowiedzialności karnej w zakresie rozmaitych przejawów ludzkiego zachowania, uzasadnienie kształtowania podstaw tej odpowiedzialności, cel i sens represji. Ma znaczenie z perspektywy niezwykle istotnych w zakresie współczesnych debat o prawie karnym aspektów odpowiedzialności za zachowania nienaruszające dobra prawnego oraz niestwarzające konkretnego zagrożenia naruszeniem, a więc kryminalizacji na tzw. przedpolu naruszenia. Z punktu widzenia populizmu penalnego oraz koncepcji zarządzania przez represję stanowiącego jeden z istotniejszych instrumentów umożliwiających kryminalizację opartą na aspektach formalnych. Uproszczoną co do konstrukcji znamion, a w konsekwencji wymogów dowodzenia, zastępczą co do istoty, radykalnie ograniczającą możliwość wykorzystywania w zakresie oceny jednostkowych przypadków narzędzi tzw. sprawiedliwości korygującej. W tym zakresie analizy teoretyczno-prawne stanowić mogą podstawę do oceny rozmaitych proponowanych rozwiązań kryminalizacyjnych, w tym obrazowania ich wewnętrznych i zewnętrznych systemowych konsekwencji.

Określone podejście teoretyczne może stanowić uzasadnienie dla postulatów dotyczących zakresu karalności w sferze stadiów i form popełnienia przestępstwa, możliwości wykorzystywania narzędzi korygujących. Oceny zasadności przenoszenia podstaw odpowiedzialności w obszarze form popełnienia przestępstwa, w tym w szczególności niezwykle popularnej wśród zwolenników zwiększania represyjności

metody „usprawczania” klasycznie i teoretycznie należących do sfery „niesprawczej” form popełnienia przestępstwa. Może również okazać się pomocne przy poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie o granicę odpowiedzialności karnej związaną z wiekiem sprawcy, a więc konwencjonalnie wyznaczanym progiem dojrzałości, którego przekroczenie warunkuje zdolność do zawinienia. Podejście teoretyczne stwarza również możliwości prezentowania całościowej wizji prawa represyjnego, w tym obejmującej jego podstawowe cele i funkcje. Umożliwia wykorzystywanie zasady proporcjonalności w jej relatywnej i materialnej funkcji, jako jednego z kryteriów współwyznaczających racjonalny, odpowiadający teoretycznym założeniom, zakres odpowiedzialności karnej. Na płaszczyźnie teorii prawa karnego można konkretyzować i priorytetyzować funkcje prawa karnego, poszukiwać wzajemnej relacji pomiędzy paradygmatyczną reakcją na wynikające z popełnionego przestępstwa zło a realizacją celów użytecznych i pragmatycznych, w tym mających na celu zagwarantowanie bezpieczeństwa społecznego, odstraszenia, a także poszukiwania kryteriów służących ocenie efektywności prawa karnego.

W niewielkim stopniu jest jednak przydatne tam, gdzie spory o kształt prawa karnego opierają się na wyborach modeli antropologicznych, wizji ładu społecznego, wreszcie filozofii politycznej, w tym w szczególności preferencji dla liberalnego lub wspólnotowego i paternalistycznego postrzegania wspólnoty społecznej. Nie przynosi z sobą wsparcia także wówczas, gdy spory dotyczą wyboru chronionych przez prawo karne wartości, sposobu ich ochrony czy oparcia regulacji z zakresu prawa represyjnego na określonej wizji społeczeństwa i prawa.

7. Zamiast podsumowania

Przedstawione wyżej uwagi zdają się wskazywać, że współczesne debaty dotyczące kształtu prawa karnego prowadzić warto z uwzględnieniem wszystkich wskazanych wyżej aspektów. Spojrzenie całościowe, dostrzegające rozmaite aspekty karania, w tym społeczne oczekiwania, niejednokrotnie rozbudzone instrumentalnie i nieracjonalne, pozwala zobrazować konsekwencje nadmiernej punitowności i populistycznego zarządzania przez represję, wspieranego koncepcją prawa karnego wroga. Nie tyle arbitralnie kwestionując społeczne oczekiwania do zapewnienia poczucia bezpieczeństwa poprzez drakońską represję,

