

Michał PENO\*

## Czy kar jest za dużo? Wokół Douglasa Husaka koncepcji kryminalizacji

### 1. Uwagi wprowadzające

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie uwag i krytycznej refleksji nad koncepcją kryminalizacji sformułowanej przez Douglasa Husaka<sup>1</sup>. Zagadnienie wydaje się być interesujące co najmniej z dwóch powodów.

Po pierwsze, określenie granic prawa karnego stanowi jedno z tych wyzwań filozofii i nauki prawa karnego, które jest stale aktualne i w gruncie rzeczy wymaga ciągłego szczegółowego opracowywania. Prawo karne, mimo że deklaruje się w literaturze przedmiotu obowiązywanie zasady *ultima ratio* w jego tworzeniu, pozostaje albo instrumentem służącym celom czy interesom politycznym, albo instrumentem przeciwdziałania tym problemom społecznym, których kara rozwiązać nie może<sup>2</sup>. Poza tym niekiedy przypisuje się prawu karnemu zadania takie, jakie mieć powinna szeroko pojęta edukacja moralna wsparta odpowiednią polityką społeczną (w tym zwłaszcza rodzinną, terapeutyczną itd.) i troską o realizację ideałów sprawiedliwości społecznej (przeciwdziałanie wykluc-

\* Katedra Teorii i Filozofii Prawa, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Szczeciński, e-mail: [michal.peno@wpiaus.pl](mailto:michal.peno@wpiaus.pl).

<sup>1</sup> D. Husak, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford–New York 2008. Zasady kryminalizacji znalazły się głównie w rozdziale 2 i 3 i to te dwa rozdziały będą przedmiotem dalszych komentarzy.

<sup>2</sup> Zob. M. Peno, *Wybrane problemy reakcji karnej w społeczeństwie postindustrialnym. Prawo karania – sprawiedliwość – zasada ultima ratio*, „Studia Prawnoustrojowe” 2010, nr 10, s. 143–157; I.B. Nestoruk, *Zasada ultima ratio na przykładzie niemieckiego prawa karnego*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki karnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006, s. 34.

czeniu społecznemu czy ubóstwu itp.), z tą oczywistą różnicą, że etyka dopuszcza pluralizm wartości i poglądów, a prawo karne operuje kategorią przestępstwa opartą na prawie pozytywnym, tworzonym przez rządy, które nierzadko przypisują sobie monopol na wiedzę o dobru i złu oraz sposobie czy kierunku kształtowania postaw społecznych. Oddaje to nieco eufemistyczna myśl pojawiająca się w naukach politycznych, że to aktualny rząd dokonuje interpretacji i wyznacza kierunek realizacji interesu publicznego czy społecznego<sup>3</sup>. W zależności od przyjętej optyki interes ten może być postrzegany jako liberalny, komunitarystyczny czy konserwatywny, a przy tym mniej lub bardziej odpowiadać interesom poszczególnych obywateli<sup>4</sup>.

Po drugie, filozoficznych (czy może z pogranicza filozofii prawa) opracowań dotyczących koncepcji i granic kryminalizacji – czy w zasadzie polityki kryminalnej – jest relatywnie niewiele, a nawet jeżeli takie opracowania pojawiają się w nauce prawa czy filozofii, nie wydają się faktycznie dostatecznie oddziaływać na służby legislacyjne państwa (nie wspominając o ich wpływie na decydentów, tj. polityków)<sup>5</sup>. Stąd tak ważne jest, by na problemy te zwracać szczególną uwagę i manifestować aktywność filozofii prawa w tej dziedzinie.

Pierwszy część niniejszego artykułu ma charakter częściowo sprawozdawczy, a częściowo krytyczny. Zreferowane zostały w nim liberalne wyobrażenia polityki kryminalnej w szerszym ich intelektualnym kontekście, ale i pewne podstawowe założenia nurtów kontestacyjnych – kryminologii radykalnej, a także wzajemne relacje tych dwóch ujęć. W dalszej kolejności omówione (krytyczno-refleksyjnie) zostaną kluczowe poglądy Husaka na karanie, rozwinięte o pewne dodatkowe wątki z tym związane. W części drugiej znalazły się uwagi podsumowujące, w ramach których sformułowane zostały możliwe i konieczne uzupełnienia koncepcji Husaka. O ile koncepcja Husaka wskazuje, kiedy nie powinno się karać, o tyle w drugiej części artykułu starano się wskazać, kiedy uznanie danego czynu za przestępstwo może znaleźć uzasadnienie, uzupełniając komentowane w niniejszym artykule idee czy koncepcje. Ostatni fragment

<sup>3</sup> L. Dubel, A. Korybiński, Z. Markwart, *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, Kraków 2002, s. 27–28, 42–48, 165–168; D.D. Raphael, *Problems of Political Philosophy*, London 1989, s. 27 i n.

<sup>4</sup> L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 168–195; I. Shapiro, *The Moral Foundations of Politics*, New Haven–London 2003, s. 110 i n.

<sup>5</sup> Zob. np. J. Kulesza, *Zarys teorii kryminalizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 11–14, s. 87 i n.; Z. Ziemiński, *Teoria prawa a polityka i zasady legislacji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1994, z. 4, s. 6–12. Zob. także: L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.

wieńczy uzasadnienie potrzeby dokonania takiego uzupełnienia i wykacza w znacznym stopniu poza ramę uwag krytyczno-sprawozdawczych.

## 2. Czy kar jest zbyt dużo?<sup>6</sup>

W kręgu kultury prawnej rozciągającej się od Europy po Amerykę, sięgającej korzeniami do dorobku filozofii i wartości wyrosłych z czasów prawa rzymskiego, oświecenia i modernizmu, ujmowanie prawa karnego i karania jako racji ostatecznej (*ultima ratio*) wydaje się wyznaczać sposób myślenia o tej gałęzi prawa<sup>7</sup>. Co najmniej jednak od narodzin nurtów kontestujących nowoczesne czy klasyczne prawo karne, w tym wraz z ukonstytuowaniem się kryminologii radykalnej czy krytycznej, dostrzega się problematyczność traktowania pewnych czynów – być może społecznie szkodliwych lub złych z jakiegoś innego punktu widzenia<sup>8</sup> – jako przestępstw. Krytyce podlega zarówno arbitralność decyzji kryminalizacyjnych, odwołujących się nierzadko raczej do ideologii aniżeli racjonalności instrumentalnej czy etyki, jak i iluzoryczność kategorii przestępstwa. Za pomocą prostego zabiegu polegającego na nazwaniu jakiegoś czynu „przestępstwem” można zwiększyć liczbę przestępstw. Pobudki mogą być różne. Można grać liczbą przestępstw, chociażby chcąc realizować taką czy inną politykę, ideologię, wspierać takie czy inne grupy interesów<sup>9</sup>. Powodem krytyki kierowanej pod adresem klasycznego („zamkniętego”) prawa karnego jest oczywiście to, że prawo karne, wymagające szczególnego uzasadnienia, w coraz większym stopniu przestaje być sprawą wyłącznie państwa (tak jak i inne polityki społeczne czy aspekty działalności publicznej), stając się w coraz większym stopniu elementem funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego, działającym na zasadach takiego właśnie społeczeństwa (pojmowanego w opozycji do zdyscyplinowanego społeczeństwa państw autorytarnych czy ulegającym

<sup>6</sup> Łatwo dostrzec, że pytanie to nawiązuje do tytułu pracy N. Christie, *Dogodna ilość przestępstw*, Warszawa 2004.

<sup>7</sup> J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford 1969, s. 132 i n.; C. Kunderewicz, *Dodatek. Podstawowe zasady rzymskiego prawa karnego*, [w:] *idem*, *Rzymskie prawo prywatne*, Łódź 1995, s. 153 i n.; S. Salmonowicz, *Z wieku Oświecenia. Studia z dziejów prawa i polityki XVIII wieku*, Toruń 2001, s. 32 i n.

<sup>8</sup> Chodzi o perspektywę paternalistyczną – karanie za takie zachowania, które szkodzą samym tylko sprawcom, a pośrednio jedynie wywierają niekiedy mało istotne skutki społeczne – jak obowiązek stosowania kasków ochronnych w czasie jazdy na rowerze lub na nartach i temu podobne obowiązki, których realizacja zabezpieczona jest sankcją (choćby w prawie wykroczeń). D. Lyons, *Etyka i rządy prawa*, Warszawa 2000, s. 166–167; M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht–Boston–London 1992, s. 192–215.

<sup>9</sup> Por. N. Christie, *Dogodna...*, s. 24 i n.

znacznej administratywizacji – jak historyczne Prusy)<sup>10</sup>. Prawo karne staje się zatem częścią dialogu społecznego, dyskursu, zamiast arbitralności pojawiać ma się refleksyjność oraz responsywność państwa.

Współcześnie oczekuje się uzasadnienia decyzji kryminalizacyjnych, obciążając państwo koniecznością wykazania, że kryminalizacja jest koniecznym i jedynym możliwym rozwiązaniem określonego problemu społecznego, a do tego rozwiązaniem będącym rezultatem osiągnięcia konsensusu wieńczącego rzeczywisty dialog społeczny (zwany niekiedy dyskursem)<sup>11</sup>. Państwo nie może dekretować wartości, niczym słynny Lewiatan Tomasza Hobbesa, musi natomiast mniej lub bardziej liczyć się z opinią publiczną – przykładem może być ruch przeciwników zaostrzenia regulacji związanych z planowaniem rodziny i przerwaniem ciąży z jego faktycznym wpływem na aktywność legislacyjną państwa<sup>12</sup>. W ujęciu historycznym, za autorami krytycznymi, takimi jak Michel Foucault, można doszukiwać się wsparcia dla państwowego prawa karania w spektakularnej formie wykonywania kar – karania jako spektaklu czy aktu, na który jest społecznie zapotrzebowanie<sup>13</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że współcześnie prawo karne nie służy takim celom, a cierpienie, które było nieodłącznym elementem publicznego aktu karania (przykładem może być publiczne egzekwowanie kary śmierci czy przemarsz skazanych na galery), budzi raczej niechęć – stąd izolacja przestrzenna staje się podstawowym sposobem karania<sup>14</sup>. Zatem oddzielanie sprawców przestępstw od społeczeństwa obywateli – obywatelskiego jest sposobem karania oraz eliminowania przestępców. Nie oznacza to oczywiście, że tak powinno w istocie być.

