

Prawo

Problemy teorii kryminalizacji

Studium z zakresu prawa
karnego i konstytucyjnego

Jan Kulesza



Problemy teorii kryminalizacji



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Prawo

Problemy teorii kryminalizacji

Studium z zakresu prawa
karnego i konstytucyjnego

Jan Kulesza

Jan Kulesza – Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego
90-232 Łódź, ul. Kopcińskiego 8/12

RECENZENT

Maria Szczepaniec

REDAKTOR INICJUJĄCY

Monika Borowczyk

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Ewa Siwińska

SKŁAD I ŁAMANIE

Munda – Maciej Torz

PROJEKT OKŁADKI

Katarzyna Turkowska

Zdjęcie wykorzystane na okładce: © Depositphotos.com/belchonock

© Copyright by Jan Kulesza, Łódź 2017

© Copyright for this edition by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2017

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

Wydanie I. W.08066.17.0.M

Ark. wyd. 23,5; ark. druk. 20,25

ISBN 978-83-8088-743-5

e-ISBN 978-83-8088-744-2

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

90-131 Łódź, ul. Lindleya 8

www.wydawnictwo.uni.lodz.pl

e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl

tel. (42) 665 58 63

Celem prawa karnego jest przyczynić się do przewycięzania chaosu świata i stawić granice samowoli jednostek przez ograniczanie ich wolności; może to jednak czynić tylko w takich formach, które są akceptowane przez rozwój kulturowy danej zbiorowości ludzkiej [...] Wszelkie ograniczenia są jednak dopuszczalne tylko w takim zakresie, który jest nieunikniony dla ochrony zbiorowości. Jednocześnie jest celem prawa karnego ochrona przed samowolą innych tej sfery, w której jednostka ma prawo podejmować decyzje wedle swojej wolnej woli. **Prawo karne nie tylko zatem ogranicza wolność, lecz wolność gwarantuje.**

H.-H. Jescheck, za: E. Foregger, G. Kodek, E.E. Fabrizy,
Strafgesetzbuch. Kurzkomentar, Wien 1997, s. 7

Spis treści

Wstęp	9
Rozdział pierwszy	
Kryminalizacja	17
1. Kryminalizacja i penalizacja	17
2. Racjonalność kryminalizacji	18
Rozdział drugi	
Harmonizacja kontekstu konstytucyjnego w procesie kryminalizacji – uwagi ogólne	31
1. Teoria kryminalizacji	31
2. Uzgodnienie kontekstu konstytucyjnego	35
3. Zakres kryminalizacji, penalizacji oraz tryb ścigania przestępstwa	47
4. Zasada proporcjonalności <i>sensu largo</i> w doktrynie karnistycznej	57
5. Zasada określoności typu a zasada proporcjonalności <i>sensu largo</i>	64
Rozdział trzeci	
Kryminalizacja jako rozwiązanie konfliktu wartości konstytucyjnych	69
1. Przekroczenie społecznie tolerowalnych granic	69
2. Realizacja pozytywnego obowiązku ochrony praw i wolności jednostki	71
3. Konflikt praw i wolności jednostek. Konflikt z dobrem wspólnym	76
4. Zasady demokratycznego państwa prawa jako limitujące ingerencję prawnokarną	84
5. Kontekst kulturowy i historyczny kryminalizacji. Źródła kryminalizacji	89
6. Dekryminalizacja	91
Rozdział czwarty	
Ochrona dobra prawnego jako cel kryminalizacji	95
1. Ochrona wartości konstytucyjnej jako przesłanka ingerencji prawnokarnej	95
2. Pojęcie dobra prawnego	101
3. Identyfikacja chronionego dobra prawnego	104
4. Społeczny charakter dobra prawnego	106

Rozdział piąty

Spoleczna szkodliwość jako warunek kryminalizacji 113

1. Spoleczna szkodliwość czynu a kryminalizacja 113
2. Konstytucyjne podstawy społecznej szkodliwości czynu 119
3. Spoleczna szkodliwość a zespół znamion typu 122
4. Ciężar dowodu społecznej szkodliwości czynu 125
5. Spoleczna szkodliwość a dobro prawne i kontekst społeczny 128
6. Naruszenie reguł postępowania z dobrem jako element społecznej szkodliwości 136

Rozdział szósty

Konieczność ingerencji prawnokarnej 139

1. Zasada konieczności jako składowa zasady proporcjonalności *sensu largo* 139
2. Konieczność penalizacji 144
3. Prawo karne a inne sposoby oddziaływania społecznego i prawnego 152
4. Subsydiarność prawa karnego oraz zasada *ultima ratio* 156
5. *Mala per se* a zasada konieczności ingerencji 171
6. Brak chronionego dobra prawnego 177
7. Cele prawa karnego 183
8. Kryminalizacja a faktyczna depenalizacja 190
9. Test konieczności ingerencji prawnokarnej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego 192

