

Rozdział I. Polityka kryminalizacyjna

§ 1. Wprowadzenie

W każdym podręczniku do prawa karnego można znaleźć określenie, że 1 przestępstwo jest czynem o takim nasileniu społecznej szkodliwości w swoim normalnym przebiegu, że konieczna jest interwencja państwa za pomocą prawa karnego. Mogłoby się więc wydawać, że rola ustawodawcy w tym zakresie jest stosunkowo prosta. Należy ustalić, jakie czyny występujące w danym społeczeństwie cechuje taka społeczna szkodliwość i zabronić ich pod groźbą kary kryminalnej. Rzeczywistość jest jednak o wiele bardziej skomplikowana. Na to, jakie zachowanie określone zostanie jako przestępstwo, wpływa bardzo wiele czynników. Samo pojęcie społecznej szkodliwości należy do kategorii ocen-nych i mogą występować różnice zdań co do naganności danego zachowania. Nie wszystkie też szkodliwe czyny mogą zostać zabronione. Albo trudno o jednoznaczny ich opis, albo kryminalizacja powoduje zbyt wiele negatywnych konsekwencji, których trzeba unikać.

2 Opublikowana w 1995 r. monografia *L. Gardockiego* „Zagadnienia teorii kryminalizacji”¹ jest pierwszym kompleksowym opracowaniem tego zagadnienia w polskiej doktrynie prawa karnego. Później ten, jakże ważny, problem nie doczekał się odpowiedniego zainteresowania². Drugie opracowanie monograficzne autorstwa *J. Kuleszy* – „Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego”, opublikowane w 2017 r., w większym stopniu koncentruje się na zgodności procesu kryminalizacji z postanowieniami Konstytucji, dlatego też nie jest prostym rozwinięciem dzieła *L. Gardockiego*. Prace obu autorów mają określony wkład w rozwój teorii dotyczących kryminalizacji.

¹ *L. Gardocki*, Zagadnienia teorii kryminalizacji, Warszawa 1995.

² *J. Kulesza*, Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego, Łódź 2017, s. 9–10.

✓ Opisowa i normatywna nauka o kryminalizacji

- 3 *L. Gardocki* wyróżnia **opisową i normatywną naukę o kryminalizacji**¹. Opisowa nauka o kryminalizacji zajmuje się rzeczywistymi powodami kryminalizacji danych zachowań. Normatywna nauka o kryminalizacji obejmuje tworzenie zasad, którymi ustawodawca powinien kierować się, podejmując decyzję o kryminalizacji i dekryminalizacji. Przy czym jest dosyć sceptyczny co do oddziaływania tej drugiej na praktykę stanowienia prawa. Nawet naukowe dowody świadczące o nieskuteczności lub wręcz szkodliwości kryminalizacji często nie przekonują ustawodawcy. Wynika to z konieczności społecznej akceptacji, przynajmniej w podstawowym zakresie, działań ustawodawcy. Istotniejsze znaczenie wydaje się mieć opisowa nauka o kryminalizacji. Pozwala ona bowiem na zrozumienie mechanizmów rządzących uznawaniem określonych czynów za przestępstwa.

✓ Pojęcie kryminalizacji

- 4 *L. Gardocki* oraz *J. Kulesza* przez **pojęcie kryminalizacji rozumieją** zarówno **wprowadzenie do prawa karnego nowego typu przestępstwa, jak i utrzymywanie dotychczasowej karalności danego czynu**². Niewątpliwie jednak rozważania dotyczące kryminalizacji mają najdonioślejsze znaczenie w przypadku rozszerzenia kryminalizacji na nowy obszar i o nowe zachowania wykazujące cechy społecznej szkodliwości.

✓ Przyczyny kryminalizacji

- 5 Typy przestępstw tworzy się po to, żeby w przypadku zaistnienia określonego zabronionego zachowania wymierzyć sprawcy właściwą karę. Co do celowości karania za czyny zabronione istnieją dwie grupy teorii. **Teorie absolutne** widzą w niej sprawiedliwą odpłatę za zło wyrządzone przestępstwem. Karanie nie wymaga wobec tego dodatkowego uzasadnienia. **Koncepcje utilitarne** w procesie karania widzą sposób na zapobieżenie popełnianiu przestępstw w przyszłości. Charakterystyczne, że wśród wymienianych w literaturze szkół prawa karnego: klasycznej, pozytywnej, socjologicznej, kierunków obrony społecznej, neoklasycznej, tylko pierwsza i ostatnia **uznają karę za pewien imperatyw. Wymierzenie kary jest niezbędne dla przywrócenia porządku**. W takim ujęciu kara jest nie tylko reakcją na czyn sprawcy, ale także na oburzenie moralne tym czynem wywołane. Może to wynikać z faktu, że **myśliciele oświecenia postulowali, aby kara kryminalna miała racjonalny, a więc celowościowy charakter**.

¹ *L. Gardocki*, Prawo karne, Warszawa 2015, s. 27–30.

² *Tenże*, Zagadnienia teorii, s. 7–9; *J. Kulesza*, Problemy teorii, s. 17.