Pojawia się przy tym pytanie, czy regulacja karna *per se* rozwiązuje jakiegokolwiek problemy, czy też jedynie generuje problemy dodatkowe – związane chociażby ze stygmatyzacją skazanych, którzy zresztą nierzadko w zakładach karnych zamiast powracać na dobrą drogę, nabierają nawyków i umiejętności właściwych światu przestępczemu. Trudno prze-

<sup>10</sup> Zob. S. Salmonowicz, *Prusy. Dzieje państwa i społeczeństwa*, Warszawa 2004, s. 393–394.

<sup>11</sup> Jest to model demokracji deliberatywnej czy partycypacyjnej, na którym opiera się większość neoklasycznych koncepcji karania. Zob. M.M. Bieczyński, *Teorie dyskursu prawniczego w niemieckiej filozofii prawa na przykładzie koncepcji Jurgena Habermasa, Karla Otto Apla oraz Roberta Alexego*, Poznań–Opole 2010, s. 14–22.

<sup>12</sup> Państwo powinno liczyć się ze stanowiskiem różnorodnie rozumianej opinii publicznej, choć rzecz jasna nie zawsze tak się w praktyce dzieje. Jest to jednak stan pożądany. Warto zwrócić uwagę, że filozofowie prawa karnego, uzasadniając karę nierzadko stosują zabieg polegający na utożsamianiu państwa z opinią publiczną i mówią o karaniu przez obywateli (jako państwo) innych obywateli (przestępców) łącznie stanowiących wspólnotę obywateli. R.A. Duff, *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 37 i n.

<sup>13</sup> Szerzej: M. Foucault, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 2009.

<sup>14</sup> Z. Bauman, *Globalizacja*, Warszawa 2000, s. 87 i n.

oczyć, że za pomocą kar nie udało się wyeliminować dotychczas zachowań w jakiś sposób potępianych i penalizowanych w zasadzie od zarania społeczeństwa państwowego (zabójstwo, zranienie kogoś, kradzież czy rozbój itd.), tym bardziej nie można zatem sądzić, że kara wyeliminuje takie zachowania, które uważane są za moralnie neutralne lub oceniane niejednoznacznie. W interesujący sposób obrazuje problematykę skuteczności prawa karnego Saul Smilansky, wskazując prakseologiczną zawodność zarówno prewencji, jak i odpłaty za czyn (w gruncie rzeczy różnica leży w celach karania, nie stosowaniu, treści czy dolegliwości kary)<sup>15</sup>. Niezależnie bowiem od tego, jak bardzo będzie się zwiększać punitywność prawa karnego, pewne przestępstwa będą popełniane, mimo skutecznego i szybkiego oraz surowego karania.

Robert Nozick z kolei podkreśla, że genetycznie prawo karne służy przeciwdziałaniu takim czynom, których ludzie powszechnie się obawiają i nie mogą w inny sposób przeciwdziałać tym czynom, właśnie za pomocą praktyki karania zapewniają sobie poczucie bezpieczeństwa (jest to zarazem uzasadnienie karania – oparte na tzw. argumentie ze strachu)<sup>16</sup>. Płynie z tego ogólna refleksja, że celem prawa karnego jest zabezpieczenie swego rodzaju poczucia bezpieczeństwa wśród obywateli, a cel ten może być zrealizowany jedynie w pewnym stopniu – pytanie oczywiście, czy jest to cel wyłączny, podstawowy, czy też jeden z wielu równorzędnych.

Już pobieżna kwerenda literatury przedmiotu dowodzi, że potrzeba uzasadnienia kary kryminalnej rodzi szczególne problemy filozoficzne, w tym nie tylko etyczne, ale i socjologiczne oraz prawne<sup>17</sup>. Uzasadnienie jest w wielu aspektach utrudnione, gdy przestępstwami czyni się zachowania moralnie ambiwalentne lub co najmniej niejednoznaczne (posiadanie broni palnej lub niewielkich ilości narkotyków czy usunięcie ciąży na odpowiednio wczesnym jej etapie itd.)<sup>18</sup>. Właśnie wobec takiej kategorii przestępstw należy wymagać podania mocnej argumentacji za ich kryminalizacją, bo nie znajdują one oparcia bezpośrednio w wartościach moralnych podzielanych przez ogół obywateli-adresatów prawa. Pierwotny wobec problemu uzasadnienia kary wydaje się więc spór wokół katalogu czynów przestępnych. Oczywiście prawo karne jest w naturalny

<sup>15</sup> S. Smilansky, *Dwa paradoksy dotyczące sprawiedliwości i surowości kary*, [w:] S. Smilansky, *10 moralnych paradoksów*, Kraków 2009, s. 54 i n.

<sup>16</sup> R. Nozick, *Philosophical Explanations*, Cambridge, Mass. 1982, rozdz. 4; A. Marmor, *Right-Based Justification of Punishment*, „Israel Law Review” 1987–1988, nr 22, s. 97–98.

<sup>17</sup> Zob. M. Peno, *Filozofia karania – od prawa naturalnego do liberalnej wolności*, „Studia Prawa Publicznego” 2015, nr 3, s. 81–111.

<sup>18</sup> Por. A. Krukowski, *Polityka kryminalna – prawo karne – moralność: związki i antynomie*, [w:] *Prawo w społeczeństwie*, red. A. Podgórecki, Warszawa 1975, s. 424 i n.

sposób przyporządkowane funkcjonowaniu wszelkich społeczności i pewne zachowania – stanowiące rdzeń prawa karnego – zazwyczaj są karane. Niejako z innej perspektywy oddaje to koncepcja minimum prawa naturalnego w ujęciu zaproponowanym przez Herberta L.A. Harta, głosząca, że jeśli prawo ma realizować funkcje, do których zostało powołane, musi liczyć się z tym, że ludzie są zdolni do krzywdzenia i oszukiwania siebie nawzajem i takim zachowaniom przeciwdziałać<sup>19</sup>. Naturalną reakcją, odpowiadającą potrzebie potocznie rozumianej sprawiedliwości, jest kara (jako zemsta, odpłata czy inna reakcja uznająca zło sprawcy i racje oraz interesy ofiary). Nie zawsze jednak stosowanie kary jest uzasadnione ochroną przed krzywdą czy koniecznością reakcji na krzywdę. Można jednak założyć, że nawet wówczas karanie w pewnych wypadkach może zostać uzasadnione (tj. możliwe jest podanie dobrych racji za stosowaniem kary). Pytanie dotyczy zaś tego, jakie racje uzasadniają karanie w dostatecznym stopniu.

Trudności z uzasadnieniem karania, zasadnicza dysfunkcyjność kary jako metody przeciwdziałania uznanym za wyjątkowo niekorzystne zjawiskom społecznym (z założenia zależnym od woli czy czynów człowieka) i koszty, jakie karanie generuje, muszą jednak prowadzić do wniosku, że przestępstw powinno być tylko tyle, ile konieczne. Być może warto zmienić optykę z pozytywnej na negatywną i stwierdzić, że przestępstw powinno być nie tyle, ile konieczne – ale tak mało, jak to tylko możliwe w społeczeństwie takim, jakie ono faktycznie jest. Wydaje się, że właśnie taką perspektywę przyjmuje Husak na potrzeby swojej koncepcji kryminalizacji<sup>20</sup>. Można więc powiedzieć, że Husak nie tyle podejmuje próbę sformułowania kompleksowej koncepcji kryminalizacji, co stara się podać (w zasadzie minimalistyczny) zbiór zasad ujmujących kryminalizację negatywnie. Filozof ten nie poszukuje bowiem odpowiedzi na pytanie o to, jakie czyny powinny być przestępstwami, lecz proponuje zasady ograniczające kryminalizację – liczbę przestępstw, tzn. zasady określające, jakie czyny i w jakich wypadkach nie powinny być przedmiotem reakcji karnej. Bez ryzyka błędu stwierdzić można, że przestępstw we współczesnych państwach jest zbyt wiele i stąd właśnie, jak sądzi Husak, wynika potrzeba określenia w sposób niejako negatywny jasnych ram czy granic kryminalizacji<sup>21</sup>. W tym sensie można zaliczyć Douglasa

<sup>19</sup> H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, rozdz. II.2; P. Kamela, *Prawo i moralność w koncepcjach H.L.A. Harta*, Toruń 2008, s. 154–167.

<sup>20</sup> D. Husak, *op. cit.*, s. 55–137.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 55–57. Zob. także: D. Garland, *Introduction: The meaning of mass imprisonment*, [w:] *Mass Imprisonment Social Causes and Consequences*, ed. David Garland, London 2001, s. 1 i n.



Husaka do tych filozofów prawa karnego, którzy krytykują obecny stan polityki kryminalnej i prawa karnego (naturalnie w warstwie ilości i jakości przestępstw, nie zaś w aspekcie dogmatycznym).

W tym kontekście nie może nie nasunąć się pytanie o relację między minimalizmem Husaka a minimalizmem penalnym jako hasłem kryminologów radykalnych czy abolicjonistów, takich jak Niels Christie<sup>22</sup>.