Rozdział siódmy

Przydatność ingerencji prawnokarnej 203

Rozdział ósmy

Kryminalizacja jako efekt balansowania wartości konstytucyjnych 223

1. Zasada proporcjonalności *sensu stricto* 223
2. Kryminalizacja i penalizacja jako ingerencja w sferę praw i wolności jednostki 227
3. Penalizacja jako ingerencja w sferę praw i wolności jednostki 232
4. Balansowanie wartości konstytucyjnych 236
5. Naruszenie istoty wolności i praw 246
6. Kryminalizacja emocjonalna 247
7. Materialne przesłanki ingerencji prawnokarnej 251
 - 7.1. Charakter przesłanek ingerencji 251
 - 7.2. Bezpieczeństwo państwa 254
 - 7.3. Porządek publiczny 256
 - 7.4. Zdrowie publiczne 258
 - 7.5. Ochrona środowiska 260
 - 7.6. Moralność publiczna 261
 - 7.7. Prawa i wolności innych osób 268
8. Zasada proporcjonalności *sensu stricto* w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w sprawach karnych 270
9. Konstytucyjny kontekst kryminalizacji na przedpolu naruszenia dobra prawnego 282
10. Materialne przesłanki ograniczeń poza art. 31 ust. 3 Konstytucji 286

Podsumowanie 289

Bibliografia 303

Od Redakcji 323

Wstęp

Jak zauważa H. Kołakowska-Przełomiec, „problemy kryminalizacji – penalizacji i dekryminalizacji – depenalizacji pewnych zachowań, czynów, zaniechań, zaniebdań istnieją od bardzo dawna, chyba od czasu, gdy społeczności małe, większe i wielkie ustanawiały nakazy i zakazy dla swoich członków, a naruszenie tych nakazów i zakazów oznaczały różnymi karami”¹. Niemal ćwierć wieku temu L. Gardocki w swojej monografii *Zagadnienia teorii kryminalizacji*² sformułował pierwszą w nauce polskiej kompleksową koncepcję procesu kryminalizacji. Niestety, choć co prawda jego praca zajęła należne jej miejsce w doktrynie prawa karnego, to jednak nie znalazła kontynuatorów³. Należy przyznać zatem rację R. Dębskiemu, który wskazuje, iż normatywna nauka o kryminalizacji wciąż pozostaje w rodzimej doktrynie *in statu nascendi*⁴. Nie jest to przypadłością jedynie polskiej nauki prawa karnego. Również w literaturze anglojęzycznej A. Ashworth przyznaje, że do kwestii słuszności bądź niesłuszności ustanowienia kryminalizacji

1 H. Kołakowska-Przełomiec, *Kryminalizacja – penalizacja i dekryminalizacja – depenalizacja*, [w:] *Jakość prawa*, Warszawa 1996, s. 147; eadem, *Dekryminalizacja. Depenalizacja – aktualne tendencje*, „Przestępczość na Świecie” 1990, t. XXIII, s. 37.

2 Warszawa 1990; por. również idem, *Subsydiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate – jako zasady kryminalizacji*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 12, s. 59 i n.; idem, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 26–30; idem, *Kriminalisierung – zwischen Theorie und Praxis*, [w:] *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, Hrsg. J. Arnold, B. Burkhardt, W. Gropp, G. Heine, H.-G. Koch, O. Lagodny, W. Perron, S. Walther, München 2005, s. 1335 i n.; idem, *Das Problem des Umfangs der Strafbarkeit in der polnischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Strafrechtslehre*, [w:] *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Hrsg. K. Lüderssen, C. Nestler-Tremel, E. Weigend, Frankfurt am Main 1990, s. 17 i n.

3 Co nie umniejsza zasług tych powoływanych w pracy autorów, którzy poświęcając swoje uwagi zasadniczo innej tematyce, zajmowali się również w jakimś zakresie teorią kryminalizacji, która nie była jednak ich głównym przedmiotem zainteresowania.

4 R. Dębski, *Kilka uwag o kryminalizacji i o ustawowej określoności czynów zabronionych*, [w:] *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013, s. 32.

przywiązuje się niewielką wagę⁵. Być może wynika to z faktu, że – jak wskazuje G. Arzt – trzeba być geniuszem albo szarlatanem, jeśli próbuje się stworzyć teorię „właściwego” prawa karnego⁶. Nie stoi to na przeszkodzie prowadzeniu rozważań, które – poszukując rozwiązań nierozwiązywalnych problemów – stanowią pewien krok naprzód, zwłaszcza, jeśli dążąc do nieosiągalnego większego celu, prowadzą do rozwiązania wielu pomniejszych problemów prawa karnego w zakresie kryminalizacji⁷. Również z tego względu w literaturze niemieckojęzycznej koncepcje zasad kryminalizacji są szeroko dyskutowane. Poza tym, w odróżnieniu od systemu *common law*, w niemieckim systemie prawnym istnieje konieczność uwzględnienia konstytucyjnych ograniczeń ustanawiania zakazu karnego⁸.

Celem pracy jest zatem wskazanie zasad, których zastosowanie umożliwi odpowiedź na pytanie, czy badane zachowanie może zostać poddane sankcji karnej, czy nie⁹. Przejście od normy sankcjonowanej do normy sankcjonującej stanowi proces (tu: kryminalizacji), który musi pozostawać w zgodzie z kontekstem konstytucyjnym. Podobnie, jak ma to miejsce na gruncie prawa niemieckiego, niezbędna jest harmonizacja procesu kryminalizacji z normami konstytucyjnymi. Akt kryminalizacji stanowi ingerencję w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności jednostki, musi zatem realizować w szczególności test proporcjonalności *sensu largo*. Celem pracy jest zatem określenie etapów procesu kryminalizacji uwzględniających konstytucyjne ograniczenia ustawodawcy.