✓ Kryminalizacja racjonalna

Racjonalny to znaczy rozumny, uzasadniony, oparty na wiedzy, rozsądnie przemyślany¹. W tej słownikowej definicji nie zawarto co prawda tego elementu, ale należałoby dodać: celowy. Dlatego za działanie racjonalne uznać można takie, które podjęto, aby zrealizować założony cel. W przypadku **racjonalnej kryminalizacji** można powiedzieć, że jest nią takie działanie ustawodawcy, które ma zrealizować cel z zakresu polityki kryminalnej. Cele te wydają się wprost wynikać z funkcji prawa karnego. Inaczej jednak można stawiać cele w przypadku, gdy uznaje się, że oprócz funkcji gwarancyjnej, kompensacyjnej i sprawiedliwościowej, prawo karne pełni jedynie funkcję ochronną, inaczej zaś gdy doda się funkcję komunikacyjną, afirmacyjno-motywacyjną czy represyjną.

Dlatego przyjętą przez *L. Gardockiego* klasyfikację powodów kryminalizacji należy rozpatrywać jedynie jako jedną z możliwych propozycji, zarówno ze względu na podział kryminalizacji, jak i umieszczenie w niej poszczególnych kategorii. Autor sam określa ten podział jako hipotezę. Dzieli kryminalizację na racjonalną i emocjonalną. Do kryminalizacji racjonalnej zalicza ochronę dobra prawnego, utwierdzenie postaw moralnych i rozładowywanie napięć społecznych. Wyszczególnia ponadto: kryminalizację symboliczną, kryminalizację uproszczoną, kryminalizację doktrynalną, kryminalizację dyscyplinującą oraz inne powody kryminalizacji racjonalnej. Mieści się w tych ostatnich utrzymywanie w mocy przepisów, które straciły już swoje znaczenie, czy wprowadzanie przepisów kryminalizujących za względu na zobowiązania międzynarodowe.

✓ Ochrona dobra prawnego

Ochrona dobra prawnego jest najczęściej podawanym **uzasadnieniem kryminalizacji danego czynu**. *L. Gardocki* utożsamia ją ze szkodliwością czynu. Można więc stwierdzić, że dane dobro prawne jest na tyle istotne, że jego naruszenie lub zagrożenie naruszenia wymaga prawnokarnej reakcji. Jednakże wspomniany autor wyraża szereg wątpliwości, czy rzeczywiście zawsze zachodzi taki mechanizm. Zwraca uwagę, że nie wszystkie społecznie szkodliwe czyny są przestępstwami, a w przypadku wielu typów przestępstw sprecyzowanie dobra prawnego jest bardzo trudne. Można twierdzić, że decyduje stopień tej społecznej szkodliwości czynu, ale to ilościowe kryterium jest bardzo ocenne. Poza tym są takie typy przestępstw, jak np. zabójstwo, które pozostałyby pewnie czynami zabronionymi, nawet gdyby dowiedziono nieskuteczno-

¹ *Z. Rysiewicz* (red.), *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 1961, s. 558.

ści prewencji za pomocą prawa karnego. Jednakże, przy wszystkich zastrzeżeniach, wiadomo, czym się kieruje ustawodawca, dokonując kryminalizacji z tej przyczyny.

✓ Kryminalizacja symboliczna

- 8 **Kryminalizacja symboliczna** to kryminalizacja **dokonywana w celu zaakcentowania wagi danego dobra prawnego**. Natomiast nie jest jej celem rzeczywiste przeciwdziałanie kryminalizowanym zachowaniom. Zdaniem *L. Gardockiego* jedynym elementem odróżniającym taką kryminalizację od kryminalizacji w celu ochrony dobra prawnego jest świadomość ustawodawcy. W tym bowiem przypadku zdaje on sobie sprawę z prewencyjnej nieskuteczności podejmowanego działania, jednak tak naprawdę jego celem jest jedynie podkreślenie, jak istotne jest dane dobro prawne, a nie jego realna ochrona. Kryminalizacja symboliczna rzadko jest dokonywana jawnie, wraz ze wskazywaniem jej rzeczywistych intencji. Najczęściej oficjalnym uzasadnieniem jest ochrona dobra prawnego. Chyba najlepiej ilustruje ten rodzaj działania ustawodawcy utrzymywanie przestępstwa cudzołóstwa w XX-wiecznych kodeksach karnych. Trudno uwierzyć w wiarę prawodawcy w skuteczność prewencyjnej skuteczności tego rodzaju regulacji.

✓ Kryminalizacja emocjonalna

- 9 Utwierdzenie postaw moralnych powiązane może być z ochroną określonego dobra prawnego, jak też z kryminalizacją emocjonalną. W wielu bowiem przypadkach zachowania naruszające stosunki społeczne są niezgodne z normami moralnymi. Rażąco naruszenie tych norm powoduje zaś **silne reakcje emocjonalne**. **W przypadku tego rodzaju kryminalizacji ustawodawca promuje swój system moralny**, który jednak nie musi być tożsamy z normami uznawanymi przez całe społeczeństwo, co może powodować tworzenie sytuacji konfliktowych. Zmiana prawa karnego w zakresie ochrony zwierząt w reakcji na głośny przypadek znęcania się może spowodować konflikt ze środowiskiem hodowców oraz tej części społeczeństwa, która ma bardziej zachowawcze poglądy.

