

# Michał Peno

---

## Wybrane problemy reakcji karnej w społeczeństwie postindustrialnym : prawo karania - sprawiedliwość - zasada «ultima ratio»

---

Studia Prawnoustrojowe nr 10, 143-157

---

2009

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

**Michał Peno**

Koło Naukowe Prawa Karnego i Kryminologii  
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

## **Wybrane problemy reakcji karnej w społeczeństwie postindustrialnym. Prawo karania – sprawiedliwość – zasada *ultima ratio***

Zamiarem niniejszego opracowania jest próba ustalenia kryterium oceny, które spośród wyzwań stawianych prawu karnemu w społeczeństwie postindustrialnym są relewantne oraz wskazanie tych, które formują reakcję prawnokarną. Szczególna uwaga zostanie zatem poświęcona refleksjom nad przemianami, jakie w prawie karnym zachodziły oraz ich kontekstom społecznym, a także podłożom aksjologicznym, poczynając od okresu krwawej zemsty społecznej (*vindicta publica*) poprzez instrumentalizację w dobie nowoczesnej aż do współczesności, która przynależy do epoki postindustrialnej zwanej też postmodernizmem.

Przede wszystkim należy wskazać na źródło paradygmatów prawa karnego. Przemocny wpływ na kształtowanie się nowożytnego prawa karnego miała szkoła humanitarna związana ściśle z filozofią oświecenia<sup>1</sup>, z tradycji tej zaś czerpie program modernistyczny. Idee oświeceniowe zakładały indeterministyczną wizję człowieka odpowiadającego przed społeczeństwem za własne złe uczynki, do których był bardziej lub mniej z natury skłonny<sup>2</sup>. Dominujący po rewolucji francuskiej liberalny pogląd wyrażony w Deklaracji Praw Człowieka z 1789 r., iż prawo winno stać na straży wyborów autonomicznej jednostki oraz stwarzać jej gwarancje nie autorytarne, lecz racjonalnego oraz humanitarne traktowania<sup>3</sup>, uległ tendencjom scjentyficyz-

---

<sup>1</sup> S. Salmonowicz, *Z wieku oświecenia. Studia z dziejów prawa i polityki XVIII wieku*, Toruń 2001, s. 49–50.

<sup>2</sup> Człowiek jawi się jako istota z natury dobra dla Rousseau, z kolei dla Hobbesa natura człowieka jest zła. Szerzej na ten temat [w:] A. Sylwestrzak, *Historia doktryn polityczno-prawnych*, Warszawa 2002.

<sup>3</sup> A. Gaberle, *Od bezpieczeństwa prawnego do bezpieczeństwa osobistego. O kryzysie prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 5, s. 18–23.

nym oraz dominacji naturalizmu przedmiotowego, czerpiącego z dorobku nauk przyrodniczych. Nie trzeba przypominać, iż obok pozytywnej szkoły prawa, podzielającej te założenia, w pierwszej połowie XIX w. funkcjonowała szkoła klasyczna, korzystająca szerzej z dorobku oświecenia (przejmując idee humanitarystów), opierająca się zwłaszcza na koncepcjach idealistycznej filozofii niemieckiej reprezentowanej przez I. Kanta oraz G. Hegla<sup>4</sup>.

Industrializacja, nauka oraz wolność polityczna to wedle K. Poppera fundamenty cywilizacji europejskiej<sup>5</sup>. Kształtowaniu się nowoczesnych, industrialnych społeczeństw towarzyszył wzrost roli państwa. Sięgając wstecz historii prawa, można zauważyć, iż od chwili wyodrębnienia się w prawie rzymskim kategorii *crimina publica* prawo karne przeszło ewolucję od czynienia przedmiotem ochrony praw suwerena do ochrony praw jednostki<sup>6</sup>. Wniosek taki, wyprowadzany przez niektórych przedstawicieli doktryny, jednak jest problematyczny, jeżeli zastanowić się, kto jest suwerenem we współczesnym państwie demokratyczno-liberalnym. Istotnie, suwerenem jest w tym wypadku społeczeństwo, na które składają się jednostki. Uwaga ta prowadzi do dalszych kontrowersji, które zostaną omówione w dalszej części pracy.

Rezygnacja z kary prywatnej, zastąpienie procesu skargowego inkwizycyjnym to przejawy publicyzacji prawa karnego. Problem zawłaszczania konfliktów został podniesiony przez przedstawicieli nurtu abolicjonistycznego, zwłaszcza N. Christiego, wedle którego przestępstwa to forma konfliktu, którego rozwiązanie niegdyś należało do ofiary i sprawy<sup>7</sup>. W kontekście tym znaczenie zatraciła szkoda wyrządzona ofierze, racją dla przestępstwa było naruszenie *ordo iuris* – porządku prawnego<sup>8</sup>, którego przestrzegania egzekwowało uzbrojone w sprawny aparat biurokratyczny państwo. Utożsamianie porządku z państwem związane jest z tym, iż od czasów wytworzenia się nowożytnego czy nowoczesnego społeczeństwa państwo jako jedyne zajmowało miejsce w przestrzeni<sup>9</sup>, posiadało terytorium, nad którym miało, co do zasady, suwerenną władzę. Jak stwierdza Zygmunt Bauman: „uporządkować pewien fragment świata oznaczało ustanowić niezależne państwo, które mogłoby zaprowadzić ład dzięki posiadanej władzy”<sup>10</sup>. W poglądach Maksa Webera państwo jest podmiotem roszcującym sobie słuszne „prawa do monopolu na stosowanie przymusu na terenie suwerennego terytorium oraz do posiadania służących do tego środków”<sup>11</sup>. Aparat państwowy kreuje oraz tworzy

<sup>4</sup> K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2005, s. 330.

<sup>5</sup> L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001.

<sup>6</sup> A. Gaberle, op. cit.

<sup>7</sup> J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2004, s. 164–165.

<sup>8</sup> W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Gdańsk 2006, s. 16.

<sup>9</sup> Z. Bauman, *Globalizacja*, Warszawa 2002, s. 73.

<sup>10</sup> Ibidem, s. 74–75.