Ubogi stan polskiej dyskusji nad zasadami kryminalizacji jest tym bardziej niepokojący, że debatowanie nad nimi i weryfikacja propozycji zmian kodeksu karnego z punktu widzenia wymogów stawianych przez normatywną naukę o kryminalizacji mogłyby stanowić skuteczną metodę walki ze zjawiskiem populizmu penalnego¹⁰.

5 Przy czym sam odżegnuje się od możliwości stworzenia ogólnej koncepcji zasad kryminalizacji, twierdząc, że jest to nieosiągalne (A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford 2003, s. 24).

6 G. Arzt, *Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens*, „Kriminalistik” 1981, Nr 3, s. 117.

7 *Ibidem*.

8 Por. przykładowo, ograniczając się już tylko do pozycji monograficznych: I. Appel, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin 1998, zwłaszcza s. 171–188; M. Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, Ebelsbach am Main 1989, szczególnie s. 139–180; A. von Hirsch, K. Seelmann, W. Wohlers, *Mediating Principles*, Baden-Baden 2006; G. Stächel, *Strfagesetzgebung im Verfassungsstaat. Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzbearbeitungspraxis*, Berlin 1998; H.Ch. Schmidt, *Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe. Zur Methode und Praxis der Verfassungseinwirkung auf das materielle Strafrecht*, Baden-Baden 2007; O. Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen 1996.

9 Taki cel stawia sobie również A. Ashworth (*Principles...*, s. 24).

10 R. Dębski, *Kilka uwag...*, s. 32. Na marginesie warto zauważyć, że już w 1993 r. P.-A. Albrecht wskazywał na zanik prawa karnego spełniającego wymogi państwa prawa ze względu na wzrastającą liczbę przepisów karnych oraz zmiany procedury karnej (P.-A. Albrecht, *Erosio-*

Zasady kryminalizacji znajdują przy tym zastosowanie zarówno do przypadków ustanawiania zakazu bądź nakazu karnego, jak i jego znoszenia, jedynie proces rozumowania przebiega wówczas w odwrotnym kierunku, zmierzając do obalenia przyjętych założeń procesu kryminalizacji¹¹. Jak trafnie dowodzi L. Gardocki, ustalenie reguł kryminalizacji, ich dyskusowanie, lansowanie i stosowanie ma przeciwdziałać podatności procesu kryminalizacji na „koniunkturalne wykorzystywanie prawa karnego przez polityków, na realizację nagłych pomysłów i zaspokajanie przejściowych emocji opinii publicznej”¹². Chciałoby się móc dziś powtórzyć refleksję G. Kaisera wyrażoną w 1974 r. w pracy podsumowującej ówczesny stan niemieckiego prawa karnego, że prawo owo na przestrzeni ostatnich lat przybliżyło się do ideałów państwa prawa, proporcjonalności i humanizmu¹³. Nie powiodły się bowiem, jak dotąd, próby wskazania alternatywy dla prawa karnego¹⁴, począwszy od propozycji G. Radbrucha¹⁵, poprzez A. Placka¹⁶, H. Schultza¹⁷, aż po K. Lüderssena¹⁸.

nen des rechtsstaatlichen Strafrecht, „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” 1993, Nr 2, s. 163 i n.).

- 11 Nie poświęcając osobno uwagi postulatowi i formom dekryminalizacji, zwłaszcza kierowanym przeciw konkretnym typom rodzajowym, należy odesłać do opracowań ogólnych w tym zakresie, w szczególności – z bogatego piśmiennictwa: H. Schöch, *Entkriminalisierung, Entpönalisierung, Reduktionismus. Quantitative Prinzipien in der Kriminalpolitik*, [w:] *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Hrsg. P.A. Albrecht, A.P.F. Ehlers, F. Lamott, Ch. Pfeiffer, H.-D. Schwind, M. Walter, Köln–Berlin–Bonn–München 1993, s. 245 i n.; G. Naucke, *Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung*, „Goldammer’s Archiv für Strafrecht” 1984, Nr 5, s. 199 i n.; G. Kaiser, *Kriminalisierung und Entkriminalisierung im heutigen Strafrecht*, [w:] *Zweites deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie*, Hrsg. H.-H. Jescheck, G. Kaiser, A. Eser, Baden-Baden 1984, s. 165 i n.; idem, *Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik*, [w:] *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag. Band II*, Hrsg. G. Kohlmann, Köln 1983, s. 579 i n.; H. Müller-Dietz, *Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote*, [w:] *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, Hrsg. H.-H. Jescheck, H. Lüttger, Berlin–New York 1977, s. 97 i n.; idem, *Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisierungspflichten*, [w:] *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Hrsg. K.H. Gössel, O. Triffterer, Heidelberg 1999, s. 123 i n.; K. Volk, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1985, Nr 4, s. 871 i n.; G. Roos, *Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts*, Frankfurt am Main–Bern 1981.
- 12 L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 90; idem, *Subsydiarność...*, s. 60; R. Zawłocki, *Kodeks karny „śmietnikowy”*, [w:] *Tożsamość polskiego prawa karnego*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska, Olsztyn 2011, s. 76 i n.
- 13 G. Kaiser, *Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1974, Nr 2, s. 350, 356.
- 14 Na ten temat również L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 91.
- 15 G. Radbruch, *Der Erziehungsgedanke im Strafwesen*, [w:] *Der Mensch im Recht*, Göttingen 1957.
- 16 A. Plack, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, München 1974.
- 17 H. Schultz, *Abschied vom Strafrecht?*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1980, Nr 3, s. 611 i n.
- 18 K. Lüderssen, *Abschaffen des Strafens*, Frankfurt am Main 1995; idem, *Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft*, [w:] *Festschrift für Winfried Hassemer*, Hrsg.