W kryminalizacji mającej na celu rozładowanie napięć społecznych *L. Gardocki* widzi zaspokojenie społecznej potrzeby reakcji na silnie frustrujące zdarzenia. W ten sposób tłumaczy karanie zwierząt w starożytności czy uchwalenie ustawy o zwalczaniu spekulacji w 1981 r.¹ Jest to działanie socjotechniczne,

¹ Zob. ustawa z 25.9.1981 r. o zwalczaniu spekulacji (tekst pierwotny: Dz.U. Nr 24, poz. 124).

którego adresatem nie są potencjalni sprawcy przestępstw, ale ogół społeczeństwa¹.

✓ Kryminalizacja uproszczona

Kryminalizacja uproszczona polega na **takiej konstrukcji czynu zabronionego, aby można było** za jakieś naganne zachowanie **stosunkowo łatwo pociągnąć do odpowiedzialności**. W rzeczywistości chodzi o karnoprawny zakaz innego zachowania, które trudno jest udowodnić. *L. Gardocki* podaje przykład nieumyślnego paserstwa. Samo nabycie jakiegoś przedmiotu w określonych okolicznościach łatwiej stwierdzić niż stan świadomości co do jego pochodzenia. Kryminalizacja uproszczona często ma postać **zakazu posiadania lub brania udziału**. W przypadku kryminalizacji uproszczonej zakazy mają utrudnić popełnienie innego przestępstwa, ale nie mają bez tego samodzielnego bytu.

✓ Kryminalizacja doktrynalna

Celem kryminalizacji doktrynalnej jest zapewnienie wewnętrznej logiki i spójności systemu prawa karnego, nawet jeżeli nie wymaga tego ochrona dobra prawnego. Przykładem może być przestępstwo udziału w bójce lub pobiciu. Początkowo zakładano penalizację jedynie udziału w takim zdarzeniu, które spowoduje śmierć lub uszczerbek na zdrowiu człowieka. Ponieważ jednak uznano, że tak naprawdę akcent jest tu położony na szkodliwe następstwo określonego zachowania, co spełnia kryteria typu kwalifikowanego, który należałoby odnieść do odpowiednio ujętego typu podstawowego, rozszerzono zakres kryminalizacji na sam udział w bójce lub pobiciu o charakterze niebezpiecznym dla życia lub zdrowia człowieka.

✓ Kryminalizacja dyscyplinująca

Kryminalizacja dyscyplinująca jest sposobem na **spotęgowanie obawy przed władzą**, a nie na ochronę dobra prawnego. Tworzone są liczne przepisy, które często mają szeroko określone znamiona. Powoduje to stan niepewności obywateli co do obowiązującego prawa, a w razie naturalnych w tej sytuacji wątpliwości podmiotem dokonującym jego wykładni są urzędnicy.

Kryminalizacja emocjonalna to pierwotny sposób reakcji na przestępstwo. Naruszenie normy obowiązującej w społeczeństwie z reguły wzbudza silne emocje. Tego rodzaju działania ustawodawcy nie są dążeniem do osiągnięcia jakiegoś określonego celu, tylko odreagowaniem negatywnych emocji związanych z samym wyobrażeniem czynu. Wskazuje się tu na pewne zachowa-

¹ *L. Gardocki*, Zagadnienia teorii, s. 61.

nia, jak np. czynności seksualne z dziećmi, które pewnie byłyby zakazane, nawet gdyby naukowo została udowodniona nieskuteczność prawnokarnego zakazu¹.

Ważne jest, że *L. Gardocki* wskazuje na powody kryminalizacji, czyli to co rzeczywiście leży u podstaw podejmowania decyzji, a nie deklarowane cele. Zauważyć należy, że nie wszystkie podawane przyczyny podejmowania działań kryminalizacyjnych mieszczą się w realizacji funkcji prawa karnego. Wskazać tu można na rozładowanie napięć społecznych czy kryminalizację dyscyplinującą. Przyczyny leżą w tych przypadkach bardziej po stronie polityki, niż polityki kryminalnej. Dlatego do tak ujętych przyczyn kryminalizacji należałoby też dołączyć zdobywanie głosów wyborców. Nie wprost, ale wspomina o tym *L. Gardocki*, opisując np. rozładowywanie napięć społecznych czy kryminalizację dyscyplinującą. Dlatego oceniając racjonalność działań ustawodawcy, należy najpierw stwierdzić, czyje i jakie interesy mają realizować stanowione przepisy z zakresu prawa materialnego. Może też należy mówić o kryminalno-politycznej racjonalności kryminalizacji, przez którą z kolei należałoby rozumieć realizację funkcji prawa karnego.

✓ Test pozwalający stwierdzić kryminalizację emocjonalną

- 13 Pisząc o ochronie dobra prawnego jako przyczynie kryminalizacji, *L. Gardocki* proponuje **test** polegający na zadaniu pytania, czy dany przepis powinien dalej funkcjonować, gdyby udowodniono, że jest całkowicie nieskuteczny w zakresie prewencji. Autor ma wątpliwości co do konsekwencji stwierdzenia takiej nieskuteczności w przypadku zabójstwa, kradzieży czy zgwałcenia². Interesujące jest więc przeciwstawienie kryminalizacji racjonalnej – kryminalizacji emocjonalnej. Omawiając tę ostatnią, *L. Gardocki* odwołuje się do koncepcji kary pierwotnej, o której pisał *J. Makarewicz*. Kara ta ma być naturalnym i uzasadnionym przez psychologię społeczną skutkiem przestępstwa³. Kara to efekt oburzenia społeczności na łamiącego normy. W dalekiej przeszłości ta emocjonalna reakcja cementowała grupę, z której przestępca był usuwany. Badania wskazują, że takie emocjonalne reakcje dalej są na porządku dziennym i to one odpowiadają za popularność skrajnych poglądów rozprzestrzeniających się w mediach społecznościowych⁴. *L. Gardocki* twierdzi, że kryminalizacja emocjonalna może uchodzić za wstydliwą w krajach, w których szczególnie ceni

¹ Tamże, s. 79.