### 3. Nurty krytyczne i refleksyjne w filozofii karania

Cechą wspólną kontestatorów prawa karnego, z reguły usytuowanych po lewej stronie ideologii politycznej, oraz krytyków praktyki karania, będących zwolennikami filozofii liberalnej czy konserwatywnej, jest dążenie do ograniczenia liczby przestępstw<sup>23</sup>. Różnice tkwią zaś w źródłach takiego myślenia oraz środkach do osiągnięcia tego celu. Podczas gdy radykalna krytyka sięga do ideałów zorientowanej marksistowsko postmoderny (ze wszystkimi tego intelektualnymi i filozoficznymi konsekwencjami), liberałowie opowiadają się za minimalizacją liczby wszelkich regulacji prawnych, standardowo pozostawiając te jedynie, które stanowią odzwierciedlenie klasycznej millowskiej zasady szkody<sup>24</sup>. O ile do pierwszej grupy zaliczyć można skandynawskiego kryminologa Nielsa Christiego i ruch kryminologii radykalnej, o tyle do drugiej zaliczyć wypada przedstawicieli neoliberalnego nowego klasycyzmu, w tym – jak wolno sądzić – Douglasa Husaka (a także Robina Antony'ego Duffa, Joela Feinberga, Herberta Morrisa i in.)<sup>25</sup>.

Trudna do przeoczenia różnica pomiędzy radykalnie krytycznym nurtem w szeroko rozumianej filozofii prawa karnego a tym typem poglądów na prawo karne, który można określić mianem refleksyjnego, sprowadza

<sup>22</sup> Por. N. Christie, *Dogodna ilość przestępstw...*, s. 87; M. Peno, *Odpowiedzialność karna i postulat minimalizmu penalnego w kwestiach moralnych*, [w:] *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawa*, red. M. Andruszkiewicz, A. Breczko, S. Oliwniak, Białystok 2015, s. 116–126.

<sup>23</sup> Zob. A. Gaberle, *Od bezpieczeństwa prawnego do bezpieczeństwa osobistego (O kryzysie prawa karnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 5 s. 17–29;

<sup>24</sup> Szerzej zob.: D. Brink, *Mill's Moral and Political Philosophy*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), ed. E.N. Zalta, [www.plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/mill-moral-political/](http://www.plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/mill-moral-political/) (dostęp: 20.01.2018).

<sup>25</sup> Liberalno-demokratyczne ideały w polityce kryminalnej zdają się wyrażać prace: R.A. Duff, *Answering for Crime*, Oxford–Portland 2007, zwł. s. 81 i n.; J. Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, „The Monist” 1965, nr 49, s. 397–423; A. von Hirsch, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retributywizmie*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 52–55. Niejako lewą stronę reprezentować mogą poglądy takich autorów jak H. Bianchi, *Justice as Sanctuary. Toward a New System of Crime Control*, Bloomington–Indianapolis 1994, s. 15 i n.; L. Falandysz, *W kręgu kryminologii radykalnej*, Warszawa 1986, s. 8–32.

się do metody działania oraz postulowanego kierunku zmian czy reform. Pierwszy nurt czy typ poglądów uznaje przestępstwa i prawo karne jako narzędzie oddziaływania na stosunki społeczne, przyjmując, że rola prawa karnego jest zbyt duża z przyczyn systemowych, w konsekwencji dążąc do zastąpienia kategorii przestępstwa i kary odpowiednio dobranymi pojęciami z dziedziny nauk społecznych (zaczepniętych zwłaszcza z psychologii, socjologii czy bardziej wyspecjalizowanej kryminologii). Drugi z nurtów dostrzega ten sam problem, lecz dąży do sformułowania takiej koncepcji polityki kryminalnej, która będzie prawo karne faktycznie racjonalizować i dawać mocne uzasadnienie dla stosowania represji karnej<sup>26</sup>.

Można sądzić, że w pierwszym ujęciu celem polityki kryminalnej jest powiązanie problemów sprawiedliwości społecznej ze sprawiedliwością karną<sup>27</sup>. Wzajemne uwikłanie tych dwóch pojęć prowadzi krytyków do konstatacji, że przeformułowanie dominującej w liberalnych społeczeństwach wizji sprawiedliwości społecznej (nieadekwatnej, bo skutkującej pogłębiającymi się nierównościami majątkowymi w świecie, wykluczeniem coraz większych grup z ram społeczeństwa obywatelskiego albo braku w stwarzaniu odpowiednich warunków do partycypacji i alienacją rządów oraz elit itd.) doprowadzi w konsekwencji do spadku przestępczości i ograniczeniu liczby przestępstw. Idealem, do którego takie zmiany miałyby doprowadzić, jest zaś przywrócenie czynom czy aktom uznanym w obecnych warunkach społeczno-prawno-politycznych za przestępstwa, właściwego im miejsca w życiu wspólnot. Są to bowiem konflikty wymagające rozwiązań i którym trzeba mądrze przeciwdziałać – kara zaś problemu nie rozwiązuje<sup>28</sup>. Byłaby więc to polityka kryminalna w zasadzie bez stosowania klasycznych metod karnych, będąca przede wszystkim formą polityki społecznej państwa. Kara kryminalna, jeśli miałaby być stosowana, to wyłącznie jako reakcja na czyny najbardziej odrażające, w przypadkach niepozwalających przypuszczać, że jakiegokolwiek inne środki mogłyby być reakcją wystarczającą i skuteczną.

W ujęciu drugim chodzi natomiast o stworzenie takich mechanizmów, które będą utrudniały nadmierną kryminalizację życia społecznego i wprowadzanie nowych typów czynów przestępnych do systemu bez podania dostatecznie mocnej racji za takim właśnie rozwiązaniem. Racji

---

<sup>26</sup> Por. K. Krajewski, *Teorie kryminologiczne a prawo karne*, Warszawa 1994, s. 9, 19 i n.; J. Utrat-Milecki, *Podstawy penologii. Teoria kary*, Warszawa 2006, s. 58 i n.

<sup>27</sup> Zob. np. N. Cross, *Criminal Law & Criminal Justice. An Introduction*, Los Angeles–London–New Delhi–Singapore–Washington 2010, s. 3 i n.

<sup>28</sup> N. Christie, *Conflicts as Property*, „The British Journal of Criminology” 1977, nr 17, s. 3 i n.; J.O. Haley, *Confession, Repentance and Absolution*, [w:] *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community*, eds. M. Wright, B. Galaway, London 1989, s. 195–211.



tych ma dostarczać oparta na założeniach i wartościach klasycznego prawa karnego koncepcja kryminalizacji, z reguły sięgająca do liberalnej filozofii politycznej czy filozofii prawa<sup>29</sup>.

#### 4. Zasady kryminalizacji wedle Douglasa Husaka

Niejako empirycznym punktem wyjścia dla Husaka jest działanie prawa karnego w USA i liczba przestępstw przewidywanych przez ten system prawny – jest ich zaś w ocenie Husaka zbyt wiele<sup>30</sup>. Taka ogólna konstatacja stanowi dla tego filozofa prawa karnego impuls do próby sformułowania – jeśli nie kompleksowej normatywnej teorii kryminalizacji, to przynajmniej pewnych założeń do takiej koncepcji. Przy czym, zdaniem Husaka, chodzi tutaj nie o uzasadnienie określonego katalogu przestępstw i kar, ale o wypracowanie ogólnego zbioru zasad ograniczających zakres karno-prawnej ingerencji państwa w wolność obywateli<sup>31</sup>. Autorytet i zakres upoważnienia państwa do stosowania kary kryminalnej wyznacza tradycyjnie zwane *ius puniendi* – prawo karania. Można więc stwierdzić, że Husak dąży do określenia, w jakich wypadkach tak ujęte prawo karania nie powinno być uzasadnione.

Husak proponuje pewien zbiór zasad kryminalizacji. Owe zasady dzieli zaś na zewnętrzne oraz wewnętrzne. Zasady zewnętrzne nawiązują do warunków społeczno-politycznych czy konstytucyjnych działania prawa karnego. Natomiast zasady wewnętrzne Husak wywodzi z samego prawa karnego, takiego jakim ono jest ukształtowane w naszym kręgu kultury prawnej. Warto przy tym zaznaczyć, że refleksja Husaka oparta jest przede wszystkim na pracach autorów anglosaskich, w zasadzie pomija zarówno filozoficzne źródła czy podstawy prawa karnego charakterystyczne dla Europy (choćby Immanuela Kanta), jak i europejskie prace z zakresu polityki kryminalnej<sup>32</sup>.

Zasady zewnętrzne należy rozważać, gdy stwierdzi się spełnienie wymogów określonych przez zasady wewnętrzne. Zwięźle mówiąc, w świetle zasad zewnętrznych kryminalizacja nie jest dopuszczalna, gdy nie przemawia za nią interes publiczny i gdy nie jest konieczna do ochrony społeczeństwa przed złem (o ile prawo karne jest w stanie zapobiec temu

<sup>29</sup> Por. M. Królikowski, *Komunikacyjne teorie kary jako współczesne retrybucyjne uzasadnienie kary kryminalnej*, „Studia Iuridica” 2004, t. 43, s. 45; B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009, s. 7 i n.

<sup>30</sup> D. Husak, *op. cit.*, s. 10–17, 55.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 55 i n.

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 1 i n., 55–64.

złu). Państwo musi wykazać, że dany czyn powinien być karany ze względu na ważny interes publiczny (rozumiany najpewniej jako suma interesów wszystkich obywateli<sup>33</sup>), bowiem stanowi zło, któremu tylko kara może przeciwdziałać (trudno przeoczyć, że podobną konstatację Lech Gardocki zawarł w formule *in dubio pro libertata* jako zasadzie kryminalizacji)<sup>34</sup>. W pewnym sensie zasady zewnętrzne są komplementarne względem zasad wewnętrznych<sup>35</sup>.

Zasady dotyczące kryminalizacji określone jako wewnętrzne wyprowadzone zostały z prawa karnego (z nauki o przestępstwie oraz z nauki o karze) i mają one wszelkie cechy dyrektyw dotyczących tego, jak powinna być ukształtowana polityka kryminalna w państwach demokratycznych i liberalnych. D. Husak wyróżnia trzy takie zasady<sup>36</sup>.