Biorąc pod uwagę czas, jaki upłynął od sformułowania przez L. Gardockiego jego koncepcji, zasadne jest zajęcie się zagadnieniem zasad kryminalizacji, ograniczając się jednak, skoro chodzi o zasady, do jej normatywnej odmiany. Ma ona charakter postulatyczny i polega na tworzeniu zasad określających warunki dopuszczalności ustanowienia karalności określonego zachowania¹⁹. Przemawiać za tym ma również świadome pominięcie przezeń zagadnień konstytucyjnych. Obecnie uwzględnienie wymogów stawianych procesowi kryminalizacji przez konstytucję stanowi konieczność. W przypadku wprowadzenia normy stanowiącej ingerencję w sferę chronionych praw i wolności jednostki niepomijalna jest choćby klauzula limitacyjna art. 31 ust. 3 Konstytucji. Należy jednocześnie już w tym miejscu zaznaczyć, że w prezentowanym opracowaniu rozważania zostaną podjęte w miejscu, w którym przerwał je L. Gardocki. Zastrzega on w *Uwagach końcowych* swojej monografii²⁰, że pominięto w niej problemy konstytucyjnych ograniczeń kryminalizacji.

Nie będą rozważane szeroko kwestie z zakresu polityki kryminalnej, socjologii prawa karnego czy kryminologii, które pozostawały w polu zainteresowań L. Gardockiego. Założeniem pracy jest bowiem propozycja uzgodnionej z kontekstem konstytucyjnym teorii kryminalizacji, która może zostać wykorzystana do realizacji celów z zakresu polityki kryminalnej, z uwzględnieniem osiągnięć badawczych socjologii prawa karnego i kryminologii. Jak słusznie podkreśla H.-L. Günther, to właśnie kryminologia umożliwia w procesie kryminalizacji weryfikację, czy ustawodawca nie opiera się na nieprawidłowych danych bądź nie ocenia błędnie mającej znaczenie okoliczności. Nie wyklucza ona oczywiście innych źródeł wiedzy, jak opinie ekspertów, wysłuchania publiczne w sprawie projektów ustaw czy analiza prawnoporównawcza²¹.

Należy również już na wstępie zaznaczyć, że nie odnajdzie Czytelnik w dalszych rozważaniach rozwiązania sygnalizowanych jedynie przykładowo kwestii spornych, takich jak kryminalizacja obrazy uczuć religijnych (art. 196 k.k.) czy kazirodstwa (art. 201 k.k.). Nie znajdzie również ocen powoływanych decyzji podjętych przez Trybunał Konstytucyjny, w których dokonuje on balansowania wartości konstytucyjnych pozostających w kolizji rozstrzygniętej przez ustawodawcę w postaci aktu kryminalizacji. W pracy ujęta została jedynie propozycja narzędzia, które ma umożliwić zarówno ocenę zasadności wprowadzenia karalności określonego zachowania, jak i ocenę zasadności jej utrzymywania. Zamyśłem autora jest wskazanie sposobu i etapów argumentowania uwzględniającego

F. Herzog, U. Neumann, Heidelberg 2010, s. 467 i n.; por. również opracowania z tomu *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr Dr h.c. Heike Jung*, Hrsg. H. Radtke, E. Müller, G. Britz, H. Koriath, H. Müller-Dietz, Baden-Baden 2004.

19 L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 14; idem, *Kriminalisierung...*, s. 1335.

20 L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 207.

21 H.-L. Günther, *Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzbungslehre*, „Juristische Schulung” 1987, Nr 1, s. 10.

kontekst konstytucyjny. W pracy zaprezentowano również, jak stanowiąca podstawę owego narzędzia klauzula limitacyjna art. 31 ust. 3 Konstytucji funkcjonuje w praktyce orzeczniczej Trybunału, zwłaszcza w sprawach karnych.

Monografia została podzielona na osiem rozdziałów. Na początku niezbędne jest rozstrzygnięcie kwestii terminologicznych związanych w szczególności z pojęciami kryminalizacji i penalizacji. Należy również określić znaczenie pojęcia racjonalnej kryminalizacji i kryteriów oceny jej racjonalności. Nie bez znaczenia pozostają w tym kontekście kwestie: z jednej strony uwzględniania ocen opinii publicznej do granic tzw. populizmu penalnego, z drugiej zaś granic realizacji przez ustawodawcę funkcji kształtującej oceny społeczne przez stanowione typy rodzajowe przestępstw.

Następny krok (ujęty w rozdziale drugim) stanowi wskazanie czterech etapów procesu kryminalizacji. Zaproponowana koncepcja zostanie odniesiona do funkcjonujących obecnie w doktrynie innych koncepcji procesu kryminalizacji, w celu wskazania podobieństw i różnic. Następnie zostanie wykazana konieczność oparcia się w procesie kryminalizacji na normach konstytucyjnych, w szczególności klauzuli limitacyjnej art. 31 ust. 3 Konstytucji i zawartej w niej zasadzie proporcjonalności *sensu largo*. Kolejnym krokiem będzie określenie zakresu i sposobu badania opatrzonego sankcją typu rodzajowego przestępstwa przez Trybunał Konstytucyjny, w szczególności traktowania odrębnie zakresu zakazu bądź nakazu, sankcji oraz trybu ścigania przestępstwa. Taki zakres przekłada się na niezbędność sformułowania uzasadnienia ingerencji w procesie kryminalizacji. W następnej kolejności zostanie wykazane, że elementy zasady proporcjonalności *sensu largo* były obecne w doktrynie karnistycznej w wypowiedziach dotyczących granic kryminalizacji na długo przed jej sformułowaniem przez Trybunał Konstytucyjny. Zasada proporcjonalności jest bowiem silnie zakorzeniona w dogmatyce prawa karnego. W tym kontekście zostanie przedstawiona relacja między zasadą określoności typu a zasadą proporcjonalności.

