

Prof. dr hab. Marek Kulik
Katedra Prawa Karnego i Kryminologii
Instytut Nauk Prawnych
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Marii Curie – Skłodowskiej w Lublinie

Lublin 7 stycznia 2023 r.

**Recenzja
rozprawy doktorskiej
Magister Dominiki Sokołowskiej pt.
Ius puniendi. Istota, podstawy, granice i cele prawa karania jako metody rozwiązywania
konfliktów**

**przygotowanej pod kierunkiem prof. dr. hab. Piotra Kardasa
w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii Uniwersytetu Jagiellońskiego**

Uchwałą Rady Dyscypliny Nauki prawne Uniwersytetu Jagiellońskiego z dnia 14 listopada 2022 r. zostałem powołany na recenzenta w przewodzie doktorskim Magister Dominiki Sokołowskiej. W wykonaniu tej uchwały niniejszym przedkładam recenzję przesłanej mi rozprawy doktorskiej.

I. Wybór tematu badawczego

Przedmiotem rozprawy Doktorantka uczyniła ius puniendi. Wybór tematu jest z oczywistych względów trafny. Temat ten nigdy nie był w polskiej doktrynie przedmiotem monograficznego opracowania. Już z tego tylko względu należy ten wybór ocenić z uznaniem. Nie tylko jednak to, że temat ten nie był dotąd analizowany decyduje o pozytywnej ocenie jego wyboru. Równie ważne jest to, że mowa o zagadnieniu kluczowym dla określenia podstaw odpowiedzialności karnej, zagadnień kryminalizacji i istoty prawa karnego jako takiego. Określenie istoty, podstaw, celów i granic prawa karania (raczej chyba w tej kolejności, jest to niewielka usterka w sformułowaniu tytułu) jest kluczowe z punktu widzenia określenia miejsca prawa karnego (a może nie tylko prawa karnego?) w systemie prawa w ogóle. Jest to zatem temat niezwykle ważny z punktu widzenia zrozumienia istoty prawa karnego (a zatem na płaszczyźnie ściśle teoretycznej), ale z samej swej istoty niezwykle ważny także na płaszczyźnie tworzenia prawa – ściśle praktycznej.

Należy jednak zastrzec, że tematem rozprawy w gruncie rzeczy nie jest po prostu, czy tylko ius puniendi, gdyż Doktorantka zdecydowała się na ustawienie tego tematu w bardzo konkretnej perspektywie. Ius puniendi analizuje bowiem jako metodę rozwiązywania konfliktów. Sprawia to, że prawo karania jest analizowane w bardzo konkretnym kontekście.

Jest to jednocześnie bardzo ważna deklaracja Doktorantki, która postrzega przestępstwo jako konflikt wymagający rozwiązania. Ma to znaczenie dla sposobu prowadzenia wywodów. Dodać trzeba już na tym etapie, że ów konflikt Doktorantka sytuuje w oryginalny sposób, istnieje on bowiem między wspólnotą a sprawcą, co niebywale ubogaca perspektywę badawczą. Autorka wychodzi bowiem zarówno poza klasyczny wzorzec parwa karnego, ale nie wchodzi „z całym dobrodziejstwem inwentarza” w problematykę sprawiedliwości naprawczej, lecz zajmuje własne, niezależne stanowisko badawcze, wzmocnione jeszcze tym, że np. filozoficzne podstawy odpowiedzialności karnej analizuje bez odwołania się do funkcji i celów prawa karnego. Mowa jest o tym już w tym miejscu, gdyż określa to przyjmowaną przez nią postawę i perspektywę badawczą jako bardzo cenną i oryginalną.