Zasada pierwsza nazwana została zasadą niebanalnego zła i jest ona rozpatrywana niejako łącznie z zasadą drugą, tj. zasadą szkodliwości. Mianowicie tylko takie akty, które skutkują wyrządzeniem poważnego zła w sensie moralnym i to społecznie szkodliwego oraz społecznie doniosłego, są warte reakcji karnej (podobnie wypowiada się Herbert L.A. Hart czy Tony Honore)<sup>37</sup>. Reakcja karna na czyny stanowiące w powszechnej ocenie niewielkie zło, wyrządzające małą szkodę i o niewielkiej społecznej doniosłości, prowadzi do spadku autorytetu prawa karnego i umniejsza społeczną rolę reakcji karnej, przez co nie może być należycie uzasadniona – w takich wypadkach uzasadniony jest raczej brak kryminalizacji.

Wedle Husaka niebanalność zła i szkodliwość czynu należy pojmować szeroko. Dodać należy, że winno się abstrahować tu od nawyków pojęciowych lub kategorii przyjętych standardowo w nauce prawa karnego<sup>38</sup>. Nie jest więc złem i nie jest szkodliwe także działanie w okolicznościach

---

<sup>33</sup> Sposób pojmowania interesu publicznego rodzi bardzo wiele problemów, zwłaszcza rozważany z punktu widzenia zasad kryminalizacji – czy bowiem taki interes realizuje wyłącznie zasada szkody sformułowana przez Milla, czy może należy liczyć się z interesem wspólnoty jako takiej (jak wskazywał P. Devlin) i jak ma się to do pluralizmu wartości i wielokulturowości wielu współczesnych społeczeństw lub jak traktować w tym ujęciu podklasy wykluczone z ram społeczeństwa obywatelskiego itp. itd. M. Peno, *Odpowiedzialność karna i postulat minimalizmu penalnego...*, s. 115–126; *idem*, *Filozoficzne podstawy karania – uzasadnienie istnienia kary we współczesnych społeczeństwach demokratycznych*, [w:] *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, red. O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło, Warszawa 2012, s. 243–250.

<sup>34</sup> L. Gardocki, *Subsydiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate – jako zasady kryminalizacji*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 12, s. 59 i n.

<sup>35</sup> D. Husak, *op. cit.*, s. 58–60.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 55–119.

<sup>37</sup> T. Honore, *Responsibility and Fault*, Oxford–Portland 1999, s. 67–69; H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 1968, s. 44–47.

<sup>38</sup> D. Husak, *op. cit.*, s. 58–60.

uzasadniających czy usprawiedliwiających sprawcę, takich jak obrona konieczna czy stan wyższej konieczności. Nie jest zasadne takie ukształtowanie odpowiedzialności karnej, by podlegali jej sprawcy, którzy nie są zdolni rozpoznać znaczenia swojego zachowania i nim pokierować. Zasady te, jak łatwo dostrzec, łączą w jedną wiązkę rozmaite zagadnienia i mają dość eklektyczny charakter, wszystkie jednak wynikają wprost ze sposobu ukształtowania odpowiedzialności karnej w większości systemów prawa karnego. Prawo karne stanowi z reguły reakcję na takie czyny, które skutkują poważnym złem i są spowodowane przez osobę, która w zasadzie chciała takie zło wyrządzić. Jest to dla współczesnego prawa karnego niejako naturalne i trudno uznać odstępstwo od takiej reguły.

Zło jest pojęciem etycznym. Husak sądzi jednak, że o tym, czy mamy do czynienia ze złem należy rozstrzygać na gruncie prawa pozytywnego – przynajmniej w tym sensie, że fakt nieznanomości przez sprawcę przestępstwa wartości leżących za kryminalizacją danego typu czynów nie stanowi usprawiedliwienia<sup>39</sup>. Jeśli na przykład osoba posiadająca tzw. lekkie środki narkotyczne jest przekonana, że nie wyrządza zła, a posiadanie tych środków jest przestępstwem, powinna być pociągnięta do odpowiedzialności karnej. Jednocześnie nie sposób przeoczyć, że prawodawca jest na różnorakie sposoby związany odczuciami moralnymi członków wspólnoty i przyjętymi wartościami – poprzez instytucję konsultacji społecznych, demokratyczne umocowanie, a także ogólną legitymację systemu prawa i państwa itd. Oznacza to również, że państwo nie może definiować (tworzyć) nowych przestępstw, jeśli nie stoi za tym przekonanie, że reakcja karna w danym wypadku służy zwalczaniu zła – jest reakcją na czyny złe i szkodliwe. O ile zatem nieświadomy sprawca powinien być pociągnięty do odpowiedzialności z uwagi na treść prawa pozytywnego, o tyle krytycznie można ocenić sam fakt kryminalizacji danego czynu, jeśli nie znajduje on etycznego i społecznego umocowania (faktycznego), i należy dążyć do zmiany treści prawa.

Oczywiście w społeczeństwach pluralistycznych i multikulturowych adekwatne odtworzenie przez prawodawcę wartości reprezentowanych przez wszystkie grupy funkcjonujące w ramach wspólnoty (społeczności państwowej) jest niezmiernie trudne. Prawodawca powinien jednak wykazać, że dany czyn wymaga uznania go za przestępstwo, ponieważ wyrządza znaczne czy niebanalne zło, a reakcja karna temu złu zapobiegnie (choćby zło było nie cechą czynu *per se*, lecz mniej lub bardziej odległym skutkiem czynu). Trudno przecież wyobrazić sobie prawo karne, które by nie stawiało sobie za cel zwalczania zła – prawo karne ze swej

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 60–64.

natury czy istoty musi przeciwdziałać takim czynom, jak zabicie czy zranienie człowieka, zgwałcenie lub pozbawienie kogoś własności<sup>40</sup>. Rolą prawodawcy jest wyważyć zakres reakcji karnej. Skoro jednak złem zasługującym na karę są czyny takiej rangi czy ciężaru jak zabójstwo, niezwykle trudno uzasadnić karanie za jazdę na rowerze bez kasku czy oglądanie pornografii. Stąd też trudniej uzasadnić dziś karalność aktów, takich jak cudzołóstwo (co nie oznacza, że w innym kontekście społeczno-histerycznym nie można było należycie uzasadnić karalności tych czynów).

Sposób rozumienia zła (szkody) Husak pozostawia filozofom i etykom, którzy powinni oddziaływać na proces tworzenia prawa, formułując odpowiednie argumenty treściowe przemawiające za określonymi rozwiązaniami legislacyjnymi<sup>41</sup>. Literatura dotycząca zagadnienia zła czy szkody jest przy tym niezwykle bogata. Jak można zasadnie sądzić, problem leży w tym, że prawnicy i politycy nie mają nawyku opierać decyzji na rozważaniach i wnioskach płynących – nierzadko jednoznacznie – z rozważań filozoficznych czy etycznych (by przytoczyć wnioski z prac Joela Feinberga poświęconych szkodzie ujmowanej jako zło)<sup>42</sup>. Istnieją zatem kryteria oceny czynów, w tym kryteria kryminalizacji, do których prawodawca, kształtując politykę kryminalną oraz odpowiedzialność karną, może się odwołać. Nie powinno się wprowadzać odpowiedzialności karnej za takie zachowania, które nie skutkują wyrządzeniem poważnego zła. Oczywiście należy brać pod uwagę jedynie zło wyrządzone intencjonalnie, jest to więc po części postulat dotyczący zasad odpowiedzialności i realizowany przez zasadę subiektywizmu (*nulla poena sine culpa*) wykluczającą ponoszenie odpowiedzialności bez winy osoby odpowiedzialnej<sup>43</sup>.

Kolejną – trzecią – zasadą rządzącą kryminalizacją jest zasada zasługi<sup>44</sup>. Zasługę należy pojmować tu w związku z kwestią uzasadnienia karania<sup>45</sup>. Dla Husaka doniosłość ma sam fakt, że powszechnie w nauce prawa i filozofii, a także w odczuciu większości racjonalnych osób, kara-

<sup>40</sup> Zob. P. Cane, *Responsibility in Law and Morality*, Oxford–Portland 2002, s. 191 i n. Tego rodzaju czyny są standardowo we współczesnych rozwiniętych społeczeństwach przedmiotem odpowiedzialności zarówno prawnej, jak i moralnej.

<sup>41</sup> D. Husak, *op. cit.*, s. 92.

<sup>42</sup> Por. J. Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, Oxford 1990; *idem*, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton 1970, w szczególności esej pt.: *Problematic responsibility in law and morals*.

<sup>43</sup> M. Peno, *Problem sposobu pojmowania i roli winy w prawie karnym (od dogmatyki do wartości)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, z. 3, s. 109–129.

<sup>44</sup> D. Husak, *op. cit.*, s. 77–83.

<sup>45</sup> Por. M. Soniewicka, *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad podziałami*, Warszawa 2010, s. 50–56.

nie wymaga uzasadnienia – stosowanie kar wymaga uzasadnienia, które przyjmuje postać różnorodnych teorii kary. Może przy tym chodzić o uzasadnienie praktyki karania jako takiej albo o uzasadnienie karania poszczególnych – konkretnych przestępstw. Istotne jest to, że oczekuje się podania racji przemawiających za karaniem<sup>46</sup>. W każdym przypadku punktem wyjścia jest stwierdzenie, że sprawca zasługuje na karę. Jeśli sprawcy pewnego typu czynów nie zasługują na karę, nie sposób uzasadnić ich karalności (w tym sensie na karę nie zasługuje ten, kto czyni dobrze w świetle ocen społecznych, ani ten, kto czyni zło nie dość duże, by zasługiwać na karę – stopniując przypadki, można powiedzieć, że nie zasługuje na karę ten, kto ratuje życie człowieka znajdującego się niebezpieczeństwie, czy ten, kto okłamuje żonę itd.). Innymi słowy, nie powinno stosować się kar wówczas, gdy karania nie można uzasadnić, a nie sposób uzasadnić kary w sytuacji, gdy sprawca na karę nie zasługuje. Zakres okoliczności uzasadniających karanie jest ograniczony do takich, w których można wskazać na powszechne przekonanie, że sprawca danego rodzaju czynu zasługuje na karę. Jeśli karanie pewnego rodzaju czynów nie znalazłoby uzasadnienia lub takie uzasadnienie karania byłoby bardzo trudne, państwo nie powinno wprowadzać odpowiedzialności karnej. Warto dodać przy tym, że uzasadnienie powinno być faktyczne, nie zaś fikcyjną czy mechaniczną czynnością mającą na celu dopełnienie wymogów formalnych<sup>47</sup>, i odzwierciedlać przekonanie czy intencję państwa, by za pomocą kary zwalczać zjawiska szczególnie dezaprobowane czy niepożądane<sup>48</sup>.