co obrazując, że chwilowe poczucie satysfakcji z tak ukształtowanego prawa karnego wkrótce musi ustąpić dysonansowi poznawczemu wynikającemu z obserwacji społecznych konsekwencji zarządzania przez represję⁹³. W konsekwencji stwarzając podstawy do akceptacji dla wielofunkcyjnego i zróżnicowanego systemu prawa karnego, przewidującego podstawy do adekwatnej reakcji na zróżnicowane przypadki. Stanowiącego instrument rozwiązywania konfliktów wynikających z popełnienia przestępstwa, w sposób zróżnicowany, nieodrzucający konsensualizmu, umożliwiającego reagowanie bez potrzeby symbolicznego potępienia sprawcy i przypisania odpowiedzialności karnej⁹⁴. Zarazem opartego na dostrzeżeniu, że w każdej z perspektyw i wizji człowieka oraz struktury społecznej represja wymierzana jest jednostce, co powoduje, że niezależnie od preferencji nie sposób znaleźć uzasadnienia dla instrumentalnego stosowania prawa karnego w sposób charakterystyczny dla nurtu penalnego populizmu⁹⁵.

Powyższe pozwala na konkluzję, że radykalne i oparte na alternatywie rozłącznej przeciwieństwo prawa karnego postrzeganego jako instrument ochrony wartości albo narzędzie społecznego zarządzania przez represję trudno uznać za zasadne. Współczesne prawo karne jest bowiem mocno zróżnicowane, wielofunkcyjne i oparte w różnych jego obszarach na odmiennych założeniach filozoficznych, teoretycznych, modelowych i kryminologicznych. Służy także rozmaicie rozumianym celom kryminalno-politycznym. Ta różnorodność, w tym komplementarne podejście do przeciwstawnych założeń, modeli oraz teorii, pozwala przyjąć, że wizja społeczeństwa przenikniętego różnego rodzaju konfliktami społecznymi oraz prawa karnego wykorzystywanego jako narzędzie ich rozstrzygania nie wyklucza istnienia znacznych obszarów społecznego konsensusu, w ramach którego akceptacja społeczna

⁹³ Zob. w tym zakresie instruktywne uwagi B. Obamy, *The President's...*, s. 812 i n.

⁹⁴ Zob. P. Wiliński, *Zarys...*, s. 220 i n.; P. Kardas, *Zarządzanie...*, s. 23 i n.

⁹⁵ Interesującą płaszczyzną krytyki podejścia populistycznego może być ekonomiczna teoria prawa karnego wskazująca na potrzebę przestrzegania relacji pomiędzy dolegliwością kary wymierzonej za określonego typu zachowania a celem w postaci efektywnego odstraszenia. Trafnie wskazuje R. Posner, że: „gdyby zwiększono karę za kradzież rowerów do wysokości kary za kradzież samochodów, liczba kradzieży samochodów by się zwiększyła. Ponadto, nawet gdyby wszystkie przestępstwa karano z taką samą surowością, to nadal zachowana zostałaby pewna część odstraszenia krańcowego (...). Mając to na uwadze, odstraszenie krańcowe nie powinno być raczej decydującym czynnikiem przy projektowaniu systemu kar” – R. Posner, *Ekonomiczna...*, s. 41.