W rozdziale trzecim nastąpi przejście do omówienia pierwszego etapu kryminalizacji polegającego na określeniu czynu mającego zostać poddanym sankcji karnej. Zostanie omówione zagadnienie granic społecznej tolerancji dla zachowań narażających dobro na niebezpieczeństwo i – co jest z tym związane – normy sankcjonowanej i sankcjonującej. Nie do pominięcia jest również rola prawa karnego jako narzędzia realizacji pozytywnego obowiązku państwa ochrony praw i wolności jednostki. Wykazane zostanie, że w istocie kryminalizacja stanowi rozstrzygnięcie konfliktu pomiędzy wartościami konstytucyjnymi lub prawami i wolnościami jednostki a prawami i wolnościami, w które ingeruje ustawodawca, wprowadzając opatrzone sankcją typ rodzajowy przestępstwa. Kolidują one może mieć charakter horyzontalny albo wertykalny, z czym związane są odmienne zasady jej rozstrzygania. Przekłada się to bezpośrednio na dopuszczalność kryminalizacji. To kieruje również rozważania nieuchronnie w stronę klauzuli limitacyjnej art. 31 ust. 3 Konstytucji, jako dotyczącej nie

tylko wkraczania przez prawodawcę w sferę wolności jednostki lecz również zasad rozstrzygania tego rodzaju kolizji. Na jej gruncie zaś za wstępny warunek kryminalizacji zostaną uznane zasady demokratycznego państwa prawnego. Na zakończenie tej części rozważań konieczne będzie wskazanie roli historycznych i kulturowych uwarunkowań kryminalizacji, zagadnienia implementacji norm prawa międzynarodowego do krajowego porządku prawnego przybierającej postać typów rodzajowych przestępstw oraz ciężaru dowodu w przypadku sformułowania postulatu dekryminalizacyjnego.

Rozdział czwarty poświęcony zostanie zagadnieniu dobra prawnego, zanim nastąpi przejście do omówienia elementu społecznej szkodliwości zachowania, które ma zostać poddane sankcji karnej. Dobro prawne, mimo sporów toczonych wokół jego istoty, stanowi nieusuwalny element społecznej szkodliwości, a następnie niezbędne jest do przeprowadzenia testu proporcjonalności *sensu stricto*. Omówiony zostanie proces przekształcania wartości społecznych w dobra prawne, a następnie zgłoszone wątpliwości odnośnie do przyjmowanych obecnie w doktrynie koncepcji dobra prawnego. W dalszej kolejności wskazana zostanie relacja między dobrem prawnym, którego ochrona ma zostać zapewniona za pomocą sankcji karnej, a katalogiem materialnych przesłanek ingerencji w sferę praw i wolności jednostki, ujętych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Uwypuklony będzie również element ograniczający zakres kryminalizacji w postaci społecznego kontekstu ataku na dobro prawne.

Rozdział piąty poświęcony będzie elementowi społecznej szkodliwości zachowania, które ma zostać poddane sankcji karnej. Konieczne jest omówienie roli tego elementu w procesie kryminalizacji oraz miejsca jego konstytucyjnego umocowania. Następnie należy wskazać na przełożenie społecznej szkodliwości w procesie kryminalizacji na kształt zespołu znamion typu rodzajowego przestępstwa. Niezbędne jest także określenie sposobu identyfikacji społecznej szkodliwości przez ustawodawcę, a w związku z tym również zależności stopnia społecznej szkodliwości uzasadniającego kryminalizację od treści i wagi dobra prawnego, w które godzi kryminalizowane zachowanie. Rozważenia będzie wymagał również element naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym, jako warunkujący uznanie zachowania za społecznie szkodliwe.

W rozdziale szóstym omówiony zostanie drugi etap kryminalizacji odwołujący się do elementu konieczności ingerencji, stanowiącego składową zasady proporcjonalności *sensu largo*, zawartej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Na wstępie nastąpi wyjaśnienie istoty warunku konieczności ingerencji oraz odniesienie go do aktu kryminalizacji. Szczegółowe uwagi zostaną poświęcone w tym kontekście penalizacji. W dalszej kolejności omówienia wymagać będzie możliwość wykorzystania innych sposobów oddziaływania społecznego, zarówno o charakterze pozaprawnym, jak i innych gałęzi prawa. Związane jest z tym również zagadnienie odniesienia do elementu konieczności funkcjonującego w doktrynie karnistycznej pojmowania prawa karnego jako *ultima ratio* oraz jego subsydiarnego charakteru.