<sup>11</sup> Ibidem.

określone zasady i normy, które z „założenia mają zmieniać przypadek w ściśle zdeterminowaną kolej rzeczy”<sup>12</sup>. Mówiąc w uproszczeniu, państwo to zorganizowana zbiorowość<sup>13</sup>. Przy czym zasada terytorialności państwa jest czymś więcej niż tylko efektem naturalnych bądź sztucznie podsycanych popędów plemiennych, jak uważał Bertrand Badie<sup>14</sup>. Jednakże „nawet wódz, którego stanowisko jest dziedziczne, oparte na wysoce zaszczytnych tradycjach mitologicznych, otoczone półreligijną czcią [...] musi stosować się do określonych norm i krępowany jest więzami prawa”<sup>15</sup>.

Zbiorowość, jak uważali choćby Karol Marks oraz Emil Durkheim, ma wpływ na kształtowanie się osobowości przynależnej do danej społeczności jednostki<sup>16</sup>. Łączyło ich założenie, iż w społeczeństwie, mimo całej jego złożoności, jest tylko jedna grupa, która wytwarza owe wzorce. Wynikało to z dominującego wówczas przekonania o możliwości zastosowania dorobku nauk przyrodniczych do oceny zjawisk społecznych<sup>17</sup>. Duch ten towarzyszył rozwojowi państwa nowożytnego, industrialnego. Czemu innemu miała służyć utylitarna racjonalizacja kary, jak nie wpojeniu skazanym wartości pracy, jakby była to jedyna wartość pozwalająca na przemianę osoby z przestępcy na obywatela? Z. Bauman określa ówczesne benthamowskie panoptyczne domy odosobnienia „fabrykami o surowej dyscyplinie pracy”<sup>18</sup>.

Każda społeczność kreuje oraz różnymi metodami narzuca pewne wzorce zachowania w danej sytuacji<sup>19</sup>. Tajemnicą socjalizacji, czyli trwałego systemu społecznego, jest to, by jednostki postępowały zgodnie z wymaganiami tego systemu, a cel ten realizuje się, wpajając pożądane wzorce behawioralne<sup>20</sup>. Poza indoktrynacją, jak zauważa Z. Baumana, w epoce twardej nowoczesności społeczeństwa producentów<sup>21</sup> zachowanie ustalonego porządku społecznego wymaga również stosowania represji. Jednostki postępują wedle narzuconych wzorców, bo nie ma alternatywy, zachowania wadliwe w niektórych sytuacjach spotykają się z sankcjami. Mogą być to sankcje rozsiane, będące następstwem naruszenia norm moralnych, a przejawiające się w aktach społecznego potępienia jednostki, lub sankcje zinstytucjonalizowane oraz sformalizowane<sup>22</sup>. Tymi drugimi postępuje się prawo karne. Skoro regulacje prawne są związane z rzeczywistością społeczną i pełnią określone funkcje

<sup>12</sup> Z. Bauman, *Globalizacja...*

<sup>13</sup> Cz. Znamierowski, *Szkoła prawa. Rozważania o państwie*, Warszawa 1999.

<sup>14</sup> Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień*, Warszawa 2000, s. 103.

<sup>15</sup> B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, Warszawa 1980, s. 28–41.

<sup>16</sup> S. Ossowski, *Z zagadnień psychologii społecznej*, Warszawa 2000.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Z. Bauman, *Globalizacja...*, s. 128.

<sup>19</sup> S. Ossowski, op. cit.

<sup>20</sup> Z. Bauman, *Szanse etyki w zglobalizowanym świecie*, Kraków 2007.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 17.

<sup>22</sup> W. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2004.

w danych układach społecznych, to kara jest instytucją społeczną, czyli – jak przyjmował Bronisław Malinowski – wyodrębnionym typem działalności zaspokajającej określone potrzeby osób oraz zbiorowości<sup>23</sup>.

Niepokoje pierwszych dziesięcioleci XX w. doprowadziły do zrewidowania poglądów na prawo, które do tej pory miało zakreślać ramy instytucjonalne zachodzących procesów społecznych<sup>24</sup>, na które nie starano się wpływać. Weber zauważył ponadto, iż w związku z rozwojem aparatu biurokratycznego, poszerzeniem funkcji państwa (zadania wynikające z tego, co kryje się pod hasłem interwencjonizmu społecznego i gospodarczego czy *welfare state*) oraz prymatem kryterium skuteczności dla ludzkich zachowań (racjonalizacja instrumentalna) należy z prawa uczynić narzędzie służące realizacji pożądanym przez prawodawcę celów, narzędzie racjonalnego sterowania procesami zachodzącymi w społeczeństwie<sup>25</sup>.

Nowożytny system prawnokarny został skonstruowany tak, by spełniał określone wymogi prakseologiczne oraz aksjologiczne. Stan rzeczy, w którym racjonalne założenia ustawodawcy zostałyby zrealizowane, jest jednak nie do osiągnięcia. Deterministyczny oraz logocentryczny obraz świata poddającego się poznaniu oraz kontroli, zaproponowany przez prądy myślowe modernizmu<sup>26</sup>, ulega poważnemu osłabieniu w konfrontacji ze spontanicznością zjawisk zachodzących w społeczeństwie<sup>27</sup>, które w ramach założeń naturalizmu metodologicznego oraz przedmiotowego traktowano, na wzór nauk przyrodniczych, jako przedmiot badań<sup>28</sup>.

Wskazano już na pogląd, iż zachowanie danej jednostki jest determinowane różnymi czynnikami. Ważną rolę pełni społeczeństwo. Nie jest ono jednak homogeniczne. W jego ramach funkcjonują grupy przedstawiające właściwe tylko sobie wartości<sup>29</sup>, zatem nie ma jednego wzorca moralnego<sup>30</sup>. Andrew von Hirsh zauważa, iż we współczesnym społeczeństwie brakuje monarchy absolutnego, dostojnika kościelnego czy innej instytucji posiadającej dość duży autorytet, by czysto werbalna odpowiedź na przestępstwo była wystarczającą oznaką potępienia moralnego sprawcy<sup>31</sup>. W społeczeństwie nowoczesnym nie ma miejsca na powszechnie uznany autorytet moralny.