odnosi się do podstaw i zakresu kryminalizacji określonych zachowań. We współczesnym prawie karnym współlistnieją rozwiązania oparte na założeniach indeterministycznych, gdzie podstawą sankcji jest osobista wina sprawcy, rozumiana jako zarzucalność podjętego przez niego zachowania oraz rozwiązania oparte na założeniach bliskich determinizmowi, gdzie podstawą określonego sposobu reagowania na zachowania sprzeczne z prawem jest niebezpieczeństwo stwarzane przez sprawcę. Elementom symbolicznego potępienia i instytucjonalnego przypisania, realizującym także funkcje komunikacyjne, towarzyszą rozwiązania umożliwiające konsensualne, oparte na porozumieniu sprawcy i pokrzywdzonego rozwiązania konfliktu wynikającego z popełnienia przestępstwa. Zasadniczo współczesne prawo karne służy do ochrony społecznie cennych wartości, co do których uzyskano społeczną akceptację, w zakresie społecznie aprobowanym, uwzględniającym zasadę wewnętrznej (materialnej) oraz zewnętrznej (relatywnej) proporcjonalności. Realizuje jednak także inne funkcje, w tym kompensacyjną oraz zabezpieczającą. W istotnym zakresie jest instrumentem społecznej kontroli i zarządzania, zwłaszcza konfliktem wynikającym z faktu popełnienia przestępstwa. Służy zapobieganiu przestępstw w przyszłości, oddziałując za pomocą instrumentów zróżnicowanych, zarówno poprzez wzmacnianie przekonania istnienia norm zakazujących i nakazujących określonych zachowań, mające na celu perswazyjne pozytywne oddziaływanie prowadzące do internalizacji norm i wzmocnienia przestrzegania prawa, jak i za pomocą wpływania na przyszłe postawy poprzez karę, zarówno tę przewidzianą jako zagrożenie za poszczególne rodzaje zachowań, jak i tę wymierzaną w jednostkowych przypadkach, a więc poprzez odstraszenie. Nie jest jednak, albowiem z wielu względów filozoficznych, teoretycznych, konstytucyjnych, ekonomicznych i pragmatycznych być nie może narzędziem zarządzania przez represję w interesie władzy. Taki sposób kształtowania i stosowania prawa karnego, naruszający wszystkie zasady przyjmowane w prawie karnym niezależnie od preferencji dla określonej filozofii prawa karnego oraz podejścia kryminologicznego, może bowiem działać krótkoterminowo. W dłuższej perspektywie wywołuje wyłącznie negatywne konsekwencje, zarówno w sferze społecznej i jednostkowej, jak i w odniesieniu do wykorzystujących instrumentalnie prawo karne przedstawiciele władzy lub określonych grup społecznych. Prowadzi do atrofii norm, paradoksalnie zwiększa

tendencję do ich nieprzestrzegania, co zasadnie wskazują zwolennicy podejścia ekonomicznego do prawa karnego⁹⁶. Powoduje w dłuższej perspektywie wzrost poziomu przestępczości w tym zakresie, w którym jest wykorzystywane jako nadmiernie surowa, nieproporcjonalna, wręcz drakońska reakcja na popełnienie przestępstwa, której zasadniczym celem jest generalno-prewencyjne oddziaływanie poprzez odstraszenie. Innymi słowy – zarządzanie przez represję. W takim ujęciu prawo karne nie jest także efektywnym narzędziem społecznej kontroli. Nie realizuje zatem żadnej z przypisywanych mu w różnych podejściach filozoficznych i kryminologicznych funkcji.

Konkludując, można, w zakresie trzech stanowiących przedmiot rozważań kwestii, stwierdzić, że:

- 1) nauka prawa karnego, obejmująca płaszczyznę: dogmatyczną, teoretyczną i filozoficzną, może stanowić płaszczyznę dostarczającą przesłanek i argumentów pomocnych w rozstrzygnięciu współczesnych dylematów,
- 2) prezentowane w nauce prawa karnego oraz kryminologii ujęcia są nie tyle przeciwstawne i radykalnie konkurencyjne, co komplementarne, zawierając w złożonym zestawie założeń i twierdzeń szereg elementów komplementarnych,
- 3) nie zachodzi rzeczywiste i radykalne przeciwieństwo pomiędzy postrzeganiem prawa karnego jako instrumentu służącego ochronie wartości a traktowaniem prawa karnego jako narzędzia zarządzania konfliktami społecznymi. Prawo karne pełni po części obie wskazane wyżej funkcje, z tym koniecznym zastrzeżeniem, że istnieją racjonalne przesłanki ograniczające możliwość wykorzystywania prawa karnego w sposób instrumentalny jako narzędzia zarządzania przez represję w interesie władzy lub określonych grup społecznych.