Zbadania wymaga, czy optyka prawnokarna pokrywa się z konstytucyjną wykładnią zasady konieczności ingerencji, czy doktryna prawa karnego formułuje w tym miejscu dodatkowy element ograniczający zakres kryminalizacji. Niezbędne jest także odniesienie się do figury przestępstw stanowiących *mala per se* i mających być zwolnionymi z testu konieczności ingerencji. Pokrewnym zagadnieniem, które znajduje się w polu zainteresowania, jest kwestia ustanawiania karalności dla osiągnięcia innych celów, niż ochrona dobra prawnego, w związku z uzasadnioną wątpliwością odnośnie do możliwości zdekodowania chronionego dobra prawnego z zespołu znamion typu rodzajowego przestępstwa. Omówiony zostanie zatem również problem rozróżnienia między celami i funkcjami prawa karnego oraz określeniem celu ingerencji prawnokarnej uzgodnionego z kontekstem konstytucyjnym kryminalizacji. Na zakończenie wskazane zostanie, jak praktyka ustawodawcza stawia pod znakiem zapytania realizację wymogu konieczności przez przepisy prawa karnego, w związku z tworzeniem możliwości niepociągania do odpowiedzialności karnej mimo utrzymywania kryminalizacji. Podsumowaniem rozważań rozdziału szóstego będzie omówienie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego prawa karnego w zakresie stosowania testu konieczności ingerencji.

Rozdział siódmy poświęcony będzie trzeciemu etapowi procesu kryminalizacji w postaci badania realizacji wymogu przydatności ingerencji za pomocą narzędzi prawa karnego. Należy wyjaśnić znaczenie warunku przydatności oraz odnieść go do przydatności stosowania prawa karnego do walki ze zjawiskami patologii społecznej. Omówione będzie także orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dotyczące prawa karnego uwzględniające ten element zasady proporcjonalności *sensu largo*.

Ostatni rozdział, ósmy, będzie dotyczył czwartego etapu procesu kryminalizacji, polegającego na badaniu proporcjonalności ingerencji *sensu stricto*. Rozważania rozpoczną się od dokonania wykładni warunku proporcjonalności ingerencji w sensie ścisłym. Następnie zostanie przypomniane, że akt kryminalizacji stanowi rozwiązanie konfliktu wartości konstytucyjnych. W kontekście proporcjonalności *sensu stricto* należy natomiast zwrócić uwagę na prawidłowe określenie pozostających w kolizji dóbr prawnych – chronionych przez normę sankcjonowaną, której naruszenie pociąga za sobą uruchomienie normy sankcjonującej oraz dóbr ograniczanych poprzez balansowanie wartości konstytucyjnych. Osobne uwagi zostaną poświęcone penalizacji. Kolejnym krokiem będzie analiza sposobu rozwiązywania kolizji wartości z odwołaniem do aksjologii konstytucji, mogąca prowadzić do kryminalizacji. W tym kontekście szczególna uwaga zostanie zwrócona na rolę zasad *in dubio pro libertate* oraz *in dubio pro dignitate*. Z koniecznością określenia chronionych dóbr związana jest kwestia kryminalizacji nie opartej na celu w postaci ochrony dobra prawnego. Ten rozważany już wcześniej problem zostanie w tym miejscu omówiony z punktu widzenia zasady proporcjonalności *sensu stricto*. Kolejnym krokiem będzie analiza materialnych przesłanek ingeren-

cji, zawartych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, w których należy umiejscowić dobro prawne chronione przez ustanowienie zagrożonego sankcją typu rodzajowego przestępstwa. Analiza dogmatyczna zostanie następnie uzupełniona omówieniem orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego przeprowadzającego test proporcjonalności *sensu stricto* w stosunku do typów rodzajowych przestępstw. Na zakończenie nastąpi odniesienie do dopuszczalnego zakresu kryminalizacji na przedpolu zagrożenia dobra prawnego.

Rozdział pierwszy

Kryminalizacja

1. Kryminalizacja i penalizacja

W przedstawionych w pracy rozważaniach kryminalizacja rozumiana będzie dwojako: jako ustanawianie bądź modyfikacja istniejących typów przestępstw w celu rozszerzenia zakresu karalności albo utrzymywanie karalności określonych zachowań w postaci istniejących typów rodzajowych. Dekryminalizacją będzie zatem rezygnacja z karalności w ogóle bądź ograniczenie jej zakresu¹. Postaciami kryminalizacji i dekriminalizacji są odpowiednio kontrawencjonalizacja i dekontrawencjonalizacja², którym może towarzyszyć zmiana zakresu karalności oraz zagrożenia ustawowego. Pod pojęciem penalizacji mieścić będzie się ustanowienie bądź zaostrenie zagrożenia karnego za zachowanie realizujące znamiona typu. Depenalizacja będzie zatem oznaczała złagodzenie zagrożenia bądź jego zniesienie³. W przypadku kryminalizacji polegającej na stworzeniu typu rodzajowego przestępstwa jest ona ściśle związana z penalizacją, ponieważ tworzony przepis musi zostać w tym momencie uzupełniony o sankcję. Podobnie dekriminalizacja w postaci całkowitego zniesienia karalności będzie połączona z depenalizacją⁴. Powyższe uwagi natury terminologicznej należy przy tym odnosić

1 Por. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 7–9; idem, *Subsidiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate – jako zasady kryminalizacji*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 12, s. 59–60.

2 Przyjmując, jak czyni L. Gardocki, że kontrawencjonalizacja oznacza każdy przypadek uznania czynu za wykroczenie, a nie jedynie przekwalifikowanie przestępstwa w wykroczenie (L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 8 przyp. 2). Odpowiednio dekontrawencjonalizacja będzie oznaczała podniesienie wykroczenia do rangi przestępstwa albo rezygnację z karalności nawet w postaci wykroczenia.