² Tamże, s. 56.

³ Tamże, s. 76–77.

⁴ *M. Fisher*, W trybach chaosu. Jak media społecznościowe przeprogramowały nasze umysły i nasz świat, Warszawa 2023, s. 114–118.

się racjonalność działania. Można jednak postawić pytanie, czy zaspakajanie bardzo istotnych potrzeb społeczeństwa nie jest działaniem rozumnym, uzasadnionym, opartym na wiedzy, rozsądnie przemyślanym. Oczywiście rację miał *J. Makarewicz*, twierdząc, że gdyby słuchać społeczeństwa przy tworzeniu prawa karnego, w dalszym ciągu występowałyby procesy czarownic. Można jednak rozróżnić odczytywanie zakorzenionych potrzeb społecznych od reagowania na bieżące wydarzenia w celu uzyskania doraźnego poklasku. W związku z tym można stwierdzić, że kryminalizacja emocjonalna nie zawsze jest nierozumna ani nieprzemyślana, a pojęcie kryminalizacji racjonalnej należy rozumieć jako działanie ustawodawcy skierowane na osiągnięcie skonkretyzowanego, stosunkowo krótkoterminowego celu.

Charakterystyczne, że *L. Gardocki* do kryminalizacji emocjonalnej zalicza wprowadzenie zakazu znęcania się nad zwierzętami. Dzisiaj chyba zaliczono by przepisy obejmujące tego rodzaju czyny do obszaru ochrony dobra prawnego. To pokazuje **zmienność w czasie** w podejściu do różnego rodzaju dóbr i konieczności ich ochrony.

§ 2. Pięcioetapowy model kryminalizacji

Jak proponuje *J. Kulesza*, proces kryminalizacji należałoby podzielić na pięć zasadniczych etapów, w ramach których dokonywane byłyby oceny cząstkowe odnoszące się do poszczególnych aspektów danego etapu kryminalizacyjnego. Pierwszym byłoby stwierdzenie występowania w rzeczywistości społecznej zachowania odbieranego przez społeczeństwo jako niebezpieczne dla dóbr prawnych, czyli naruszającego je bądź narażającego w stopniu przekraczającym społecznie akceptowane granice. Drugi etap stanowiłoby rozważenie kwestii konieczności reakcji prawnokarnej. Trzecim byłaby ocena przydatności ustanowienia normy sankcjonującej, czwartym – ocena proporcjonalności reakcji prawnokarnej, piątym zaś – możliwość ujęcia zakazu w sposób uwzględniający zasady prawa karnego, z zasadą *nullum crimen sine lege* na czele¹. 14

✓ Negatywne skutki kryminalizacji

Do propozycji *J. Kuleszy* dodać chyba należy bardzo istotny element, jakim jest przewidywanie ewentualnych negatywnych skutków kryminalizacji. Banalne jest bowiem stwierdzenie, że prawnokarne zakazy jakiegos zachowania nie powstrzyma wszystkich przed takiego rodzaju działaniami. Ludzie zaś 15

¹ *J. Kulesza*, Zarys teorii kryminalizacji, Prok. i Pr. 2014, Nr 11–12, s. 92.

inaczej zachowują się, dokonując czynności legalnych, inaczej zaś kiedy robią coś, co musi pozostać w ukryciu. To ukrycie powoduje, że danego zjawiska nie da się kontrolować, w tym sensie, że nie da się sprawdzać jakości np. nielegalnych towarów lub usług. Kontrola w takiej sytuacji może polegać tylko na próbach likwidacji danego zachowania w społeczeństwie. Dlatego można zasugerować dodanie kolejnego etapu w postaci przygotowania prognozy co do zachowań osób związanych z danym zachowaniem, potencjalnych sprawców, ale i ofiar bądź też osób zainteresowanych działaniami sprawców, jako nabywców nielegalnych towarów.

Pobudza też do refleksji co do jego trafności w obecnej rzeczywistości postulat stwierdzenia występowania danego, społecznie szkodliwego zachowania, co do którego rozważa się możliwość kryminalizacji. Coraz intensywniejsze kontakty międzynarodowe społeczeństwa, zarówno jeżeli chodzi o fizyczne przemieszczanie się, jak i przepływ informacji, prowadzą do przyjmowania obcych dotychczas wzorców zachowań, zarówno tych korzystnych, jak i niekorzystnych. Dlatego możliwe staje się przewidzenie początku występowania w przyszłości w danym kraju zjawisk, które już występują w krajach sąsiednich. Wydaje się, że ustawodawca, zdając sobie z tego sprawę, może podejmować działania wyprzedzające, nie ograniczając się tylko do reagowania na to, co już jest.