Krytyka wizji świata opartej na założeniach scjentyzmu, logocentryzmu oraz determinizmu została podjęta przez prądy postmodernistyczne<sup>32</sup>. Zjawi-

<sup>23</sup> J. Utrat-Milecki, *Podstawy penologii. Teoria kary*, Warszawa 2006.

<sup>24</sup> W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 2004, s. 84.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> W. Morawski, *Co może dać nauce...*

<sup>27</sup> Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpienia*, Warszawa 2002, s. 84.

<sup>28</sup> W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

<sup>29</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.

<sup>30</sup> S. Ossowski, op. cit., s. 50.

<sup>31</sup> A. von Hirsh, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retributywizmie*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 63–68.

<sup>32</sup> W. Morawski, *Główne problemy współczesne filozofii prawa...*

ska, którym owe prądy towarzyszą, opisują epokę postindustrialną czy ponowoczesną, a są to m.in. globalizacja<sup>33</sup>, pluralizm moralny, rozwój komunikacji, etniczność czy kryzys państwa narodowego<sup>34</sup>. Postmodernizm został przez Zygmunta Baumana opisany jako świat etyki bez kodeksów<sup>35</sup>. Globalizacja oraz różnorodność postaw czy wzorców skłania jednostki do refleksji, zmusza do podejmowania wyborów<sup>36</sup>, a ich rezultatem nie muszą być zachowania zgodne z wolą oraz celami tej grupy społecznej, która aktualnie jest w większym stopniu reprezentowana w strukturach władzy. J.-F. Lyotard nieodzowność dokonywania wyborów spośród wielu możliwości, której towarzyszy niepewność ostatecznej wygranej, czyni cechą kondycji ponowoczesnej człowieka<sup>37</sup>.

Przemiany, które zachodzą od lat 50. czy 60. XX w., opisuje zjawisko globalizacji. Jak podaje Z. Bauman pojęcie globalizacji oznacza „nieokreślony, kapryśny i autonomiczny charakter świata i jego spraw, brak centrum, brak pulpitu operatora [...]”<sup>38</sup>. Jest to jedna z przyczyn kryzysu państwa.

Wnioski płynące z przedstawionych przemian skłaniają do podjęcia próby analizy związków między reakcją karną a moralnością. Przy czym na potrzeby niniejszej analizy wystarczy jedynie wskazać węzłowe problemy szerszego zagadnienia, a mianowicie zależności, jakie zachodzą między prawem a moralnością w ogólności.

W literaturze przedmiotu wyróżnia się relacje przedmiotowe, walidacyjne oraz funkcjonalne<sup>39</sup>. Jeżeli chodzi o pierwszy rodzaj relacji, odnoszącej się do zakresu regulacji prawa i moralności<sup>40</sup>, to istnieją dwa poglądy. Zdaniem Georga Jellinka prawo określa minimum moralności, istnieje tu pewien stosunek podporządkowania<sup>41</sup>. Pogląd ten poddawany jest szerokiej krytyce<sup>42</sup>. Inna dominująca w prawoznawstwie teoria stoi na stanowisku, iż zakresy regulacji prawa i moralności krzyżują się<sup>43</sup>, w efekcie tylko niektóre normy prawne pokrywają się z regulacją moralną. Relacje walidacyjne dotyczą wpływu moralności na obowiązywanie prawa. Wedle pozytywistycznego podejścia, reprezentowanego przez Austina czy Kelsena, normy prawne sprzeczne z moralnością obowiązują do czasu ich formalnego uchylecia. Pamiętajć jednak należy o tzw. formule Radbrucha, która zakłada, iż w pewnych okolicznościach prawo jest tylko ustawowym bezprawiem. Wyraża to zasada

<sup>33</sup> Z. Bauman, *Globalizacja...*

<sup>34</sup> W. Morawski, *Co może dać nauce...*

<sup>35</sup> W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

<sup>36</sup> S. Ossowski, op. cit.

<sup>37</sup> J.-F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna*, Warszawa 1997.

<sup>38</sup> Z. Bauman, *Globalizacja ...*

<sup>39</sup> W. Lang, *Prawo i moralność*, Warszawa 2003.

<sup>40</sup> W. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa...*

<sup>41</sup> J. Warylewski, *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*, Gdańsk 2007.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> Ibidem.

*lex iniustissima non est lex*<sup>44</sup>. Ostatni typ zależności, tzn. relacje funkcjonalne, odnoszą się do wpływu norm moralnych na treść norm prawnych, a także do tego, czy i jak prawo kształtuje postawy moralne<sup>45</sup>.

W tym miejscu warto wprowadzić kilka, kolejnych już, spostrzeżeń retrospektywnych. F. Liszt wiązał początek dziejów kary z początkami współzycia społecznego ludzi<sup>46</sup>. Kara jest instytucją społeczną, ma zatem swój określony cel, a jest nim ochrona ładu społecznego, pewnych zastanych wzorców i wartości. Ta instytucja społeczna przechodziła przez wszystkie stopnie rozwoju społeczeństw, począwszy od społeczności pierwotnych.

Termin „prawo” wiązać należy z paremią *ubi societas ibi ius*. Już społeczeństwo pierwotne wypracowuje oraz narzuca swoim członkom pewne właściwe sobie wzorce. Wobec tego zaczątków prawa można doszukiwać się w najwcześniejszych stadiach rozwoju społeczeństw, na długo przed wykształceniem się organizacji państwowej<sup>47</sup>. Sigmund Freud opisał zwyczaje pierwotnych mieszkańców Australii. Społeczność ta wykształciła normy, których naruszenie skutkowało śmiercią<sup>48</sup>. Taka reakcja na złamanie normy wynikała z poczucia zagrożenia bytu tej społeczności. System norm stanowił gwarancję ładu, z którego zachowaniem wiązano przetrwanie. Brak władzy państwowej nie oznacza zatem, iż nie istnieje system prawa, także prawa karnego. Zwłaszcza jeśli przyjąć, iż prawo karne to „zbiór szczególnych reguł kulturowych, rozumianych jako specyficzny przejaw aktywności określonego społeczeństwa, w postaci norm prawnokarnych”<sup>49</sup>.