Karanie nie może być uzasadnione, jeżeli dana regulacja prawna nie jest wprowadzona po to, by zapobiegać szczególnemu (niebanalnemu) złu, gdy zachowanie nie jest szkodliwe społecznie, a sprawca nie zasługuje na ukaranie (nie zasługuje zaś na karę, gdy ukaranie nie jest usprawiedliwione albo kara wzbudza powszechne poczucie niesprawiedliwości). Łatwo zatem dostrzec, że argumentacja Douglasa Husaka jest niezwykle intuicyjna – trudno uzasadnić wypowiedzi o postaci „Nie zrobiłeś nic złego, ale kara jest sprawiedliwa i w pełni uzasadniona” albo „Nie zasługujesz na karę, ale sprawiedliwe jest wymierzenie ci kary” czy też „Zasadne jest karanie za czyny, które są moralnie neutralne i nie skut-

<sup>46</sup> Zob. D. Lyons, *op. cit.*, s. 166 i n.; E.J. Weinrib, *Liberty, Community and Corrective Justice*, „Canadian Journal for Law & Jurisprudence” 1988, nr 1, s. 3 i n.; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 153 i n.; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 3 i n.; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2002, s. 237–240.

<sup>47</sup> Jak to niekiedy się dzieje w przypadku oceny skutków regulacji czy uzasadniania projektów ustaw karnych w Polsce. Zob. *Ocena skutków regulacji – poradnik OSR, doświadczenia, perspektywy*, red. W. Szpringer, W. Rogowski, Warszawa 2007, zwłaszcza część I.

<sup>48</sup> D. Husak, *op. cit.*, s. 82–86.

kują żadnym złem czy krzywdą”. System prawny i system wymiaru sprawiedliwości karnej oparty na takich podstawach, które pozwoliłyby zaakceptować tego rodzaju wypowiedzi, byłby zwyczajnie niesprawiedliwy i nieuczciwy, co nie jest do zaakceptowania w żadnym współczesnym zachodnim społeczeństwie. Parafrazując słynne sformułowanie Gustava Radbrucha, można chyba powiedzieć, że byłby to system ustawowego bezprawia<sup>49</sup>.

Douglas Husak zdaje się akcentować przy tym, że sprawiedliwość systemu prawa jest podstawowym, ale nie wyłącznym warunkiem sprawiedliwości karania. Nawet sprawiedliwe systemy prawne mogą zawierać takie regulacje, które będą w sposób nieuzasadniony nakładać odpowiedzialność karną<sup>50</sup>. Uzasadnienie może przybrać dwie podstawowe postacie, różne więc będą kryteria oceny zasadności karania (nie znaczy to, że kryteria te będą się wykluczać). Jeżeli stoi się na stanowisku retributywnym, to trzeba wykazać z jakiego powodu konkretne czyny zasługują na dezaprobatę i odpłatę. Z kolei utylitarysta – zwolennik resocjalizacji – musi wykazać, że sprawca w danym wypadku powinien zostać zresocjalizowany (więc że czyni coś społecznie nieakceptowanego i należy tak na niego wpłynąć, by przestrzegał akceptowanego porządku społecznego), a w klasycznym ujęciu utylitarnym (benthamowskim) trzeba za pomocą rachunku użyteczności wykazać społeczną korzyść płynącą z karania (przewyższającą skutki pozbawienia kogoś wolności, koszty postępowania karnego czy ścigania przestępstw danego typu itd.)<sup>51</sup>.

W każdym jednak wypadku zatem wprowadzenie odpowiedzialności karnej – penalizacji zachowań – wymaga osiągnięcia konsensusu społecznego co do uznania danego zachowania za zasługujące na ukaranie. Uznanie czynu za przestępstwo wymaga zatem ustalenia ponad wszelką wątpliwość, że penalizacja potencjalnie spotkałaby się z aprobatą każdej zainteresowanej osoby. Pojawia się problem faktycznej czy realnej możliwości wdrożenia takich rozwiązań do funkcjonujących systemów sprawiedliwości karnej. *Prima vista* jest to zadanie niezmiernie trudne. Jednak odpowiedzią na tego rodzaju wyzwanie może być chociażby postulat, sformułowany przez Donalda A. Drippsa, by ustawy z zakresu prawa karnego uchwalane były w szczególnym trybie, wymagającym co najmniej

<sup>49</sup> Szerzej: G. Radbruch, *Ustawa i prawo*, „Ius et lex” 2002, nr 1, s. 160 i n.

<sup>50</sup> *Ibidem*, s. 120 i n.

<sup>51</sup> T. Draper, *An Introduction to Jeremy Bentham's Theory of Punishment*, „Journal of Bentham Studies” 2002, vol. 5, s. 1–17.

<sup>52</sup> D. Dripps, *The Liberal Critique of the Harm Principle*, „Criminal Justice Ethics” 1998, nr 3, s. 12 i n.



większości kwalifikowanej dla zmiany czy przyjęcia nowych regulacji karnych<sup>52</sup>.

Warto dodać, że takie rozwiązanie wydaje się, w omawianym kontekście, koniecznym dopełnieniem przyjmowanego, także w polskiej teorii prawa, postulatu niejako progwarancyjnej wykładni prawa karnego<sup>53</sup>. Taki tryb gwarantowałby, jak zdaje się sądzić również Husak, że wprowadzenie odpowiedzialności karnej byłoby trudniejsze, a ostrości granic (ilości) prawa karnego domaga się natura kary i fakt podatności prawa karnego na wpływy polityczno-ideologiczne. Kara różni się zasadniczo od innych metod oddziaływania za pomocą prawa na jednostki i życie społeczne. Praktyka karania bowiem – jak zauważył już w swej klasycznej analizie Herbert L.A. Hart – jest środkiem służącym zadawaniu cierpienia czy dolegliwości charakteryzującej się szczególnym natężeniem<sup>54</sup>. Warto wspomnieć, że również tak karę postrzegał J. Makarewicz, z tym jednak, że we współczesnej ojcowi kodeksu karnego z 1932 r. filozofii prawa dolegliwość związana z karą była czymś naturalnym i koniecznym, wymagającym co najwyżej racjonalizacji (czyli podania i opisu jej faktycznych skutków), nie zaś dogłębnego moralnego uzasadnienia<sup>55</sup>. Polityka kryminalna mająca zwalczać określone kategorie czynów miała być przede wszystkim skuteczna, a klasa czynów dezaprobowanych we względnie homogenicznej etycznie wspólnotie była dość łatwa do identyfikacji.

Zakres karania zdaje się być więc łatwy do uchwycenia. Skoro bowiem do istoty kary należy zadanie cierpienia, powinna ona stanowić reakcję na takie czyny, które same z siebie prowadzą do wyrządzenia szkody czy raczej krzywdy<sup>56</sup>. Są jednak przypadki szczególne, które wymagają osobnego omówienia. Mowa oczywiście o *mala prohibita*.

## 5. Autorytet prawa karnego i problem *mala prohibita*

Nowożytna, klasyczna filozofia prawa karnego, co najmniej od czasów Beccarii, odwołuje się do założenia, że kara ma pozostawać w relacji względnej proporcjonalności do przestępstwa – ma być tym wyższa, im większe jest wyrządzone przez sprawcę zło<sup>57</sup>. Im zło mniejsze, tym kara

<sup>53</sup> M. Peno, M. Zieliński, *Koncepcja derywacyjna wykładni a wykładnia w orzecznictwie Izby Karnej i Izby Wojskowej Sądu Najwyższego*, [w:] *Zagadnienia prawa dowodowego*, red. J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, Warszawa 2011, s. 117–136.

<sup>54</sup> H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility...*, s. 44 i n.

<sup>55</sup> J. Makarewicz, *Prawo karne – wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924, s. 1 i n.

<sup>56</sup> Zob. J. Raz, *Autorytet prawa*, Warszawa 2000, s. 30–36; 168–176, 210–229.

<sup>57</sup> Szerzej: J.H. Merryman, *op. cit.*, s. 133–135.

powinna być łagodniejsza i nie powinna być stosowana jako reakcja na czyn niedostatecznie zły. Poniżej pewnego ciężaru moralnego czynu znacznie utrudnione jest uzasadnienie karania tego czynu. Co więcej, wydaje się, że jeżeli państwo penalizuje czyny niestanowiące poważnego zła, to kara zostaje wypierana przez środki reakcji nienoszące znamion większej represyjności aniżeli sankcje administracyjne<sup>58</sup>. Można sądzić, że nieco paradoksalną reakcją na nadmierną liczbę przestępstw jest tendencja do odchodzenia od standardowych metod karnych, w tym kary kryminalnej na rzecz rozwiązań bliższych prawu prywatnemu (sprawiedliwość naprawcza – środki kompensacyjne itp.) czy prawu administracyjnemu (grzywna czy środki karne obejmujące rozmaite zakazy, np. zakaz prowadzenia pojazdów)<sup>59</sup>.

Zasadniczo zatem karanie powinno wymagać jak najmocniejszego uzasadnienia i niezwykle silnej legitymacji społecznej<sup>60</sup>. Poza tym powinno być rozwiązaniem stosowanym wyłącznie wówczas, gdy jest to konieczne i inne metody oddziaływania na zjawiska społeczne uznane zostaną za niewystarczające. Z jednej strony – kara powinna być reakcją wyjątkową nawet na czyny niepożądane społeczne. Z drugiej strony – nie należy kwestionować praktyki karania i kary jako środka służącego represjonowaniu i stygmatyzowaniu, jeśli jest to odpłacanie za zło wyrządzone przez sprawców przestępstw<sup>61</sup>.