3 Por. *ibidem*, s. 8–9.

4 Na temat pojmowania wszystkich wymienionych pojęć w doktrynie polskiej por. najszerzej: *ibidem*, s. 7–9; J. Waszczyński, *Z zagadnień depenalizacji w prawie karnym*, „Problemy Prawa Karnego” 1982, t. 7, s. 13 i n.; H. Kotakowska-Przełomiec, *Kryminalizacja – penalizacja i dekriminalizacja – depenalizacja*, [w:] *Jakość prawa*, Warszawa 1996, s. 147 i n.; eadem, *Dekrymina-*

zarówno do przestępstw i wykroczeń, jak i przestępstw i wykroczeń skarbowych⁵. W dalszych rozważaniach pojawiać będzie się przede wszystkim pojęcie kryminalizacji, z którą w momencie ustanawiania karalności określonego zachowania ściśle związana jest penalizacja. O samej penalizacji będzie mowa w przypadku konieczności poczynienia zastrzeżeń dotyczących odrębności w zakresie zastosowania proponowanej teorii kryminalizacji do określania kształtu sankcji.

2. Racjonalność kryminalizacji

Za punkt wyjścia dalszych rozważań należy przyjąć założenie, zgodnie z którym proces kryminalizacji powinien być procesem racjonalnym⁶, co jest zbieżne z założeniem racjonalności procesu stanowienia prawa. A. Zoll określa trafnie ową „racjonalność postępowania w sferze mającej społeczne znaczenie” jako „zmierzanie do określonego celu społecznie korzystnego za pomocą środków, które są, z punktu widzenia wiedzy i doświadczenia w danej dziedzinie życia społecznego, adekwatne do osiągnięcia zamierzonego celu”⁷. Na gruncie prawa karnego autor ten definiuje dwa zasadnicze cele: wyrażenie dezaprobaty dla określonego typu

lizacja. *Depenalizacja – aktualne tendencje*, „Przestępczość na Świecie” 1990, t. XXIII, s. 38–39; I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 59 i n.; S. Strycharz, *Wybrane problemy karania na tle tendencji depenalizacyjnych*, Warszawa 1982, s. 47–51; A. Gaberle, *Entkriminalisierung und Enpönalisierung in Polen – Illusionen oder Wirklichkeit?*, [w:] *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Hrsg. K. Lüderssen, C. Nestler-Tremel, E. Weigend, Frankfurt am Main 1990, s. 39 i n.

5 R. Zawłocki, *Kryminalizacja obrotu gospodarczego w Polsce*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006, s. 215. Należy odnotować, że Trybunał Konstytucyjny nie traktuje niekiedy w sposób jednolity składowych tzw. prawa represyjnego, choć nie uzasadnia należyte faktycznej dyferencjacji zastosowania zasad konstytucyjnych względem pokrewnych materii, szerzej M. Sławiński, *O niejednolitościach związanych z pojęciem prawa represyjnego – kilka uwag z perspektywy konstytucyjnej*, [w:] *Interdyscyplinarność badań w naukach penalnych*, red. I. Sepioto, Warszawa 2012, s. 233 i n.

6 Tak również R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 107. Na temat racjonalnego stanowienia prawa por. z nowszego piśmiennictwa karnistycznego: A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, Warszawa 2011, s. 25 i n.; P. Góralski, *O zagadnieniu racjonalnej kryminalizacji i penalizacji pedofilii w polskim prawie karnym*, [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. XXVII, red. T. Kalisz, s. 44–46; B. Janiszewski, *Rozważania o „racjonalności” w dziedzinie prawa karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1996, nr 4, s. 11 i n.

7 A. Zoll, *Potrzeba racjonalności w reformowaniu prawa karnego*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego*, red. T. Bojarski, A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, K. Nazar-Gutowska, J. Piórkowska-Flieger, D. Firkowski, Lublin 2011, s. 29.

zachowania opartej na przyjętych przez rządzącą większość założeniach aksjologicznych oraz zapewnienie możliwości ścigania tych zachowań za pomocą instrumentów prawa karnego i poinformowanie o tym adresatów norm⁸. Z kolei T. Kaczmarek zwraca uwagę, że „racjonalny ustawodawca będzie chciał uwzględnić także stanowisko opinii społecznej w kwestiach dla prawa relewantnych, jako jednego z empirycznie stwierdzalnych faktów społecznych, wpływających na skuteczność ustanawianych zakazów”⁹. Myśl tę prezentował wcześniej W. Świda wskazujący, że działalność ustawodawcy świadoma i celowa nie może ignorować stanowiska społeczeństwa, jego poglądów, wierzeń, idei, którymi się kieruje i zasad moralności, ponieważ skazana byłaby na porażkę¹⁰. L. Gardocki wiąże odniesienie się do ocen społecznych z jego (społeczeństwa) poczuciem sprawiedliwości, które nie może być ignorowane i stanowi granicę penalizacji¹¹. Jak wskazuje również J. Dylewska, sposób, szybkość i skuteczność realizacji założonego przez prawodawcę celu zależy od nastawienia adresata, w postaci społeczeństwa¹². Zatem zapewnienie skuteczności realizacji ustanowionej normy wymaga, aby system wartości przyjmowany przez prawodawcę był zbieżny z tym, który wyznają jej adresaci.