W społeczeństwie pierwotnym sankcje nakładane były w ramach rodu<sup>50</sup>. Rozwój kary od najdawniejszych czasów prowadzi od władzy patriarchalnej, w której sąd rodowy nad przestępcą należał do członków rodu pod przewodnictwem patriarchy, do społeczności opartej na więzach innych niż zasada pokrewieństwa. „Odkąd jeden taki ród ze swoim przywódcą wysunął się na czoło pewnego terytorium, zamieszkałego przez wiele rodów zebranych w większe grupy terytorialne, ród ten uzyskuje prawo karania całej grupy terytorialnej”<sup>51</sup>. „Zależność jednostki od rodu ustępowała zależności od władcy. Wykształcały się pierwsze organizmy państwowe”<sup>52</sup>. Konstytuująca się władza wykorzystywała pewne rytuały, czyli wedle Durkheima – działania zbiorcze wzmacniające więź społeczną, mające zatem znaczenie dla istnienia

<sup>44</sup> L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

<sup>45</sup> L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa...*

<sup>46</sup> B. Sygit, *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007, s. 46.

<sup>47</sup> K. Sójka-Zielińska, op. cit., s. 15–16.

<sup>48</sup> S. Freud, *Totem i Tabu*, [w:] idem, *Pisma społeczne*, Warszawa 1998, s. 247–249.

<sup>49</sup> R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 254.

<sup>50</sup> K. Sójka-Zielińska, op. cit.

<sup>51</sup> M. Hendelsman, *Kara w najdawniejszym prawie polskim*, Warszawa 1907, s. 226–257.

<sup>52</sup> K. Sójka-Zielińska, op. cit.

zbiorowości<sup>53</sup>, wrośnięte w społeczną świadomość ładu społecznego i moralnego, etycznego<sup>54</sup>. Do etyki w ujęciu obiektywnym należy osądzenie danej rzeczy jako dobrej albo złej, tzn. czy można przypisać jej wartość dodatnią, czy ujemną z ludzkiego punktu widzenia. Natomiast do ujętej subiektywnie etyki należy stwierdzenie, czy dana rzecz jest dobra, czy zła dla kogoś. Uzasadnienie takiego osądu odbywa się poprzez odwołanie do danego celu<sup>55</sup>. Etyka, jak zauważył Levinas, jest czymś pierwotnym, można powiedzieć, iż „wyprzedza państwo – jest jedynym źródłem i ostatecznym trybunałem legitymacji państwa”<sup>56</sup>. Ład społeczny był odbiciem ładu świętego, nie mógł być podważany. W tym przejawiała się sakralność w myśleniu pierwotnym. Polegała na traktowaniu wszelkiej tradycji jako niepodważalnej i świętej<sup>57</sup>. Państwo chciało, by widzieć w nim sacrum, z nim utożsamiany miał być ład. Legitymizowało to działania państwa w oczach poddanych. W starożytnej Grecji naruszenie norm państwowych równoznaczne było z bezbożnością<sup>58</sup>. *Polis* uczyniło z kary narzędzie służące utrzymaniu ładu społecznego. Wyrażało to utylitarne podejście do kary, która miała chronić i zadośćuczynić. Punktem odniesienia, w miejsce obrazu przedmiotu wierzeń, stawało się społeczeństwo<sup>59</sup>.

Instytucja kary sięga daleko wstecz historii, do czasów, zanim pojawiło się państwo. Jednak dla bytu kary kryminalnej, która może być uznana za nową jakość, następczynię wszystkich sposobów reakcji na złamanie reguł lub za ich wykształconą w toku przemian nowożytną formę<sup>60</sup>, konieczne jest spełnienie innych przesłanek. Odróżniać należy samosąd, zemstę (*lynch*, *vindicta publica*) od wymiaru sprawiedliwości karnej<sup>61</sup>. Jak zauważył Th. Hobbes, krzywdy pochodzącej od osób prywatnych nie można nazwać karą<sup>62</sup>. Aby mówić o karze kryminalnej, konieczna jest przynajmniej obecność arbitra czy autorytetu<sup>63</sup>. Poza karą kryminalną istnieją w każdym społeczeństwie inne rodzaje kar, rozumiane jako pewna dolegliwość z przypisaną ujemną oceną czynu. Pojęcie kary nie jest tożsame z tym, co niesie ze sobą określenie „kara kryminalna”, gdyż ta jest zracjonalizowaną, formalną odpłatą<sup>64</sup>, jest skutkiem popełnienia przestępstwa.

<sup>53</sup> E. Nowicka, *Świat człowieka, świat kultury*, Warszawa 2001, s. 444–445.

<sup>54</sup> J. Utrat-Milecki, op. cit.

<sup>55</sup> R. Zawłocki, op. cit., s. 127–128.

<sup>56</sup> Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień...*

<sup>57</sup> E. Nowicka, op. cit., s. 444–445.

<sup>58</sup> J. Utrat-Milecki, op. cit.

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> T. Hobbes, *Lewiatan*, Warszawa 1958, s. 277.

<sup>63</sup> M. Porowski, *O kulturowej tożsamości więźniów*, [w:] M. Porowski (red.), *IPSiR dzisiaj*, Warszawa 1998, s. 39.

<sup>64</sup> J. Świta, *Filozoficzne i socjologiczne ujęcie kary*, [w:] *Kara kryminalna. Analiza psychologiczno-prawna*, Lublin, s. 14–25.



Pojawienie się przestępstw, czyli czynów naruszających interesy ogółu społeczności, związane jest genetycznie z powstawaniem państwa<sup>65</sup>. Społeczeństwa pierwotne nie znały pojęcia przestępstwa. Reakcja na dany godzący w obyczaj czyn była raczej odpowiedzią na niesprawiedliwość, nie na przestępstwo. Pojęcie niesprawiedliwości zdaje się uprzedzać idee sprawiedliwości. Zatem to sprawiedliwość jawi się jako zaprzeczenie niesprawiedliwości<sup>66</sup>. Źródłem *vindicta publica* było poczucie niesprawiedliwości, nie zaś taki stan, w którym nie było sprawiedliwości. „Zasada wzajemności dostarcza sankcji dla każdej reguły, zawiera się w każdym akcie”<sup>67</sup>. Jednakże prawo nie ogranicza się do norm stanowionych przez suwerenne państwo. Zresztą samo pojęcie suwerenności, zwłaszcza w znaczeniu bodinowskim<sup>68</sup>, można dziś uznać za zdezaktualizowane. Istnieją porządki prawne inne niż państwowe. Prawo kanoniczne składa się na system normatywny Kościoła rzymskokatolickiego, niezależny od państwowego.