✓ Brak gwarancji w przypadku sankcji administracyjnych

- 16 J. Kulesza słusznie zwraca uwagę, że zagwarantowanie przestrzegania pewnych regulacji wyłącznie przez sankcje administracyjne pozbawia osobę im poddaną gwarancji właściwych dla postępowania karnego. Ustawodawca może bowiem określić zachowanie zagrożone sankcją w sposób ogólny, co może być sprzeczne z obowiązującą w prawie karnym zasadą *nullum crimen sine lege*¹. Wyraźnie widać tutaj konflikt między uznawaniem prawa karnego za *ultima ratio* a rzeczywistością, w której inne niż prawnokarne sposoby reakcji na czyn mogą być bardziej dolegliwe dla tego, kto zostanie im poddany.

Propozycja J. Kuleszy stanowi w istocie zestaw kryteriów, według których należałoby oceniać każdą inicjatywę w zakresie kryminalizacji. Kryteria te z natury rzeczy są ocenne i w konkretnych sytuacjach dokonane na ich podstawie ustalenia mogą być kwestionowane. Nie da się bowiem jednoznacznie stwierdzić, że dany czyn powinien zostać poddany kryminalizacji, choć co do zdecydowanej większości czynów zabronionych panuje powszechna zgoda, że muszą one być uznawane za przestępstwo. Nikt nie kwestionuje konieczności prawnokarnego zakazu zabójstwa, zgwałcenia czy kradzieży. Kontrowersje na-

¹ Tamże, s. 97.

tomiast związane są z czynami budzącymi spory od bardzo długiego czasu, jak np. aborcja, z pojawiającymi się nowymi zjawiskami, jak w swoim czasie przestępczość komputerowa, lub z nowym zakresem ochrony dóbr już od dawna chronionych, jak własność intelektualna. Wartością modeli, zgodnie z którymi powinien przebiegać proces kryminalizacji, jest zmuszenie ustawodawcy do przemyślenia i uzasadnienia swoich działań. Takie uzasadnienie, rozbite na kilka kryteriów, powinno ułatwiać unikanie błędów w zakresie kryminalizacji i pozwolić na osiągnięcie oczekiwanego standardu i rzeczywistej przydatności wprowadzanych przepisów.

§ 3. Szczególne koncepcje mające związek z polityką kryminalizacyjną

I. Uwagi ogólne

Od czasu powstania wspomnianej monografii *L. Gardockiego* upłynął stosunkowo długi okres, w którym świat się bardzo zmienił, zarówno pod względem realiów politycznych, jak i technologii będących w dyspozycji człowieka. Pojawiły się albo zostały bardziej zauważone różne koncepcje, a także problemy wpływające na działalność ustawodawców w obszarze prawa karnego oraz ocenę stanowionej legislacji. Poniżej przedstawione zostaną koncepcje mające różny związek z polityką kryminalizacyjną, jednak zawarte tam tezy niewątpliwie dają asumpt do stawiania pytań o rzeczywiste znaczenie zakresu kryminalizacji. Trzeba bowiem zauważyć, że pojawił się nowy aktor na scenie w postaci komercyjnych mediów elektronicznych. Zmieniło się też podejście do prawa karnego w działalności polityków, zaś ustawodawca w większej mierze niż kiedyś ograniczony jest w swobodzie działań ze względu na konieczność współpracy międzynarodowej. Zaczęto też dostrzegać problem zróżnicowania co do stopnia zinternalizowanych norm postępowania wśród mieszkańców jednego kraju. 17

II. Kryminologia radykalna¹

Przez długi czas badania kryminologiczne koncentrowały się na znalezieniu odpowiedzi na pytanie, dlaczego jedni ludzie popełniają przestępstwa, a inni 18

¹ Fragment opracowany na podstawie: *L. Falandysz*, W kręgu kryminologii radykalnej, Warszawa 1986.

nie. Dopiero mniej więcej w połowie XX w. zaczęto się przyglądać funkcjonowaniu całego systemu wymiaru sprawiedliwości, w tym rzeczywistym beneficjentom procesu kryminalizacji. Kryminologowie radykalni, często odwołując się do koncepcji marksistowskich, twierdzili, że system zwalczania przestępstw jest tak naprawdę systemem kontroli klasowej.

- 19 Za sztandarowe dzieło tego nurtu należy uznać książkę *I. Taylora, P. Waltona i J. Younga* – „The New Criminology: For a Social Theory of Deviance”¹. Zawarto tam tezę, że kryminologia co do zasady nie jest skoncentrowana na takich problemach jak nierówności w zakresie posiadania władzy i majątku, zwłaszcza nierówności szans życiowych; kryminologia popadła w korekcjonizm, podczas gdy przestępczość jest wynikiem warunków społecznych, a likwidacja przestępczości wymaga głębokich zmian społecznych. Można odpowiedzieć, że kryminologia zajmuje się badaniem warunków, takich jakie występują w rzeczywistości, a zmiany społeczne znajdują się poza jej zasięgiem. Natomiast zwłaszcza problem nierówności szans powinien skłonić do zastanowienia się, czy polityka kryminalizacyjna nie służy czasami do pozbywania się ze społeczeństwa tych, którzy nie radzą sobie w życiu, a wynika to z niedostatków systemu edukacji i pomocy społecznej. Dosyć odległą w czasie sytuację opisał *W. Chambliss*. Kiedy w XIV w. w Anglii brakowało rąk do pracy w majątkach możnowładców, prawo dotyczące włóczęgostwa służyło dostarczaniu tam robotników. Kiedy w XVI w. podaż pracy była nadmierna, to samo prawo służyło pozbywaniu się z miast tych, których uznano za przeszkadzających na danym terenie.