Summary

The study is devoted to an attempt to determine whether the analyses carried out at the level of the philosophy, theory, and dogmatics of criminal law, as well as the approaches presented in the various criminological theories can be used in debates about the goals and functions of modern criminal law. The analyses carried out are based on the reconstruction of the current state of criminal law, dominated in many countries by penal

⁹⁶ Zob. R. Posner, *Ekonomiczna...*, s. 31 i n.

populism. The coincidence of the repressiveness characteristic of the populist approach subordinated to the implementation of the concept of extreme deterrence, with the position of the legal elite as to the goals and functions of criminal law, illustrates the state of tension and crises in which contemporary repressive law has found itself. The image of the public debate, characterized by the unambiguity of positions combined with the lack of perceptual openness to the views presented by the proponents of opposing approaches, provides a premise for the search for rational and verifiable arguments in disputes over the shape of criminal law. Given the limitations of the dogmatics of criminal law in the sphere of disputes about values, anthropological vision, and model of social structure make it reasonable to search for premises that order the debate about criminal law on other levels. In this regard, the study presents the systemic approaches presented in the philosophy of criminal law combined with an attempt to justify that complementary elements can be seen in them. Complementing the philosophical perspective is the perspective of criminal law theory, on which one can also find elements that are part of the universal approach to repressive law. Adding to this picture modern criminological theories, the study presents the thesis that modern criminal law serves multiple and sometimes opposing functions justified by reference to other assumptions and models of social structure. The multifunctionality of modern criminal law makes it unreasonable to refer to the dichotomy capturing alternatively the functions and goals of criminal law either as an instrument for the protection of socially valuable values or as a tool of management by repression. The text seeks to justify the position that modern criminal law performs, in part, both functions indicated above. At the same time, there are opportunities to rationally limit the instrumental use of criminal law as a tool of management by repression in the interests of power and certain social groups. The science of criminal law, encompassing the following perspectives: dogmatic, theoretical, and philosophical, can be a ground that provides premises and arguments to help resolve contemporary dilemmas. In particular, when it is seen that the approaches presented in the science of criminal law and criminology are not so much of an opposing and radically competitive nature, but are in fact complementary in a fundamental aspect, containing a complex set of assumptions and claims that allow for a holistic approach to the criminal law system.

Keywords

retributivism, anti-naturalism, neo-retributivism, penal populism, populist policies, functions of criminal law, goals of criminal law, economic theory of criminal law, positivism, goals of criminal law, social control, conflict resolution, management by repression, protection of values

Bibliography

- Aktualne problemy i perspektywy prawa karnego*, red. M. Mozgawa, P. Poniatowski, K. Wala, Warszawa 2022.
- Anselmi M., *Penal Populism in the Multi-populist Context of Italy in Paul Blokker and Manuel Anselmi, Multiple Populism. Italy as Democracy's Mirror*, London 2019.