Trzeba przy tym dodać, że polski Trybunał Konstytucyjny powołuje się na zbliżone argumenty, pojmując odpowiedzialność karną (*quasi*-karną) w gruncie rzeczy przez pryzmat intencji represyjności i przeciwdziałania aktom w jakiś sposób dezaprobowanym – złym, dla których nie wystarcza sankcja w postaci zwykłego przywrócenia statusu *quo ante* (jak w przypadku prawa administracyjnego czy odpowiedzialności administracyjnej)<sup>62</sup>.

Szkodliwość czy dotkliwość (dla innych osób itd.) danego zachowania nie przesądza jednak o tym, że kara jest uzasadnioną reakcją na czyn.

<sup>58</sup> Zob. M. Peno, *O potrzebie zdefiniowania odpowiedzialności karnej*, [w:] *Nowelizacja części ogólnej kodeksu karnego – nieunikniona konieczność czy pozorna potrzeba?*, red. E. Grzęda, J. Machalska, Kraków 2013, s. 5–22.

<sup>59</sup> Zob. R.E. Barnett, *Restytucja: nowy paradygmat sprawiedliwości karnej*, [w:] *Filozofia moralności. Wina, kara, wybaczenie*, red. J. Hołówka, Warszawa 2000, s. 287 i n.; M. Wenzel, T.G. Okimoto, N.T. Feather, M.J. Platov, *Retributive and Restorative Justice*, „Law and Human Behavior” 2008, vol. 32, s. 375 i n.; M. Królikowski, *Sprawiedliwość retrybucyjna wobec sprawiedliwości naprawczej*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 109 i n.

<sup>60</sup> Zob. N. Christie, *Granice cierpienia*, Warszawa 1991, s. 15 i n.; M. Szerer, *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964, s. 176.

<sup>61</sup> D. Husak, *op. cit.*, s. 103 i n. Por. K. Pierzchała, *Destygmatyzacja przestępców w świetle Magisterium Kościoła oraz poglądów na resocjalizację*, Kraków 2016, s. 133 i n.

<sup>62</sup> Por. wyrok TK z dnia 29 kwietnia 1998 r., K 17/97 – OTK 1998 nr 3 poz. 30; uchwała NSA z 10 kwietnia 2006 r., I OPS 1/06.

Stwierdzenie to wydaje się trywialne, ale nierzadko powołanie się na szkodliwość (której rozumienie nie zawsze konweniuje z ustawowym pojęciem społecznej szkodliwości) stanowi samoistną podstawę kryminalizacji danego czynu. Skrajnymi przykładami przestępstw poważnych o szczególnej intensywności szkodliwości są zgwałcenie i zgwałcenie kwalifikowane – zgwałcenie małoletniego poniżej 15 lat. Uzasadnione jest też uznanie wysokiego stopnia szkodliwości bezprawnego pozbawienia wolności, które łączy się ze szczególnym udrczeniem, co jest w szczególności determinowane stopniem płynącej z niego dolegliwości dla pokrzywdzonego. Są to przypadki czynów, których szkodliwość jest rozsądnym uzasadnieniem odpowiedzialności karnej. Trudno jednak nie dostrzec w polskiej praktyce legislacyjnej czy polityczno-kryminalnej przypadków niedających takiego uzasadnienia, mimo że stosuje się argument ze szkodliwości. Penalizacja zachowania polegającego na wdarciu się do lokalu lub budynku zajmowanego przez organ administracji rządowej, inny organ państwowy lub samorządu terytorialnego, albo na nieopuszczeniu takiego miejsca wbrew żądaniu osoby uprawnionej uznana została przez projektodawców za „niezbędną z uwagi na ujawniające się, bynajmniej w ostatnich latach niemające charakteru sporadycznego, przypadki zachowań tego rodzaju, prowadzące niejednokrotnie do sytuacji swoistego «okupowania» takich budynków lub lokali przez osoby traktujące tego rodzaju zachowania jako środek do dochodzenia własnych roszczeń, przedkładany nad ich dochodzenie na drodze właściwego prawnego postępowania albo sposób manifestacji poglądów. Szkodliwość społeczna takich zachowań, uzasadniająca ich kryminalizację, jest oczywista – czyny te obniżają autorytet organów władzy publicznej, zachęcają inne osoby do bezprawnych, anarchizujących zachowań, a co najistotniejsze, uniemożliwiają, a co najmniej utrudniają wykonywanie przez organy administracji publicznej przypisanych im zadań działają na szkodę dobra wspólnego”<sup>63</sup>. Można i trzeba stawiać pytanie o to, skąd wynika owa „oczywistość szkodliwości” takich zachowań, które przecież często są motywowane interesem publicznym lub społecznym, nie zaś partykularnym interesem poszczególnych osób (trzeba być niezwykle zdeterminowanym, by samotnie np. przykuć się do biurka w gabinecie wojewody).

W świetle koncepcji Husaka sam fakt szkodliwości jakiegoś działania nie uzasadnia ukarania. Jakieś zachowanie może być w jakimś sensie złe czy szkodzące (palenie papierosów, spożywanie alkoholu czy powodujące otyłość jedzenie pączków) oraz generować poważne koszty społeczne, w tym koszty ściśle ekonomiczne (leczenie chorób płuc, wzrost umieral-

<sup>63</sup> Druk nr 1756 z 26 lipca 2013. Sejm VII kadencji. Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o partiach.

ności na raka i tego konsekwencje, problemy rodzin związane z nadużyciem alkoholu, leczenie otyłości i jej skutki itd.), nie oznacza to jednak, że sprawca zasługuje na karę (tj. kara jest właściwą reakcją na dane zachowanie). Państwo ma możliwość przeciwdziałania takim zjawiskom – uznanym za złe i niepożądane – w inny niż karny sposób, chociażby podnosząc podatki związane z wytwarzaniem czy korzystaniem z pewnych dóbr (jak paczki, papierosy czy alkohol). Dla uzasadnienia karania potrzebne są silniejsze przesłanki aniżeli te przemawiające za ograniczeniem dostępu do pewnych dóbr np. poprzez podniesienie podatków, akcyzy czy innych instrumentów, którymi państwo dysponuje, prowadząc określoną politykę społeczną. Ostrej granicy jednak nie ma, pozostaje ona kwestią intuicji moralnej i konsekwencji w ocenach wartościujących przypisywanych prawodawcy<sup>64</sup>.

W aspekcie praktycznym dodać należy, że z każdego systemu prawnego można zrekonstruować pewien system wartości; jest to zabieg bez którego nie byłoby możliwe dokonanie wykładni przepisów prawa i oparty na założeniu o racjonalności prawodawcy – tak mocno zakorzenionym w teorii prawa (przynajmniej w polskiej teorii prawa)<sup>65</sup>. Trudno zatem przeczyć, że ustalenie hierarchii dóbr chronionych przez system prawny jest możliwe i to wartości stojące najwyżej powinny być chronione przez prawo karne. Rodzi się przy tym pytanie o ten typ czynów, które określa się mianem *malum prohibitum*. Pytanie to pojawia się w kontekście stosowanego w nauce czy filozofii prawa karnego odróżnienia przestępstw stanowiących zło samo w sobie od przestępstw stanowiących zło tylko z tego powodu, że zostały zakazane przez prawo (*mala per se*). Wydaje się zresztą, że można tu mówić co najwyżej o typologii przestępstw. Dla Husaka istotne zdaje się być jednak to, że również drugi typ przestępstw stanowi jakoś rozumiane zło – język czy terminologia stosowana w prawoznawstwie i filozofii wskazuje na powiązanie przestępstw z etycznym pojęciem zła, także tych *mala prohibita*<sup>66</sup>. Jeszcze ważniejszy zdaje się fakt, że takiego powiązania ani w nauce prawa, ani w filozofii zasadniczo się nie podważa. Zatem także *mala prohibita* nie może pozostawać czynem neutralnym moralnie, musi być to czyn na tyle zły sam przez się lub z powodu bezpośrednich lub pośrednich skutków, by uzasadnione było karanie za jego popełnienie<sup>67</sup>. Rozwiązanie zaproponowane przez Husaka oddaje minimalizm jego koncepcji kryminalizacji, wydaje się być także bliskie intuicjom co do natury przestępstwa.

<sup>64</sup> D. Husak, *op. cit.*, s. 105 i n.

<sup>65</sup> Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012, s. 294 i n.

<sup>66</sup> D. Husak, *op. cit.*, s. 104–106.

<sup>67</sup> Por. R.A. Duff, *Answering...*, s. 67 i n.

## 6. Cztery drogi uzasadniania kryminalizacji. Uwagi podsumowujące

Minimalistyczna koncepcja kryminalizacji Douglasa Husaka może być zinterpretowana w taki sposób, w którym ciężać będzie w stronę koncepcji niepozytywistycznych prawa, przynajmniej w tym sensie, że dla kryminalizacji kluczowe stają się wartości, a dogmatyka ustępuje refleksji nad moralną treścią norm prawa karnego. Skądinąd Husak stwierdza, że prawnicy zajmujący się prawem karnym (praktycy) i uczący prawa karnego (wykładowcy) powinni zwracać uwagę przede wszystkim na to, jakie jest aksjologiczne źródło uznania pewnych czynów za przestępstwa, a krytyczna refleksja nad tym problemem powinna wieść prym przed problematyką walidacyjną, interpretacyjną i systematyzacyjną prawa pozytywnego (zatem problematyką uznaną za typową w nurcie pozytywizmu prawniczego). Jest to interesujący postulat, być może pozostający na marginesie rozważań Husaka, ale zarysowujący program innej od pozytywistycznej filozofii prawa karnego. Zresztą podobne postulaty formułują zwolennicy radykalnej reformy prawa karnego (choćby w duchu sprawiedliwości naprawczej) z tą różnicą, że odwołują się do nauk społecznych, takich jak socjologia, psychologia, czy do rozmaitych nurtów terapeutycznych, w ten sposób przekraczając ramy dogmatyki (np. dogmatycy uznają związek przyczynowy za warunek odpowiedzialności za czyn z uwagi na treść pozytywnego prawa i na tym budują naukową refleksję nad prawem karnym, a niektórzy kryminolodzy taki związek w niektórych wypadkach uważają za mocno niepewny warunek odpowiedzialności karnej, dostrzegając wątki deterministyczne w postępowaniu sprawców przestępstw)<sup>68</sup>.