✓ Pogłębianie dewiacji przez instytucje państwowe

- 20 Godne uwagi jest spostrzeżenie *E. Lemerta*, że agendy państwa, których zadaniem jest przeciwdziałanie dewiacji, swoimi działaniami te dewiacje pogłębiają. Do podobnych wniosków doszedł *E. Berne* na podstawie swoich badań z zakresu psychologii². Można zaryzykować twierdzenie, że jest to ogólna prawidłowość. Dlatego należy pozytywnie ocenić daleko idącą ostrożność co do rozszerzania zakresu kryminalizacji, gdyż powoduje ona zawsze pewne koszty społeczne, o czym już była mowa.

✓ Dorobek kryminologii radykalnej

- 21 Wartość kryminologii radykalnej polega przede wszystkim na zakwestionowaniu dotychczasowych założeń w badaniach nad przestępczością. Odrzuc-

¹ *I. Taylor, P. Walton, J. Young, The New Criminology: For a Social Theory of Deviance*, London 1973.

² *E. Berne, W co grają ludzie. Psychologia stosunków międzyludzkich*, Warszawa 2024, s. 118–125.

no dotychczasowy, konsensualny model społeczeństwa, zgodnie z którym istnieje jeden, powszechnie akceptowany system wartości. Istotne było również zwrócenie uwagi na selektywność działania organów wymiaru sprawiedliwości, która nie jest przypadkowa, a skierowana na ochronę interesów dominującej grupy w społeczeństwie. Zmiany w zakresie kryminalizacji należy zbadać również pod kątem tego, czyje i jakie interesy są w tym przypadku reprezentowane. W społeczeństwie funkcjonują bowiem różne grupy mogące zyskać lub stracić na tych zmianach lub chcących narzucić innym swój system wartości. Kryminologia radykalna zakwestionowała też aksjomat, że państwo i prawo są zawsze dobre i reprezentują interesy całego społeczeństwa. Przy czym nie chodzi o niemożliwe do uniknięcia błędy, ale celowe działanie, podejmowane w interesie określonej grupy.

III. Ekonomiczna koncepcja przestępczości¹

Jeżeli chce się adekwatnie opisać proces kryminalizacji, dobrze jest sięgnąć poza etap prac legislacyjnych i poznać koncepcje, które kierują działaniami projektodawców. Poniżej jedna z takich głośnych dosyć koncepcji. 22

Rozpatrywanie bilansu zysków i strat w przypadku rozważania kry- 23
minalizacji jest czymś powszechnym. Ten nurt w utylitaryzmie reprezentowany był przez *J. Bethama*, a kontynuował go *G. Becker* w swoim artykule poświęconym ekonomice przestępczości i kary opublikowanym w 1968 r.² Tekst ten zainspirował wielu do działania na rzecz wprowadzenia tej filozofii w prawie karnym. Zacząć należy od tego, że ekonomiczna teoria przestępczości wykorzystuje metody ekonomiczne do analizy problemów prawnych³. Można się jednak zastanawiać, czy takie proste przełożenie jednej gałęzi nauki na inną jest odpowiednie. Zgodnie z tą koncepcją przestępcy działają tak, aby uzyskać ze swoich działań maksimum korzyści. Rozważają możliwość podjęcia działań legalnych, opierając się na dostępnych im informacjach i podejmują racjonalne dla nich działania, z uwzględnieniem swoich oczekiwań oraz obiektywnych możliwości. O racjonalności można mówić w kontekście preferencji konkretnej osoby, np. uwzględniając przekonania moralne. Podejmując decyzję, potencjalny sprawca bierze pod uwagę potencjalne koszty, czyli ryzyko ujęcia oraz su-

¹ Koncepcja ta została przedstawiona na podstawie: *J. Czabański*, Ekonomiczne podejście do przestępczości, *Edukacja Prawnicza* 2005, Nr 5.

² *R.A. Posner*, An Economic Theory of the Criminal Law, *Columbia Law Review* 1985, vol. 85, No. 5, s. 1193.

³ *D. Mlikotin Tomić, A. Šega*, Ekonomska analiza prava: razvoj i aktualnost, *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu* 2006, godina 4, s. 366.

rowość możliwej kary, a także korzyść uzyskaną w wyniku popełnienia czynu zabronionego. Jeżeli ryzyko ukarania pomnożone przez surowość kary przekroczy przewidywany zysk z przestępstwa, potencjalny sprawca nie złamie prawa. Państwo przez takie działania jak finansowanie policji określa prawdopodobieństwo wykrycia i ujęcia sprawcy. Państwo również określa wysokość kary.

- ✓ Alternatywne do kalkulowania zysków i strat modele podejmowania decyzji o popełnieniu przestępstwa

24 Można mieć wiele zastrzeżeń do prawidłowości przedstawionego powyżej rozumowania. W literaturze są opisane sytuacje, w których rozważania poprzedzające decyzję o popełnieniu przestępstwa zupełnie nie mają związku z ryzykiem i karą. *M. Kosewski* analizuje konflikt między motywem korzyści a dążeniem do realizacji wartości. Konflikt ten rodzi wewnętrzne napięcie, co jest nieprzyjemnym uczuciem. Może nastąpić przez zmianę jednego z wyznawanych do tej pory przekonań albo przez wprowadzenie trzeciego elementu pozwalającego na uznanie, że odczuwany do tej pory konflikt jest w rzeczywistości pozorny. Służą temu usprawiedliwienia: „wszyscy tak robią”, „jest taki obyczaj w naszym zawodzie, że ...”, „nic na to nie można poradzić, ale takie są realia życia”, czyli uznanie, że odstępianie od wyznawanych norm jest w pełni uzasadnione¹. Przykład ten pokazuje jedno z ograniczeń teorii ekonomicznej. Ważniejsza jednak z punktu widzenia polityki kryminalizacyjnej jest kwestia, czy ekonomiczna teoria przestępczości mogłaby mieć zastosowanie do rozważań ustawodawcy, czy wprowadzić nowy typ przestępstwa.