Sam wybór tematu oceniam jako bardzo udany, choć w czasie lektury pracy rozważałem, czy nie byłoby lepsze, gdyby wzięła na tapet po prostu *ius puniendi*, nie kierując swoich wywodów na rozstrzygnięcie konfliktów. Być może jej ogólne wywody byłyby bardziej uniwersalne. W obecnym stanie rzeczy u czytelnika, który nie postrzega prawa karnego jako narzędzia rozstrzygnięcia konfliktów, lecz prezentuje nieco bardziej konserwatywne podejście takie ustawienie tematu może budzić pewien dyskomfort. Ustalenia Doktorantki są dla niego pożyteczne, lecz musi on je dostosować, niejako przełożyć na swój system. Wydaje się, że wstępne założenie tak właściwe sytuujące prawo karne jako takie sprawiło, że perspektywa badawcza Doktorantki na pierwszy rzut oka jawić się może jako nieco jednostronna. Jednak takie ustawienie tematu rozprawy jest nie tylko dobrym prawem Doktorantki, lecz w dalszych wywodach wprowadza wartość dodaną, którą czytelnik szczególnie docenia, kiedy przechodzi od zagadnień ogólnych do szczegółowych. Takie, a nie inne ustawienie tematu badawczego jest nie tylko wynikiem przyjętego przez Doktorantkę sposobu rozumienia roli prawa karnego, lecz także przejawem dążenia do uczynienia wywodów możliwie szeroko akceptowalnymi, niezależnie od przyjmowanych poglądów na ontyczny status odpowiedzialności karnej. Dlatego nawet jeśli odbiorca tekstu inaczej, niż Doktorantka rozkłada akcenty w swojej wizji prawa karnego, niż Autorka, Jej wywody są dalej dla niego niezwykle użyteczne. Spojrzenie na prawo karne jako narzędzie rozstrzygnięcia konfliktów jest bardzo pożyteczne, gdy czytelnik chce podjąć próbą ustalenia własnego postrzegania prawa karnego (wbrew pozorom jest to bardzo nieoczywista kwestia, nawet jeśli ów czytelnik zajmuje się tym prawem od wielu lat). Jest tak tym bardziej, gdy uświadomimy sobie, jak Doktorantka rozumie konflikt, o którym mowa (pisałem o tym wyżej).

Co szczególnie istotne, Doktorantka uporawszy się z zagadnieniami ogólnymi przechodzi do rozwiązywania konkretnych zagadnień szczegółowych. Wywody jej w tym

zakresie są wysoce interesujące i aplikowalne niezależnie od przyjętego postrzegania prawa karnego. Wybór i sposób ujęcia tematu badawczego zapewnia to, że praca musi traktować nie tylko o generaliach, ale też o całym szeregu problemów szczegółowych, wymuszając świeże spojrzenie na liczne zagadnienia oglądane dotąd z innej perspektywy. Nawet więc nie to jest zaletą wybór tematu, że nikt dotąd w Polsce nie poświęcił dużego studium monograficznego *ius puniendi*. Ważniejsze jest to, jak oryginalnie potraktowane w tej pracy zostało całe spektrum centralnych zagadnień z zakresu odpowiedzialności, i jak wpłynęło to na rozumienie zagadnień peryferyjnych. Wszystko to razem przekonuje, że wybór tematu należy ocenić niezwykle wysoko.

II. Cel badawczy, hipotezy badawcze, metodologia badań

Wielką zaletą tej części rozprawy w której następuje ekspozycja problemu badawczego jest jego przejrzystość. Doktorantka w bardzo prosty, a jednocześnie czytelny sposób wskazuje co powinno być zbadane, dlaczego, w jakiej kolejności i co wynika z ustaleń dla osiągnięcia celu rozprawy. Jako ów cel Doktorantka wskazuje po pierwsze analizę genezy, istoty i granic państwowego *ius puniendi*, a po jego osiągnięciu – po drugie - analizę funkcji kary, funkcji procesu karnego i ostatecznie – po trzecie zaproponowanie właściwego ukształtowania systemu prawnokarnej reakcji przede wszystkim w odniesieniu do drobnej i średniej przestępczości, która w praktyce najbardziej obciąża wymiar sprawiedliwości (s. 18 -19). Doprecyzowując to Doktorantka deklaruje, że celem rozprawy jest rekonstrukcja obecnie obowiązującego modelu wymierzania odpowiedzialności karnej, a następnie próba stworzenia modelu alternatywnego (s. 19). W założeniu jest tak, że osiągnięcie drugiego z deklarowanych celów jest uwarunkowane wcześniejszym osiągnięciem pierwszego. Jest to ryzykowne, bo ewentualne zakwestionowanie osiągnięcia celu pierwszego może implikować uznanie, że i drugi nie został osiągnięty.