Warto podkreślić zatem, że negatywnie ujęte zasady – wyznaczające ramy polityki kryminalnej – Husak próbuje oprzeć na określeniu tego, jakie wartości musi realizować, czy chronić obowiązujące prawo karne, wskazując przy tym, jakiej treści normy prawa karnego nie powinny mieć. Nie można uznać prawa karnego i polityki kryminalnej za przedsięwzięcia udane i dające się uzasadnić, gdy nie będą realizowane pewne podstawowe zasady. Zasady te nie będą zaś realizowane, gdy w danym systemie prawnym odpowiedzialność karna będzie przewidziana za czyny, które nie są szczególnym złem i nie są w żaden sposób szkodliwe społecznie; które są czynami tego rodzaju, że sprawca nie może być uznany za zasługującego na karę; a także gdy nie sposób kary uzasadnić lub kara nie służy (z uwagi na intencje prawodawcy) czy też nie może służyć

<sup>68</sup> R. Loeber, M. Le Blanc, *Toward a Developmental Criminology*, „Crime and Justice” 1990, vol. 12, s. 375–473.

(bo nie jest do tego celu odpowiednio dobranym narzędziem) do zwalczania doniosłego moralnie i społecznie zła. Jednocześnie karanie musi służyć interesowi publicznemu, z którego nikt z obywateli nie może być wyłączony, nie zaś jakimś partykularnym interesom czy grupom mającym polityczny wpływ na kształt polityki kryminalnej.

Argumentacja Husaka wydaje się trudna do podważenia, warto jednak zaproponować pewne uzupełnienie czy konkretyzację owych zasad kryminalizacji – ich ujęcie niejako pozytywne. Uzupełnienie zawiera możliwe kryteria oceny czynu, wskazujące czy warto dany czyn kryminalizować.

Wybór jednej z metod uzasadnienia przestępności danego czynu jest jednak trudny i wymaga pewnych rozwiązań systemowych, z których bardzo interesujący wydaje się syntetycznie omówiony wyżej postulat wprowadzenia ostrzejszych i bardziej wymagających procedur tworzenia prawa karnego – procesu legislacyjnego w zakresie prawa karnego – oraz rzetelne uzasadnianie projektów ustaw karnych (planujących kryminalizację pewnych typów czynów). Każdocześnie należy wymagać odpowiedzi na pytanie, czy dana regulacja sprostą uznanym zasadom kryminalizacji (np. zasady wskazane przez Husaka wydają się tu dość naturalnym punktem odniesienia).

Natomiast przyjmując perspektywę pozytywną (tj. szukając odpowiedzi na pytanie o to, kiedy wolno karać), można powiedzieć, że uznanie danego czynu – zachowania – za przestępstwo może być uzasadnione na cztery podstawowe sposoby. Zaznaczyć należy, że poza ramy (w tym ramy objętościowe) artykułu wykracza bliższe omówienie tych sposobów uzasadnienia karania, stąd uwagi mają charakter ogólny, mając przyczynić się do zainicjowania pogłębionej dyskusji na ten temat<sup>69</sup>.

(1) Pierwszy sposób można określić jako prawny moralizm – prawo karne miało by tu za zadanie ochronę wartości etycznych. Oczywiście istnieją tu co najmniej cztery warianty. Pierwszy to relatywizm moralny – jeśli wszelkie systemy wartości są sobie równe, nie sposób ustalić jednej mającej pierwszeństwo przed innymi hierarchii wartości, w konsekwencji wszelkie wartości zasługują na równą ochronę i zarazem nie wolno karać tych czynów, które w świetle którejś z konkurujących ocen moralnych zasługują na aprobatę. Drugi, dość oczywisty wariant, to wariant utylitarny, który nakazuje za pomocą karania maksymalizować ogólną szczęśliwość (co nie musi oznaczać realizacji Milla zasady szkody). Trzecie rozwiązanie nawiązuje do imperatywu kategorycznego i formalnej

---

<sup>69</sup> Trzeba przy tym zaznaczyć, że wskazane poglądy dotyczące kryminalizacji są znane filozofii prawa czy prawa karnego, choć są nieco odmiennie pojmowane. W niniejszym opracowaniu także przyjęto pewną ich, oryginalną, wizję. Zob. szerzej np. A.P. Simester, A. von Hirsch, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford 2011, s. 35–88.



etyki kantowskiej. W tym wypadku należy kierować się pewnymi maksymami, które stanowią, z jakiego powodu sprawca winien uważać swoją karę za uzasadnioną. Inaczej mówiąc, maksyma ta wyjaśnia, z jakiego powodu sprawca nie może racjonalnie sądzić, że kara nie jest uzasadniona (np. z tego powodu, że wyrządzając drugiemu krzywdę, przyjmował regułę, że wolno krzywdzić drugiego, nie może więc uznać niesprawiedliwości tego, że sam przez karę doznaje cierpienia). Czwarte z kolei rozwiązanie ma charakter prawno-naturalny i nakazuje uwzględnić wartości objawione przez Boga lub w inny sposób wyprowadzone z natury świata lub człowieka. Poza tym można próbować oprzeć politykę kryminalną na etyce cnót, co jednak byłoby współcześnie bardzo trudne (choć zapewne możliwe)<sup>70</sup>.

(2) Druga metoda uzasadnienia karania odwołuje się do klasycznej zasady szkody – kara powinna przeciwdziałać takim czynom, które są źródłem szkody (dotkliwości) dla innych osób<sup>71</sup>. Oczywiście trzeba określić, jak rozumieć na potrzeby prawa karnego szkodę oraz czym w zasadzie prawo karne ma się różnić od prawa deliktów – prawa prywatnego.

(3) Metoda trzecia może być określona mianem paternalistycznej – penalizacja pewnych czynów ma przysłużyć się dobru jednostek w ten sposób, że unikanie karanych zachowań zapewni jednostkom dobre, zdrowe, szczęśliwe życie – wolne od bólu, chorób i innych ujemnych skutków penalizowanych czynów (może więc obejmować zabezpieczony groźbą sankcji zakaz posiadania niewielkich ilości narkotyków, nakaz używania kasków ochronnych w czasie jazdy na nartach itd.)<sup>72</sup>.

(4) Ostatnia zasada głosi, że przestępstwem jest każde zachowanie stypizowane w ustawie karnej jako przestępstwo – w połączeniu z zasadą, że odpowiedzialności karnej podlega się wyłącznie za czyny uznane za przestępstwa w chwili popełnienia danego czynu, wymaga co najmniej tego, by karać za czyny, o których obywatele wiedzą, że są przez państwo uznane za przestępne. Także w takim ujęciu można jednak oczekiwać wskazania racji karania – ostatecznie państwo penalizuje pewne czyny, by za ich popełnienie odpłacić lub zapobiec popełnianiu tych czynów w przyszłości. Samo istnienie i podanie tych racji stanowi pewien warunek kryminalizacji. Nawet Tomasz Hobbes, choć zakładał dekretalizm

<sup>70</sup> W tym kontekście interesująca może być praca: J.Q. Wilson, *Teoria i praktyka stosowania sankcji karnych*, Warszawa 2006, s. 1 i n.

<sup>71</sup> Zob. D. Brink, *Mill's Moral and Political Philosophy*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2016 Edition), ed. Edward N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/mill-moral-political> (dostęp: 20.01.2018).

<sup>72</sup> Zob. R. Tur, *Paternalism and the Criminal Law*, „Journal of Applied Philosophy” 1985, nr 2, s. 173–189.

etyczny państwa (tj. państwo miało niejako rozstrzygać podstawowe kwestie aksjologiczne), widział karę jako narzędzie służące zapewnieniu pokoju i bezpieczeństwa społeczności, której każdy z członków może próbować (ma prawo) zbiec, by uniknąć wykonania kary. Takie podejście można za Mieczysławem A. Krąpcem określić mianem woluntaryzmu prawnego w zakresie prawa karnego, ale należy pamiętać o tym, że przeciw woli państwa jednostkom przysługuje broń w postaci praw podmiotowych, które są w części i w jakimś stopniu emanacją praw człowieka<sup>73</sup>. Prawo karne jest więc w tym ujęciu pewną grą pomiędzy jednostkami a państwem, przy czym to państwo nie może przekroczyć granicy wyznaczonej przez swą funkcję gwarancyjną (zabezpieczenie porządku społecznego i ochrona jednostek przed zamachami na ich dobra), zaś jednostka może czynić wszystko, co konieczne, by ratować wolność i życie (nawet przed karą)<sup>74</sup>.

Można zatem powiedzieć, że dla problemu kryminalizacji kluczowe jest rozstrzygnięcie, jakie są aksjologiczne podstawy polityki kryminalnej i bezwzględna konsekwencja oraz wierność tym – świadomie obranym – wartościom. Wybór jednej z metod uzasadnienia karaniami i konsekwencja w uprawianiu polityki kryminalnej jest najlepszym możliwym rozwiązaniem w warunkach współczesnych europejskich społeczeństw i państw, także w Polsce. Należy zatem znaleźć odpowiedź na pytanie dotyczące tego, jakie racje uznajemy za uzasadniające kryminalizację w odniesieniu do całego systemu prawa karnego i jakie cele przypisujemy w odniesieniu do prawa karnego prawodawcy. Są to oczywiście zagadnienia z pogranicza prawa i polityki, przy czym rolą prawników (zwłaszcza karnistów) jest refleksja nad powodami kryminalizacji oraz celami, którym ma ona służyć – na co Douglas Husak trafnie zwraca uwagę.