25 W tym kontekście nasuwa się pytanie, czy jeżeli przeprowadzony bilans zysków i strat wypadnie negatywnie, należy odstąpić od kryminalizacji. Jak wspomniano, jest to zagadnienie rozpatrywane dosyć często². Przedstawiona powyżej koncepcja jest dobrym materiałem pogładowym ze względu na dosyć proste przedstawienie ograniczonej liczby argumentów z zakresu kalkulacji ekonomicznej. *L. Gardocki* wątpi, żeby przeprowadzenie takiego bilansu było możliwe, ze względu na to, że trzeba by porównywać niedające się jednoznacznie porównać dobra. Autor ten twierdzi też, że gdyby nawet można było precyzyjnie określić zyski i straty, a porównanie to wypadłoby na korzyść powstrzymania się od kryminalizacji, bardzo często nie można by było tak postąpić, przynajmniej w przypadku ochrony niektórych dóbr.

Analiza ekonomicznej teorii przestępczości wskazuje też, że przy podejmowaniu decyzji o kryminalizacji nie można opierać się wyłącznie na jednej kon-

¹ *M. Kosewski*, Wartości, godność, władza. Dlaczego porządni ludzie czasem kradną, a złodzieje ujmują się honorem, Warszawa 2008, s. 20–27.

² *L. Gardocki*, Zagadnienia teorii, s. 109–116.

cepcji i jednym aspekcie zagadnienia, natomiast trzeba – w miarę możliwości – uwzględnić całokształt złożoności życia społecznego.

IV. Populizm penalny

✓ Definicja penalizmu penalnego

W. Zalewski zaproponował następującą definicję populizmu penalnego: „zespół społecznych przekonań, a także działań politycznych i legislacyjnych podejmowanych z programowym ograniczeniem roli ekspertów, współkształtowany przez media, charakteryzujący się surowym nastawieniem do przestępczości i brakiem współczucia dla jej sprawców”¹. W zakresie polityki kryminalizacyjnej powyższa definicja od razu wskazuje kierunki, które może ona przybrać pod wpływem populizmu penalnego. Działania polityczne polegają na wykorzystywaniu albo wręcz kreowaniu strachu przed przestępczością i wskazywaniu prostych rozwiązań tego problemu. Natomiast rzeczywistym celem tych działań jest zdobycie popularności i głosów wyborców. Dostępną metodą jest nagłaśnianie pojedynczego, wzbudzającego silne emocje zdarzenia i przedstawianie go jako symptomu powszechnego zjawiska. Lansowanym narzędziem przeciwdziałania jest rozszerzenie kryminalizacji na tego typu przypadki i zagrożenie ich surowymi sankcjami albo podwyższenie wysokości kar w przepisach już obowiązujących.

✓ Populizm penalny a postawa mediów

Polityczne wykorzystanie populistycznych haseł możliwe jest w dużej mierze dzięki postawie mediów. Badania przeprowadzone w Niemczech² pokazują zafałszowanie rzeczywistości w zakresie zagrożenia przestępczością. Mimo spadku liczby popełnianych przestępstw badania opinii społecznej pokazywały powszechne przekonanie, że występuje tendencja wzrostowa. *Ch. Pfeiffer, M. Windzio* oraz *M. Kleimann* przyczyny takiego zjawiska upatrywali w działalności telewizji komercyjnych. Prezentowanie tam przestępstw nie ma na celu informowania tylko dostarczenia rozrywki, a wybór określonego tematu służy zwiększeniu liczby odbiorców i czasu trwania ich uwagi. W telewizjach pojawiły się programy fabularyzowane przedstawiające np. pracę policjantów. Jednakże wielu widzów uważa, że przedstawiane są tam prawdziwe wydarzenia.

¹ *W. Zalewski*, Populizm penalny – próba zdefiniowania zjawiska, [w:] *Z. Sienkiewicz, R. Kokot* (red.), *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce*, Wrocław 2009, s. 31–32.

² *Ch. Pfeiffer, M. Windzio, M. Kleimann*, Media, zło i społeczeństwo. Wykorzystanie mediów i ich wpływ na postrzeganie przestępczości i postawy wobec polityki karnej, *Archiwum Kryminologii* 2005–2006, t. XXVIII, s. 33–53.

Specyficzny jest też styl takich programów jak reportaże przedstawiające głośne przestępstwa. Charakteryzują go emocje, dziennikarstwo udratyzowane i spersonalizowane. Więcej czasu poświęca się też problematyce przestępczości. Taka tendencja występuje na świecie (podobne wyniki dały badania prowadzone w USA i Kanadzie) od połowy lat 80. Efektem jest przekonanie, że liczba przestępstw wzrasta, co łączy się z silniejszym poczuciem lęku przed przestępczością. To zaś powoduje coraz powszechniejsze postawy punitywne wśród społeczeństwa.