*Ius puniendi* jest realizowane poprzez stanowienie kar, orzekanie kar, a także ich wykonywanie oraz darowanie<sup>69</sup>. Prawo kanoniczne doby średniowiecza było równorzędnym w stosunku do świeckiego źródłem prawa i jego autorytet był powszechnie uznany. Kościół przypisywał sobie prawo do stanowienia kar oraz ich wymierzania. Jurysdykcja kościelna nie obejmowała co prawda „czynów gwałtownych”, ale świeccy mogli być pociągani do odpowiedzialności karnej przed sądy kościelne za herezję, kazirodztwo, lichwę, znieważenie, napaść na duchownego czy czary. Sposoby reakcji karnej miały naturę ekonomiczną bądź moralną, tzn. karą był post, jałmużna lub ekskomunika. Herezja stała się przestępstwem, które zaczęło ścigać również państwo. Od XI czy XII w. grzechy przeciwko Kościołowi nazywano przestępstwami kryminalnymi, rozumiano przez to pogwałcenie prawa kanonicznego<sup>70</sup>.

Działalność sądów kościelnych, w tym inkwizycyjnych skazujących za herezję, dowodzi, iż prawo karania (*ius puniendi*) nie musi być realizowane przez państwo. Argument, iż wykonywanie przez państwo *ius puniendi* daje pewność najlepszej realizacji funkcji gwarancyjnej czy sprawiedliwościowej prawa karnego, jest chybiony, na co wskazuje trudne doświadczenie ludzkości związane z rządami totalitarnymi czy też, sięgając wcześniej – trybunałami reprezentującymi rząd rewolucyjnej Francji w trakcie powstania w Wandei<sup>71</sup>.

W świetle ustaleń doktryny prawa karnego kara kryminalna to przewidziana w ustawie konsekwencja popełnienia przestępstwa, przejawiająca się jako celowa osobista dolegliwość wymierzana przez organy państwowe, któ-

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień...*

<sup>67</sup> B. Malinowski, op. cit., s. 28–41.

<sup>68</sup> A. Sylwestrzak, op. cit., s. 157.

<sup>69</sup> J. Warylewski, op. cit.

<sup>70</sup> B. Sygit, *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007, s. 302–307.

<sup>71</sup> Szerzej na ten temat w: P. Jasienica, *Rozważania o wojnie domowej*, Kraków 1985.

rymi wobec art. 174 Konstytucji RP<sup>72</sup> są sprawujące wymiar sprawiedliwości sądy<sup>73</sup>. Istotę jej wyjaśnia się również poprzez sprecyzowanie celów. Wyróżnia się cel ogólnoprewencyjny, szczególnoprewencyjny, kompensacyjny, jak również sprawiedliwościowo-retrybucyjny<sup>74</sup>. Należy przy tym zaznaczyć, iż w nauce prawa karnego podejmowano próby skonstruowania rozbudowanej definicji kary kryminalnej<sup>75</sup>.

Kara jest niepożądanym skutkiem celowego działania, które zmierza do wyeliminowania zachowań aspołecznych i dewiacyjnych<sup>76</sup>. Przepięstwo jest rodzajem zachowania dewiacyjnego, czyli takiego, które łamie przyjęte społecznie normy. Istotą przepięstwa jest to, iż dane zachowanie stanowi czyn zabroniony przez prawo, które reprezentuje normy przyjęte przez społeczeństwo<sup>77</sup>. Element potępienia moralnego odróżnia metody karnoprawne od sankcji cywilnoprawnych<sup>78</sup>. W karze wyraża się dezaprobatę dla czynu oraz sprawy<sup>79</sup>. Reakcja karna jest komunikatem wyrażającym naganę oraz potępienie<sup>80</sup>. Stąd też nie sposób zamienić kary kryminalnej na inne formy reakcji na zjawisko przepięstwa. Choć skuteczniej sterować stosując nagrody niż zakazy<sup>81</sup>, sterowanie negatywne jest bowiem mniej skuteczne od pozytywnego<sup>82</sup>, to jednak – jak trafnie zauważa L. Fuller<sup>83</sup> – przyznawanie każdorazowo nagród za posłuszeństwo wobec prawa byłoby nie tylko niewykonalne, ale wręcz absurdalne. Richard Posner w ekonomicznej teorii prawa karnego uzasadnia karę kryminalną jako reakcję na przepięstwo faktem, iż przy stosowaniu odpowiedzialności odszkodowawczej „wielkość odszkodowania, która miałaby charakter odstraszający, często przekraczałaby możliwości płatnicze przepięstwy”<sup>84</sup>, przy czym główną funkcją prawa karnego jest powstrzymywanie jednostek od omijania systemu dobrowolnej oraz zrównoważonej wymiany, tak by omijanie rynku było nieefektywne<sup>85</sup>.

Ujemna wartość danej rzeczy z punktu widzenia ludzkiego przesądza, iż dana rzecz jest zła. Rzecz taka spotka się z powszechnym potępieniem. Doko-

<sup>72</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 (Dz.U. z 2001 r., nr 78, poz. 483).

<sup>73</sup> M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008; J. Majewski, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2007; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 237; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 253.

<sup>74</sup> Z. Sienkiewicz, [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 263–264.

<sup>75</sup> J. Utrat-Milecki, op. cit.

<sup>76</sup> J. Koziński, *Koncepcje psychologiczne człowieka*, Warszawa 1977, s. 44.

<sup>77</sup> W. Zalewski, op. cit., s. 254.

<sup>78</sup> J. Utrat-Milecki, op. cit., s. 65.

<sup>79</sup> L. Gardocki, op. cit., s. 253; A. Marek, op. cit., s. 237.

<sup>80</sup> R. A. Duff, *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” 2006, nr 1.