## Bibliografia

### Opracowania

- Balandynowicz A., *Nowoczesne trendy w polityce kryminalnej na przełomie XX i XXI wieku*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 11.
- Barnett R.E., *Restytucja: nowy paradygmat sprawiedliwości karnej*, [w:] *Filozofia moralności. Wina, kara, wybaczenie*, red. J. Hołówka, Warszawa 2000.
- Bauman Z., *Globalizacja*, Warszawa 2000.
- Bayles M.D., *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht–Boston–London 1992.

<sup>73</sup> M.A. Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1986, s. 96 i n.

<sup>74</sup> Por. T. Kaczmarek, *Racjonalny ustawodawca wobec opinii społecznej a populizm penalny*, [w:] *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce*, red. Z. Sienkiewicz, R. Kokot, Wrocław 2009, s. 37; A. Balandynowicz, *Nowoczesne trendy w polityce kryminalnej na przełomie XX i XXI wieku*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 11, s. 35–52.

- Bianchi H., *Justice as Sanctuary. Toward a New System of Crime Control*, Bloomington–Indianapolis 1994.
- Brink D., *Mill's Moral and Political Philosophy*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), ed. E.N. Zalta, [www.plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/mill-moral-political/](http://www.plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/mill-moral-political/) (dostęp: 20.01.2018).
- Cane P., *Responsibility in Law and Morality*, Oxford–Portland 2002.
- Chiao V., *Punishment and Permissibility in the Criminal Law*, „Law and Philosophy” 2012, vol. 31.
- Christie N., *Conflicts as Property*, „The British Journal of Criminology” 1977, nr 17.
- Christie N., *Dogodna ilość przestępstw*, Warszawa 2004.
- Christie N., *Granice cierpienia*, Warszawa 1991.
- Cross N., *Criminal Law & Criminal Justice. An Introduction*, Los Angeles – London – New Delhi–Singapore – Washington 2010.
- Draper T., *An Introduction to Jeremy Bentham's Theory of Punishment*, „Journal of Bentham Studies” 2002, vol. 5.
- Dripps D., *The Liberal Critique of the Harm Principle*, „Criminal Justice Ethics” 1998, nr 3.
- Dubel L., Korybski A., Markwart Z., *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, Kraków 2002.
- Duff R.A., *Answering for Crime*, Oxford–Portland 2007.
- Duff R.A., *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” 2006, nr 1.
- Falandysz L., *W kręgu kryminologii radykalnej*, Warszawa 1986.
- Feinberg J., *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton 1970.
- Feinberg J., *Harmless Wrongdoing*, Oxford 1990.
- Feinberg J., *The Expressive Function of Punishment*, „The Monist” 1965, nr 49.
- Foucault M., *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 2009.
- Gaberle A., *Od bezpieczeństwa prawnego do bezpieczeństwa osobistego (O kryzysie prawa karnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 5.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2005.
- Gardocki L., *Subsydiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate – jako zasady kryminalizacji*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 12.
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.
- Haley J.O., *Confession, Repentance and Absolution*, [w:] *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community*, eds. M. Wright, B. Galaway, London 1989.
- Hart H.L.A., *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998.
- Hart H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 1968.
- Hirsch A. von, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retrybtywizmie*, „Ius et Lex” 2006, nr 1.
- Honore T., *Responsibility and Fault*, Oxford–Portland 1999.
- Husak D., *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford – New York 2008.
- Kaczmarek T., *Racjonalny ustawodawca wobec opinii społecznej a populizm penalny*, [w:] *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce*, red. Z. Sienkiewicz, R. Kokot, Wrocław 2009.
- Kamela P., *Prawo i moralność w koncepcjach H.L.A. Harta*, Toruń 2008.
- Krajewski K., *Teorie kryminologiczne a prawo karne*, Warszawa 1994.
- Krapiec M.A., *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1986.
- Królkowski M., *Komunikacyjne teorie kary jako współczesne retrybtywne uzasadnienie kary kryminalnej*, „Studia Iuridica” 2004, t. 43.
- Królkowski M., *Sprawiedliwość retrybtywna wobec sprawiedliwości naprawczej*, „Ius et Lex” 2006, nr 1.

- Krukowski A., *Polityka kryminalna – prawo karne – moralność: związki i antynomie*, [w:] *Prawo w społeczeństwie*, red. A. Podgórecki, Warszawa 1975.
- Kulesza J., *Zarys teorii kryminalizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 11–14.
- Kunderewicz C., *Dodatek. Podstawowe zasady rzymskiego prawa karnego*, [w:] C. Kunderewicz, *Rzymskie prawo prywatne*, Łódź 1995.
- Loeber R., Le Blanc M., *Toward a Developmental Criminology*, „Crime and Justice” 1990, vol. 12.
- Lyons D., *Etyka i rządy prawa*, Warszawa 2000.
- Makarewicz J., *Prawo karne – wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924.
- Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2002.
- Marmor A., *Right-Based Justification of Punishment*, „Israel Law Review” 1987–1988, nr 22.
- Mass Imprisonment Social Causes and Consequences*, ed. D. Garland, London 2001.
- Merryman J.H., *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford 1969.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005.
- Nestoruk I.B., *Zasada ultima ratio na przykładzie niemieckiego prawa karnego*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki karnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006.
- Nozick R., *Philosophical Explanations*, Cambridge, Mass. 1982.
- Ocena skutków regulacji – poradnik OSR, doświadczenia, perspektywy*, red. W. Szpringer, W. Rogowski, Warszawa 2007.
- Peno M., *Filozofia karania – od prawa naturalnego do liberalnej wolności*, „Studia Prawa Publicznego” 2015, nr 3.
- Peno M., *Filozoficzne podstawy karania – uzasadnienie istnienia kary we współczesnych społeczeństwach demokratycznych*, [w:] *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, red. O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło, Warszawa 2012.
- Peno M., *Odpowiedzialność karna i postulat minimalizmu penalnego w kwestiach moralnych*, [w:] *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawa*, red. M. Andruszkiewicz, A. Brezcko, S. Oliwniak, Białystok 2015.
- Peno M., *O potrzebie zdefiniowania odpowiedzialności karnej*, [w:] *Nowelizacja części ogólnej kodeksu karnego – nieunikniona konieczność czy pozorna potrzeba?*, red. E. Grzędą, J. Machalska, Kraków 2013.
- Peno M., *Problem sposobu pojmowania i roli winy w prawie karnym (od dogmatyki do wartości)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, z. 3.
- Peno M., *Wybrane problemy reakcji karnej w społeczeństwie postindustrialnym. Prawo karania – sprawiedliwość – zasada ultima ratio*, „Studia Prawnoustrojowe” 2010, nr 10.
- Peno M., Zieliński M., *Koncepcja derywacyjna wykładni a wykładnia w orzecznictwie Izby Karnej i Izby Wojskowej Sądu Najwyższego*, [w:] *Zagadnienia prawa dowodowego*, red. J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, Warszawa 2011.
- Pierzchała K., *Destygmatyzacja przestępców w świetle Magisterium Kościoła oraz poglądów na resocjalizację*, Kraków 2016.
- Radbruch G., *Ustawa i prawo*, „Ius et lex” 2002, nr 1.
- Raphael D.D., *Problems of Political Philosophy*, London 1989.
- Raz J., *Autorytet prawa*, Warszawa 2000.
- Salmonowicz S., *Prusy. Dzieje państwa i społeczeństwa*, Warszawa 2004.
- Salmonowicz S., *Z wieku Oświecenia. Studia z dziejów prawa i polityki XVIII wieku*, Toruń 2001.
- Shapiro I., *The Moral Foundations of Politics*, New Haven–London 2003.
- Simester A.P., Hirsch A. von, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford 2011.

- Smilansky S., *Dwa paradoksy dotyczące sprawiedliwości i surowości kary*, [w:] S. Smilansky, *10 moralnych paradoksów*, Kraków 2009.
- Soniewicka M., *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad podziałami*, Warszawa 2010.
- Szerer M., *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964.
- Śliwowski J., *Prawo karne*, Warszawa 1975.
- Tur R., *Paternalism and the Criminal Law*, „Journal of Applied Philosophy” 1985, nr 2.
- Utrat-Milecki J., *Podstawy penologii. Teoria kary*, Warszawa 2006.
- Weinrib E.J., *Liberty, Community and Corrective Justice*, „Canadian Journal for Law & Jurisprudence” 1988, nr 1.
- Wenzel M., Okimoto T.G., Feather N.T., Platov M.J., *Retributive and Restorative Justice*, „Law and Human Behavior” 2008, vol. 32.
- Wilson J.Q., *Teoria i praktyka stosowania sankcji karnych*, Warszawa 2006.
- Wojciechowski B., *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012.
- Ziemiński Z., *Teoria prawa a polityka i zasady legislacji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1994, z. 4.

ARE THERE TOO MANY PUNISHMENTS?  
AROUND DOUGLAS HUSAK'S CONCEPT OF CRIMINALIZATION

**Abstract:** The author endeavours to make a critical reflection on the concept of criminalization as formulated by Douglas Husak. D. Husak's views on criminal policy are presented in a wider philosophical context and juxtaposed with assumptions of basic critical trends in criminal law science. Also, some suggestions are formulated to supplement Husak's concept, who points out, above all, when punishment should not be applied. A supplement to Husak's idea is a somewhat perverse attempt to collect model situations, in which recognition of an act as a crime can be justified (which the author himself tried to avoid). In addition, the article attempts to combine the philosophy of law with criminal policy and indicates the need to take into consideration philosophical foundations of criminal law policy.

**Keywords:** CRIMINALITY, MINIMALISM IN CRIMINAL LAW, PHILOSOPHY OF CRIMINAL LAW, PUNISHMENT, CRIMINAL RESPONSIBILITY