- 28** Widać wyraźnie pewną zbieżność interesów mediów i polityków, starających się zdobyć wyborców poprzez prezentowanie siebie jako tego, kto ma skuteczną receptę na rosnące zagrożenie. Populizm penalny jest rzeczywistością w wielu krajach. Trudno w przypadku działań podejmowanych w ramach tego nurtu mówić o polityce kryminalizacyjnej. W tym przypadku chodzi wyłącznie o uzyskanie efektu politycznego (poparcia wyborców), a nie zmian w obszarze przestępczości.

V. Kryminalizacja popytu

- 29** Tradycyjnie, kiedy ustawodawca chciał uniemożliwić korzystanie z pewnych towarów lub usług, regulacje prawnokarne polegały na zakazie produkcji, sprzedaży lub świadczenia. Najbardziej oczywistym przykładem jest polityka wobec narkotyków czy prostytucji. Od tej zasady były tylko dwa odstępstwa, a mianowicie posiadanie środków odurzających oraz paserstwo. Jednak można stwierdzić, że w Polsce nabywcy narkotyków wchodzący w ich posiadanie nie byli karani niejako przy okazji. Głównym celem kryminalizacji posiadania tych środków było bowiem uniknięcie trudności dowodowych w przypadku ujęcia sprzedającego, który posiada przy sobie tylko niewielkie ilości zakazanego specyfiku. Jeżeli posiadanie na własny użytek byłoby niekaralne, handlującemu często nie można byłoby przypisać popełnienia przestępstwa. Podobnie w przypadku paserstwa. Czynności wykonawcze w takiej sytuacji polegają bowiem na nabywaniu rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego, jej przyjęciu, pomaganiu do jej zbycia lub ukrycia. W tym przypadku tylko nabywanie odnosi się do popytu. Odmienne podejście do problemu przeciwdziałania pewnym zachowaniom zaczęły prezentować ustawodawcy we Francji i Szwecji. Stwierdzono tam, że skoro kryminalizacja podaży jest nieskuteczna, należy zredukować popyt. Przejawiło to się we wprowadzeniu posiadania towarów naruszających prawa do znaku towarowego oraz korzystania z odpłatnych usług seksualnych.

- ✓ Przepięstwo posiadania towaru oznaczonego znakiem towarowym naruszającym prawa innego podmiotu

Zgodnie z art. L716-10 francuskiego kodeksu własności intelektualnej (*Code de la propriété intellectuelle*) karze podlega także ten, kto posiada towar oznaczony znakiem towarowym naruszającym prawa innego podmiotu. Chodzi o sfałszowane towary, tzn. takie, które bezprawnie zostały oznaczone znakiem wskazującym, kto jest ich producentem, niezgodnie z prawdą. W tym wypadku to wskazanie producenta jest sprzeczne z rzeczywistością. Wprowadzenie tego rodzaju przestępstwa związane było ze zmianą na rynku. Nabywcami podrabianych towarów są już nie tylko osoby wprowadzone w błąd i przekonane, że nabywają towar oryginalny, ale także osoby świadomie nabywające z różnych powodów produkt sfałszowany¹. W takim przypadku, tak jak wówczas, gdy karalna jest zarówno sprzedaż, jak i nabycie środka odurzającego, dochodzi do współpracy między kupującym a przestępcą oferującym nielegalny produkt, przy czym obie strony popełniają przestępstwo. Z podobną sytuacją można spotkać się w przypadku przestępstw korupcyjnych. Wówczas też dochodzi do nielegalnej transakcji popełnianej przez obie strony, które są zainteresowane, aby nie wyszła ona na jaw. Zauważyć należy, że w przypadku tych ostatnich przestępstw często stosowane są różnego rodzaju mechanizmy prawne, mające na celu złamanie tej solidarności, np. poprzez możliwość złagodzenia kary, czy – jak w wypadku art. 229 § 6 polskiego KK – zapewnienie bezkarności dającemu łapówkę, który doniósł o jej wręczeniu i przyjęciu.

- ✓ Korzystanie z odpłatnych usług seksualnych

Inna zmiana zaszła w prawie szwedzkim w zakresie zwalczania prostytucji. O ile Francuzi rozszerzyli podmiotowy zakres kryminalizacji, o tyle Szwedzi zmienili podmiot przestępstwa. W tradycyjnym i rozpowszechnionym na świecie modelu prawnokarnego zwalczania prostytucji to osoba świadcząca odpłatnie usługi seksualne popełniała czyn zabroniony. Natomiast zgodnie z aktualnym szwedzkim prawem karnym to klient takiej osoby narusza prawo. Celem tej zmiany jest uwolnienie osób uprawiających prostytucję od odium potępienia związanego z popełnieniem przestępstwa. Wskazuje się też w ten sposób, że nabywca usług seksualnych eksploatuje czyjąś przymusową, spowodowaną bardzo różnymi przyczynami, sytuację życiową².

¹ N. Daško, *Prawnokarna ochrona znaków towarowych*, Warszawa 2017, s. 37–46.

² G. Ekberg, *The Swedish Law That Prohibits the Purchase of A Sexual Service: Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Being, Violence Against Women 2004*, vol. 10, iss. 10, s. 2–4.