<sup>81</sup> W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

<sup>82</sup> J. Koziński, op. cit., s. 44.

<sup>83</sup> L. Fuller, *Anatomia prawa*, Lublin 1993, s. 43–56.

<sup>84</sup> R. Posner, *Ekonomiczna teoria prawa karnego*, „Ius et Lex” 2007, nr 1, s. 22–23.

<sup>85</sup> Ibidem.

nując recepcji poglądów Levinasa, można konstatować, iż sprawiedliwość jest czymś wtórnym w stosunku do etyki. Sprawiedliwość jest bowiem przynależna do ładu politycznego. Pojawia się w związku z tym pytanie o sprawiedliwość jako czynnik formujący reakcję karną oraz probierz jej oceny.

Kwerenda bibliograficzna wykazała, iż pojęcie „sprawiedliwość” stowarzyszy nierozłącznie rozważaniom nad tzw. *argumenta iuris puniendi*. Prawo karne pełni m.in. funkcję sprawiedliwościową, w związku z czym stosowanie norm prawnokarnych powinno zaspokajać społeczne poczucie sprawiedliwości<sup>86</sup>.

C. Beccaria podkreślał, iż „jedyną i prawdziwą miarą wagi przestępstw jest szkoda”<sup>87</sup> wyrządzona ogółowi społeczeństwa. Kodeks karny<sup>88</sup> posługuje się definicją materialną przestępstwa, ujmując je formalnomaterialnie. Z art. 1 § 2 k.k. wynika zasada *nullum crimen sine periculo sociali*<sup>89</sup>. Stąd też przestępstwem jest tylko czyn społecznie szkodliwy, ale szkodliwość ta musi wystąpić w stopniu wyższym niż znikomy<sup>90</sup> (jest to treść materialna przestępstwa). Racją rozważań nad kryterium oceny społecznej szkodliwości czynu zabronionego jest to, iż samo prawo karne z powodu braku instrumentarium badawczego nie jest w stanie wyjaśnić istoty społecznej szkodliwości. Kryteriów tej oceny należy szukać w istocie prawa karnego, w którą wpisane są racje aksjologiczne. Wskazuje się, iż kryterium oceny społecznej szkodliwości sprowadzać się może do odpowiedzi na pytanie: „czy zastosowanie określonej reakcji karnoprawnej byłoby sprawiedliwe ze społecznego punktu widzenia?”<sup>91</sup>.

Porządek etyczny opisuje Levinas, używając określenia „międzyludzkość”. Międzyludzkość polega na odpowiedzialności i nieobojętności wobec innych. W ładzie *polis* owa perspektywa międzyludzka może się zagubić pośród praw, które określają wzajemne zobowiązania jego obywateli<sup>92</sup>. Wyróżnić można zatem dwa porządki: etyczny oraz polityczny. Sprawiedliwość jest przynależna do ładu politycznego, jest związana z państwem. Politycznie określaną sprawiedliwość należy jednak oceniać przez pryzmat etyki. Owa pierwotność etyki powoduje ciągłe niepokoje, bowiem sprawiedliwość, jak to ujmuje Levinas, to tyle co ciągłe oczekiwanie większej sprawiedliwości<sup>93</sup>.

Przyjęcie tak rozumianej sprawiedliwości za formującą reakcję karną oraz probierz jej oceny, skłania do następujących konstatacji.

<sup>86</sup> A. Marek, op. cit., s. 14–17.

<sup>87</sup> C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959.

<sup>88</sup> Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.).

<sup>89</sup> Zasady odpowiedzialności karnej to: *nullum crimen sine lege, nullum crimen sine lege certa, nullum crimen sine lege stricta, nullum crimen sine lege poenali anteriori, nullum crimen sine culpa*, Szerzej P. Kozłowska-Kalisz, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Podręczny komentarz*, Kraków 2006.

<sup>90</sup> A. Marek, op. cit.

<sup>91</sup> R. Zawłocki, op. cit., s. 262.

<sup>92</sup> Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień...*

<sup>93</sup> Ibidem.

R. Antony Duff w rozprawie *Karanie obywateli* zauważa, iż reakcja kar na obarczona jest niepewnością moralną, skoro bowiem rozwinięte demokratyczne państwo współczesne jest reprezentantem obywateli, to oznacza, iż jedni obywatele karzą drugich<sup>94</sup>. Czynią to po to, aby odstraszyć jeszcze innych obywateli. Jak wspomniano, jednym z celów kary kryminalnej jest prewencja ogólna, której idea sprowadza się przecież do tego, by karanie danej osoby służyło odstraszeniu innych<sup>95</sup>. Jest to wątpliwe etycznie. Wątpliwość ta, którą nie zaprzętały sobie głowy zwolennicy utylitarne go podejścia do kary, pojawia się już w myśli kantowskiej. Wymierzając karę, nie można kierować się korzyściami, nie jest ona bowiem środkiem do realizacji jakichś celów, ale sprawiedliwym odwetem, tzn. takim, który wynika z poczucia obowiązku. Kara jest bezwarunkowym nakazem moralnym<sup>96</sup>.

Wbrew jednak kantowskiej wierze w apodyktyczność praw etyki, zadaniem instytucji społecznych jest „uwalnianie pewnych typów działań od ocen moralnych”<sup>97</sup>. Zatem związek między reakcją karną a sprawiedliwością ulega samoograniczeniu z przyczyn podyktowanych zasadami prakseologii. Aby społeczeństwo mogło przetrwać wobec wielości postaw moralnych, konieczne jest osiągnięcie pewnego stopnia zgodności w tym zakresie<sup>98</sup>. Prawo ludzkie skierowane jest do człowieka jako członka społeczności<sup>99</sup>. Społeczeństwo ma zatem prawo wymuszać taką zgodność na jednostkach<sup>100</sup>. B. Shuller zauważa, iż ustawodawca musi mieć jednak wzgląd na moralne możliwości adresata. Już G. Simmel podnosił, iż nie ma prawa powszechnego czy takiej powinności, która zobowiązując jednostkę do określonego uczynku, stałaby ponad pytaniem, czy zachowanie to jest jej obowiązkiem<sup>101</sup>. G. Radbruch stwierdził natomiast, iż ukarać można tylko osobę uznającą wartości obowiązującego prawa.