- Ashworth A., *Kryteria ustalania proporcjonalności wyroku*, „Ius et Lex” 2006, vol. 1, nr IV.
- Ashworth A.J., *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press 1995.
- Barczak-Oplustil A., Górowski W., Iwański M., Małecki M., Mamak K., Zontek W., Tarapata S., *Opinia w sprawie uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej na 12 posiedzeniu ustawy z 4.06.2020 o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 (druk senacki nr 142)*, „kipk.pl” z 15 czerwca 2020 r., < <https://kipk.pl/ekspertyzy/opinia-w-sprawie-uchwalonej-przez-sejm-rzeczypospolitej-polskiej-na-12-posiedzeniu-ustawy-z-dnia-4-czerwca-2020-r-o-doplatach-do-oprocentowania-kredytow-bankowych-udzielanych-na-zapewnienie-plynnosci/> >.
- Barczak-Oplustil A., Górowski W., Iwański M., Małecki M., Zontek W., Tarapata S., Wróbel W., *Opinia do uchwały Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 maja 2019 r. w sprawie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej na 81. posiedzeniu w dniu 16 maja 2019 r.*, „kipk.pl” z 9 czerwca 2019 r., < <https://kipk.pl/ekspertyzy/opinia-do-uchwaly-senatu-rzeczypospolitej-polskiej-z-dnia-24-maja-2019-r-w-sprawie-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-karny-oraz-niektorych-innych-ustaw-uchwalonej-przez-sejm-rzeczypospolitej/> >.
- Barczak-Oplustil A., Małecki M., Tarapata S., Iwański M., *Populistyczna nowelizacja prawa karnego. Ustawa z 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 762)*, „kipk.pl” z 19 lipca 2022 r., < <https://kipk.pl/ekspertyzy/populistyczna-nowelizacja-prawa-karnego/> >.
- Barczak-Oplustil A., Pyrcak-Górowska M., *Wprowadzenie*, w: *Środki zabezpieczające. Ujęcie systemowe*, red. A. Barczak-Oplustil, M. Pyrcak-Górowska, A. Zoll, Kraków 2021.
- Buchała K., *Koncepcje polityki kryminalnej w pracach Bronisława Wróblewskiego*, „Studia Prawnicze” 1983, nr 3.
- Carlisle E., Moody E., *Ekonometryczna analiza poziomu przestępczości: więzienia, przestępczość o równania współzależne*, „Ius et Lex” 2007, vol. 1, nr V.
- Curato N., *Politics of Anxiety, Politics of Hope: Penal Populism and Duterte’s Rise to Power*, „Journal of Contemporary Southeast Asian Affairs” 2016, nr 35 (3).
- Dąbrowska-Kardas M., *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012.
- Derek M., *Karnoprawne znacznie woli dzierżyciela dobra prawnego*, Kraków 2021.
- Duff R.A., *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” 2006, vol. 1, nr IV.
- Duff R.A., *Towards a modern legal moralism*, „Criminal Law and Philosophy” 2014, t. 8, nr 1.
- Feinberg J., *The Moral Limits of the Criminal Law; vol. I: Harm to Others*, Oxford University Press 1987.
- Feinberg J., *The Moral Limits of the Criminal Law; vol. II: Offense to Others*, Oxford University Press 1985.
- Feinberg J., *The Moral Limits of the Criminal Law; vol. III: Harm to Self*, Oxford University Press 1986.

- Feinberg J., *The Moral Limits of the Criminal Law*; vol. VI: *Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press 1988.
- Garland D., *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Oxford University Press 1990.
- Garland D., *The Culture of Control*, Chicago 2001.
- Giezek J., *Funkcje prawa karnego w autorytarnym systemie sprawowania władzy*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2021, nr 43/1.
- Giezek J., *W poszukiwaniu podstaw odpowiedzialności we współczesnym prawie karnym oraz możliwości ich naukowego uzasadnienia*, w: *Aktualne problemy i perspektywy prawa karnego*, red. M. Mozgawa, P. Poniatowski, K. Wala, Warszawa 2022.
- Grabowski A., *Wprowadzenie*, w: *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, Kraków 2012.
- Gruszecka D., *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012.
- Gutowski M., Kardas P., *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017.
- Harcourt B.E., *Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between the Moral Limits of the Criminal Law and the Expressive Function of Punishment*, „Buffalo Criminal Law Review” 2001, vol. 5.
- von Hirsch A., *Uzasadnienie istnienia u wymiaru kary we współczesnym retributywizmie*, „Ius et Lex” 2006, vol. 1, nr IV.
- Jakobs G., *Buergerstrafrecht und Feindestrafrecht*, w: *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure – An anthology in memory of Professor Fu-Tsen Hung*, Taipei 2003.
- Jakobs G., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Padeborn 2004.
- Jakobs G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin – New York 1993.
- Kardas P., *O osobliwościach przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, „Państwo i Prawo” 2022, nr 11.
- Kardas P., *Ochrona wartości czy zarządzenie przez represję. Czy teoria prawa karnego i współczesne koncepcje kryminologiczne mogą stanowić źródło argumentów w sporach dotyczących kształtu prawa karnego?*, złożone do druku w Księdze Jubileuszowej Profesora Krzysztofa Krajewskiego.
- Kardas P., *Prawo karne w świetle standardów konstytucyjnych*, „Państwo i Prawo” 2022, nr 10.
- Kardas P., *Współczesne koncepcje ujmowania podstaw odpowiedzialności karnej oraz ich wpływ na stanowienie i stosowanie praw*, w: *Aktualne problemy i perspektywy prawa karnego*, red. M. Mozgawa, P. Poniatowski, K. Wala, Warszawa 2022.
- Kardas P., *Zarządzanie konfliktem*, Kraków 2019.
- Kardas P., *Zasady i dyrektywy sądowego wymiaru kary w kontekście proponowanych zmian normatywnych*, w: *Księga Jubileuszowa Profesor Violety Konarskiej-Wrzosek* (w druku).
- Kaufman W.R.P., *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*, Dordrecht – Heidelberg – New York – London 2013.