W innym przypadku, nieuwzględnienia wartości aprobowanych przez społeczeństwo, czy wprost, wprowadzenia norm z tymi wartościami niezgodnych¹³, ich skuteczność będzie niewątpliwie niższa, co przełoży się na ocenę przydatności jej ustanowienia. Ustawodawcy takiego J. Dylewska nie waha się nazwać nieracjonalnym¹⁴. Jednak R. Zawłocki ostrzega, że ustawodawca nie powinien uwzględniać oczekiwań społecznych, jeżeli zależą one od bieżących partykularnych interesów, niezgodnych z systemem wartości społecznych¹⁵. H. Kołakowska-Przełomiec wprost zastrzega, że „kryminalizacja – penalizacja nie powinna być wynikiem emocjonalnych nacisków i żądań opinii publicznej”¹⁶. Również zdaniem W. Wróbla ustawodawca karny musi dystansować się od uwzględniania aktualnych ocen wyrażanych w opinii publicznej, z rezerwą traktując emocje i symbolikę, jaka łączy

8 *Ibidem*, s. 30.

9 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; idem, *Racjonalny ustawodawca wobec opinii społecznej a populizm penalny*, [w:] *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, red. S. Waltoś, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, s. 167 i n.; idem, *Nowy polski kodeks karny i jego aksjologiczne oraz kryminalnopolityczne założenia*, [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. III, red. L. Bogunia, Wrocław 1999, s. 22.

10 W. Świda, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa–Wrocław 1961, s. 78.

11 L. Gardocki, *Penalizacja i jej ograniczenia*, „Archiwum Kryminologii” 1985, t. XII, s. 13.

12 J. Dylewska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego po wejściu w życie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 1, s. 45.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

15 R. Zawłocki, *Pojęcie...*, s. 106, przyp. 1.

16 H. Kołakowska-Przełomiec, *Kryminalizacja...*, s. 160.

się z prawem karnym¹⁷. Wpływ opinii społecznej nie może być zatem traktowany przez ustawodawcę jako zniewalający. Nie można jednak całkowicie ignorować aktualnych ocen społecznych, jeśli są one reakcją na nowe, społecznie szkodliwe zjawiska bądź zjawisko zastane przybierze na sile w stopniu uzasadniającym rozważenie reakcji karnej.

Zastąpienie paradygmatu racjonalnego ustawodawcy zdaniem na opinię społeczną zadania wyznaczenia właściwej miary dobrego prawa prowadzić może do populizmu penalnego¹⁸. Stanowi on właśnie odpowiedź na społeczne żądanie kryminalizacji. A. Zoll nie waha się uznać populizmu karnistycznego za jedno z najgroźniejszych zjawisk dla racjonalności tworzenia prawa karnego¹⁹. W tym kontekście powołuje w doktrynie szwajcarskiej S. Trechsel francuską maksymę: „plus rien ne serait criminel si tout l'étaít”²⁰, zaś w niemieckiej T. Lenckner i U. Schittenhelm słowa H. Welzla: „wo Strafvorschriften fast alle Lebensbetätigungen einzwängen [...], da leidet im Übermaß des Strafens das Strafrecht Not”²¹. Podobnie wskazuje T. Weigend, że przekryminalizowanie życia społecznego prowadzi do utraty przez karę kryminalną jej funkcji zarówno społecznych, jak i indywidualnych²². Posługiwanie się przez polityków prawem karnym dla rozwiązywania doraźnych problemów społecznych w sposób politycznie dla nich korzystny nie jest przypadłością jedynie polskiego systemu politycznego. Na taki proces w niemieckim prawie karnym wskazują Ch. Hanssen i M. Otto²³. Nie jest również problemem nowym. Na podatność niewyrobionej opinii publicznej na manipulacje oraz jej chwiejność w ocenach wskazywał już swego czasu I. Andrejew²⁴.

Rację ma W. Wróbel, zauważając, że przeciwstawienie racjonalnej kryminalizacji populizmowi penalnemu nie oznacza, że ten ostatni jest irracjonalny²⁵. Jednak

17 W. Wróbel, *Czy powrót do racjonalizmu? Projekty nowelizacji Kodeksu karnego w perspektywie zmian dokonanych w prawie karnym w latach 2005–2007*, [w:] *Populizm...*, s. 104.

18 T. Kaczmarek, *Racjonalny...*, 2009, s. 37, 39; idem, *Nowy...*, s. 22.

19 A. Zoll, *Potrzeba...*, s. 31; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 62–63.

20 S. Trechsel, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Zürich 1998, s. 28.

21 T. Lenckner, U. Schittenhelm, *Gründe und Grundlagen des strafrechtlichen Verbots. Prinzipien der Kriminalisierung, Strafwürdigkeit und Straftauglichkeit*, [w:] *Viertes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie – Kriminalisierung. Strafrechtliches Verbot. Rechtsbewußtsein. Öffentlichkeit des Strafverfahrens*, Hrsg. A. Eser, G. Kaiser, Baden-Baden 1989, s. 21, przyp. 5.

22 T. Weigend, [w:] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Erster Band*, Hrsg. H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, Berlin 2007, s. 3.

23 Ch. Hanssen, M. Otto, *Das Freiheitsprinzip als Grenze inflationärer Strafnormenschaffung*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2002, Nr 7, s. 318–319.

24 I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 38.

25 W. Wróbel, *Czy powrót...*, s. 103–104.