Zgodnie ze standardami wypracowanymi przez współczesne rozwinięte społeczeństwa kara kryminalna jest następstwem popełnienia przestępstwa (*nulla poena sine crimini*), które musi być przewidziane w ustawie (*nullum crimen sine lege*)<sup>102</sup>. Kryminalizacja danych czynów następuje z przyczyn aksjologicznych i są to wówczas czyny *mala per se*. Natomiast w przypadku czynów *mala prohibita* uzasadnienie aksjologiczne nie jest już tak eksponowane. W ujęciu doktryny *mala prohibita* to przestępstwa indyferentne moralnie<sup>103</sup>.

<sup>94</sup> R. A. Duff, op. cit.

<sup>95</sup> Z. Bauman, *Globalizacja...*

<sup>96</sup> J. Warylewski, op. cit., s. 41–44.

<sup>97</sup> Z. Bauman, *Globalizacja...*

<sup>98</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.

<sup>99</sup> A. Kaniowski, *Suporrogacja. Zagubiony wymiar etyki*, Warszawa 1999, s. 73.

<sup>100</sup> R. Dworkin, op. cit.

<sup>101</sup> A. Kaniowski, op. cit., s. 389–390.

<sup>102</sup> M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*

<sup>103</sup> J. Warylewski, op. cit., s. 28.

Można zaryzykować stwierdzenie, iż ujęcie aksjologiczne jest zagubionym wymiarem prawa karnego. Owa etyczna racja prawa karnego została w realiach XX-wiecznych zapomniana, gdyż „fizyczne zagęszczenie ludności przewyższyło znacznie jej zwartość moralną”<sup>104</sup>. Ustawodawstwo służyło „ograniczaniu różnorodności za pomocą kategorii zdefiniowanych przez prawo”<sup>105</sup>, co było koniecznym warunkiem zaprowadzenia porządku, rozumianego jako kontrola nad procesami społecznymi oraz sterowanie nimi.

Państwo nowoczesne, opierając prawo na zaczerpniętej z nauk przyrodniczych zasadzie *stimulus-response*, próbowało kontrolować zjawiska zachodzące w społeczeństwie. Następstwem tego jest jednak nieefektywność działań opartych na chybionych przeciw założeniach. Wszak zjawiska społeczne zachodzą spontanicznie. Pokładanie nadziei w wizji racjonalnego ustawodawcy, który – jak chciał już C. Beccaria – miał swą mocą prawodawczą prowadzić ludzi do możliwie największego szczęścia<sup>106</sup>, skutkowało jurydycją życia społecznego. Jak stwierdził J. Habermas, zorganizowane na zasadzie racjonalności instrumentalnej prawo jako medium zaczęło regulować stosunki należne do świata życia. Te zaś powinny podlegać racjonalności komunikacyjnej, czyli działaniom zorientowanym na wolną od przymusu komunikację oraz konsensualne regulowanie konfliktów społecznych. J. Habermas stwierdził także, iż kontrola nad procesami społecznymi jest możliwa o tyle, o ile ludzie wypełniają swoje obowiązki<sup>107</sup>. Drogą do wymuszenia wypełniania obowiązków przez ludzi jest zwiększenie roli nakazów i zakazów. Służąc oznaczonym politycznie celom, kontrola staje się wartością samą w sobie. Na gruncie reakcji karnej przejawia się to tendencjami do zaostrzania represji karnej.

Instrumentalizacji prawa towarzyszy proces selektywności detalizacji prawa, spowodowany narastającym zróżnicowaniem społeczeństw. Przejawia się to w ustanawianiu przepisów prawno-karnych poza obrębem kodeksu. Zawarta w rozdziale XV k.k. norma prawna wyrażona w przepisie<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Z. Bauman, *Globalizacja...*

<sup>105</sup> Ibidem, s. 126.

<sup>106</sup> C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959, s. 203.

<sup>107</sup> W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

<sup>108</sup> W rozważaniach przyjęto założenie o normatywnej budowie przepisu prawa. Przepis prawa jest jedynie jednostką redakcyjną, z której to rekonstruuje się normę prawną. Zgodnie z poglądem A. Delorme'a, przepis ma charakter normatywny, gdy wyraża choć jeden element treściowy normy (w zasadzie Delorme przyjmuje dwa rozumienia normatywności przepisu prawa; wedle innego, który odrzucam, przepis prawa ma charakter normatywny, gdy zawiera wszystkie elementy treściowe normy prawa). Norma prawna winna zawierać cztery elementy syntaktyczno-treściowe (por. A. Michalska, S. Wronkowski, *Zasady tworzenia prawa*, Poznań 1980, s. 6), tj. określenie adresata, okoliczności, nakazu albo zakazu oraz zachowania. Przepis prawa karnego zbudowany jest z normy sankcjonowanej (choć mogą to być normy *leges imperfectae*, z którymi zagrożenie sankcją się nie łączy) oraz sankcjonującej. Pierwsza nakazuje czy zakazuje zachowania, druga określa reakcję karną. Szerzej na ten temat Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007.

art. 116 k.k. stanowi, iż przepisy części ogólnej tego kodeksu stosuje się do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, chyba że ustawy te wyraźnie wyłączają ich zastosowanie. Przepis ten określa zasady stosowania ogólnej części kodeksu karnego do tzw. ustaw karnych dodatkowych, które to przewidują odpowiedzialność karną *sensu stricto*<sup>109</sup>. *De lege lata* katalog przestępstw pozostających poza regulacją kodeksową zawarty jest w przeszło 130 ustawach dotyczących różnych dziedzin oraz aspektów życia społecznego, tj. środowiska, rolnictwa, gospodarki, zdrowia, pracy i ubezpieczeń społecznych, bezpieczeństwa osób i mienia, porządku publicznego, stanów nadzwyczajnych, komunikacji, kultury, wyborów oraz działalności partii politycznych, funkcjonariuszy publicznych, kontroli oraz inspekcji czy najcięższych zbrodni<sup>110</sup>.