- Kochanowski J., *Ekonomiczne podejście do przestępczości*, „Ius et Lex” 2007, vol. 1, nr V.
- Krajewski K., *Sens i bezsens prohibicji. Prawo karne wobec narkotyków i narkomanii*, Kraków 2001.
- Krajewski K., *Teorie kryminologiczne a prawo karne*, Warszawa 1994.
- Królikowski M., *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005.
- Nowacki J., *Problem moralnej indyferentności przepisów prawa pozytywnego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego, Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1966, seria I, z. 47.
- O'Malley P., *Crime and Risk*, London 2010.
- Obama B., *The President's Role in Advancing Criminal Justice Reform*, „Harvard Law Review” 2017, nr 3, vol. 130.
- Oświadczenie z dnia 15 czerwca 2019 r. w sprawie komunikatu zamieszczonego na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości dnia 15 czerwca 2019 r.: „Ministerstwo Sprawiedliwości pozywa profesorów Uniwersytetu Jagiellońskiego za kłamstwo”, oświadczenie Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego z 15 czerwca 2019 r., < <https://kipk.pl/ekspertyzy/oswiadczenie-z-dnia-15-czerwca-2019-r-w-sprawie-komunikatu-zamieszczonego-na-stronie-ministerstwa-sprawiedliwosci-dnia-15-czerwca-2019-r-ministerstwo-sprawiedliwosci-pozywa-profesorow-uniw/> >.
- Posner R., *Economic Analysis of Law*, New York 1998.
- Posner R., *Ekonomiczna teoria prawa karnego*, „Ius et Lex” 2007, vol. 1, nr V.
- Pratt J., Miao M., *The end of penal populism; the rise of populist politics*, „Archiwum Kryminologii” 2019, t. XLI, nr 2.
- Pratt J., *Penal Populism*, New York 2007.
- Rex S., *Proporcjonalność i resocjalizacja. Szanse na pojednanie*, „Ius et Lex” 2006, vol. 1, nr IV.
- Stelmach J., Brożek B., Załuski W., *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007.
- Stelmach J., *Próba systematyzacji treści moralnych występujących w polskim kodeksie karnym z 1969 roku*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Nauk Politycznych” 1979, nr 12.
- Szczucki K., *W poszukiwaniu legitymizacji etycznej zasad karnej*, Warszawa 2020.
- Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa*, Warszawa 2016.
- Utrat-Milecki J., *Podstawy penologii. Teoria kary*, Warszawa 2006.
- Wąsek A., *Prawo karne – minimum moralności?*, „Annales UMCS Lublin” 1984, t. XXXI, nr 3, Sectio G.
- Wiliński P., *Zarys teorii konfliktu w prawie karnym*, Warszawa 2020.
- Wronkowska S., *O stanowieniu i ogłaszaniu prawa oraz o kulturze prawnej*, „Państwo i Prawo” 2007, vol. LXII, nr 4.
- Wronkowska S., Zieliński M., *O korespondencji dyrektyw redagowania i interpretacji tekstu prawnego*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 3–4.
- Wróbel W., *Prawo karne a standardy konstytucyjne*, w: *Aktualne problemy i perspektywy prawa karnego*, red. M. Mozgawa, P. Poniatowski, K. Wala, Warszawa 2022.
- Wróblewski B., *Prawo karne a moralność. Szkoła humanistyczna prawa karnego*, Warszawa, Biblioteka „Gazety Administracji i Policji Państwowej”, t. V, B.d.w.
- Wróblewski B., *Studia z dziedziny prawa i etyki*, Wilno 1934.

Piotr Kardas

Zalewski W., *Contrology and Criminal Law: Genesis, Current State, Perspectives*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, vol. 30, no 2.

Załoski W., *Law and Evil. The Evolutionary Perspective*, Cheltenham 2018.

Zoll A., *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, w: *System Prawa Karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011.

Zoll A., *O Normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990.