Prawo karne staje się instrumentem sterowania niezależnym od stanowiących rację jego bytu funkcji ochrony elementarnych standardów etycznych<sup>111</sup>. Wartości moralne, których prawo karne było gwarantem, zostają odeń oderwane, a było to implikacją prymatu instrumentalnego (użytecznego) doń podejścia. Klasa czynów zabronionych nie jest zatem związana z moralnością, ale z instrumentalizacją prawa. Komunitariański paternalizm państwa pretendującego do tego, by wskazywać jednostce nie tylko sposoby działania, ale też cele, pokrywa się z niezadowoleniem ze stopnia własnej sprawiedliwości. Sprawiedliwość jednak, by była zaprzeczeniem niesprawiedliwości, musi pozostawać w związku ze swymi etycznymi korzeniami<sup>112</sup>. Reżimy demokratyczne przybierają dziś formę „władzy opinii”. Decyzje podejmowane przez władzę są implikacją kalkulacji zorientowanych na zdobycie poparcia możliwie dużej liczby wyborców<sup>113</sup>. Tymczasem państwo sprawiedliwe – jak mówi Levinas – to państwo sprawiedliwych. Władza polityczna zbyt często jednak próbuje zdobyć aprobatę dla swych działań bądź skłaniać do ich podjęcia w drodze manipulacji, wykorzystując niewiedzę o faktach czy też przedstawiając je fałszywie<sup>114</sup>. Mill zauważył, iż „lud sprawujący władzę to nie zawsze ten sam lud, nad którym władza jest sprawowana”<sup>115</sup>. Prawa stanowiące są przez ludzi, a ludzkie poznanie nie jest wolne od błędów<sup>116</sup>. W ujęciu pozytywistycznym, reprezentowanym przez Kelsena czy Austina, prawo oraz moralność to dwa oddzielne porządki, obywatel zaś powinni przestrzegać pra-

<sup>109</sup> M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Podręczny komentarz...*

<sup>110</sup> W. Kotowski, B. Kutrzępa, *Przestępstwa pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 80–91.

<sup>111</sup> W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

<sup>112</sup> Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień...*

<sup>113</sup> Ibidem.

<sup>114</sup> W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

<sup>115</sup> J. S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959, s. 121.

<sup>116</sup> M. A. Krapiec, *Porządek prawny („ordo iuris”) – rzeczywistość czy fikcja?, „Ius et Lex”* 2002, nr 1, s. 136.

wa nawet niesłusznego czy niesprawiedliwego. Wedle klasycznej szkoły prawa karnego, prawo ma przede wszystkim spełniać warunki formalne<sup>117</sup>. Tymczasem tylko dlatego, iż normy prawne zostały ustanowione przez władzę, nie będą miały mocy rządzenia ludźmi<sup>118</sup>. Na tym tle rysuje się obraz ponowoczesnego prawa karnego jako „niedokończonego projektu”<sup>119</sup>.

Węzłowym problemem, z jakim uporać musi się ustawodawca, formując reakcje karnoprawną jako odpowiadającą współczesnym wyzwaniom, a tym samym efektywną (czyli realizującą postulowane funkcje), jest to, by probierzem penalizacji była sprawiedliwość oceniana przez pryzmat etyki. Nasuwa się smutna konstatacja, iż stan ten nie jest możliwy do osiągnięcia.

Rozwiązaniem możliwym jest rekonstrukcja polityki karnej, zmierzająca do rewizji funkcji, do których realizacji reakcja karnoprawna została uformowana. Według zasady subsydiarności regulacji prawnokarnej, powinna ona być stosowana jako *ultima ratio*, tj. wtedy, gdy inne metody, właściwe innym dziedzinom prawa, okażą się niewystarczające<sup>120</sup>. Kara kryminalna jest przecież najostrzejszą formą reakcji na zachowanie wadliwe z punktu widzenia pożądanego przez społeczeństwo stanu rzeczy. Zresztą sterowanie behawioralne jest mało efektywne. Nie ma więc powodów, poza politycznymi, by kryminalizować kolejne kategorie zachowań lub zjawisk społecznych czy też zwiększać represyjność kodeksu karnego. Słuszna jest też depenalizacja możliwie dużej liczby czynów uznanych za zabronione oraz zmniejszanie represyjności sankcji karnoprawnych w możliwie dużym stopniu. Rozproszenie wiązki uprawnień państwa wynikających z *ius puniendi* na inne podmioty należy uznać za zasadne, skoro państwo nie daje szczególnych gwarancji ani efektywności, ani praworządności. Państwo nie jest uznanym autorytetem. Nie będzie ponadto stwierdzeniem nowym, iż państwowy wymiar sprawiedliwości raczej eliminuje na jakiś czas sprawcę niż samo zjawisko przestępczości.

## Summary

### **Selected problems in the response of criminal justice in post-industrial societies. Right to punishment – justice – the principle of ultima ratio**

The era of modernism is a thing of the past, as well as the image of the world depicted in modernistic doctrines. The world no longer seems to be a reasonable construct, social phenomena are not controllable, science

<sup>117</sup> R. Dworkin, op. cit., s. 47–53.

<sup>118</sup> M. A. Krapiec, op. cit., s. 137.

<sup>119</sup> J. Habermas używa tego określenia w stosunku do modernizmu. Szerzej L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

<sup>120</sup> A. Marek, op. cit., s. 14.

occurred an insufficient cure for social problems. Contemporary criminal reaction stems from the industrial age, derives from identifying social order with the state.

Law originates in times long before founding the first states. Punishment, treated as a remedy against wrong is connected with the oldest societies. In this manner, justice is the opposite of wrong, while ethics are original to justice.

But law has become a tool of the state. The paternalistic belief, that the state should make its citizens content caused that the criminal law lost its ethic dimension and began to prove ineffective. Implementing this belief also resulted in the fact, that increasing number of areas of social life started to be subject to law. In the case of criminal law it is connected with the growth of repressiveness, increasing the number of acts regarded as crimes and regulating them in legislation outside the penal code.

The criminal punishment is the most severe reaction to a conduct which is improper because of not meeting social demands. According to the principle of subsidiarity the criminal reaction should be regarded as the last resort. Basing on this principle a revision of criminal policy should be made. The reform should also take ethic aspects into consideration, and avoid treating the law as an instrument.