Już w tym miejscu można powiedzieć, że dwa istotne ustalenia Doktorantki w zakresie pierwszego z celów rozprawy mogą być kwestionowane, a zależy to od czynników ocennych, co więcej mających charakter aksjomatyczny. Mianowicie Doktorantka swoje wywody sytuuje w układzie odniesień wyznaczonym jako teoria prawa karnego jako narzędzia rozstrzygania konfliktu. Jest to drugie z ustaleń, które mogą być kwestionowane. Prawa karnego można tak nie postrzegać. Jednak nawet jego negowanie nie unieważnia ustaleń uczynionych z jego wykorzystaniem. Rzecz bowiem w tym, że Doktorantka wcale nie ogranicza owego konfliktu do płaszczyzny wertykalnej sprawca – pokrzywdzony, co ograniczyłoby jej wywody

zakresowo (nie każde przestępstwo wiąże się z takim konfliktem). Ona postrzega zagadnienie szerzej – konflikt ten umiejscawia także, a nawet przede wszystkim między sprawcą a wspólnotą, co oznacza, że – jeśli owa wspólnota ma nad sprawcą jakąś władzę (państwowa, która współcześnie monopolizuje *ius puniendi*, ma taką władzę) – konflikt ten przybiera postać wertykalną. Takie ustawienie go sprawia, że ujęcie Doktorantki staje się aplikowalne nawet, jeżeli się nie uważa, że prawo karne jest narzędziem rozwiązywania konfliktu. Tezy jej i wówczas zachowują aktualność. Jest to istotna zaleta określenia celów badawczych rozprawy.

Wyżej wspomniano, że dwa ustalenia Doktorantki w zakresie wiążącym się z celami rozprawy mogą być kwestionowane, a mowa była o drugim z nich. Pora na pierwsze – Doktorantka przyjmuje, że *ius puniendi* przysługuje w gruncie rzeczy nie tyle państwu, co wspólnocie. W tym sensie ma rację, że genetycznie (historycznie) tak jest. Okoliczność, że współcześnie to państwu przysługuje *ius puniendi* może być komentowana dwojako. Można jak Doktorantka akcentować, że prawo to przysługuje wspólnocie, a państwu o tyle, o ile jest wspólnotą, można uważać, że skoro współcześnie to państwo jest formą organizacji wspólnoty, można i należy mówić o *ius puniendi* państwa i tyle. O kwestii tej będzie jeszcze mowa w ramach uwag odnoszących się do merytorycznej warstwy rozprawy, obecnie trzeba stwierdzić, że nawet, jeżeli ma się na ten temat inne zdanie, niż Doktorantka, a więc pierwszy, wyjściowy cel badawczy osiągnięty z innymi wynikami, niż Ona, można przejść do etapu drugiego, gdyż wywody poczynione przez Nią na obu etapach są poprowadzone na tyle uniwersalnie, że oba cele badawcze, choć powiązane, są osiągnięte niezależnie od siebie. Wobec powyższego już tylko dla porządku stwierdzę, że sposób sformułowania celów badawczych oceniam wysoko.

Powyższe przesądza też, że pierwszy z celów badawczych został osiągnięty, niezależnie od przyjmowanej perspektywy. Dodać w tym miejscu trzeba, że osiągnięty też został i drugi z wyznaczonych celów – Autorce udało się skonstruowanie interesującego modelu alternatywnego z wykorzystaniem mechanizmów sprawiedliwości naprawczej. Bliżej o elementach tego modelu będzie mowa w ramach uwag odnoszących się do kwestii merytorycznych, niemniej już teraz trzeba podkreślić, że model ten jest interesujący, zwłaszcza, jeżeli w jego ramach wprowadzić specjalne podejście do przestępstw drobnych i średnich, a także majątkowych.

Również metody badawcze zastosowane w pracy w zasadzie nie wymagają specjalnego komentarza. Są dobrane poprawnie i adekwatnie.

Autorka na różnych etapach rozważań formułuje natomiast robocze tezy i hipotezy szczegółowe, tam, gdzie jest to niezbędne. Nie ma tu zatem częstego współcześnie formułowania hipotez i tez badawczych dla samej sztuki, ale przyjmowane tezy i hipotezy są

uzasadnione merytorycznie. Natomiast stawia (s. 25 - 26) założenie wyjściowe o charakterze aksjomatycznym, mianowicie przyjmuje, że zjawisko karania jest niezależnie i znacznie wcześniejsze od zjawiska organizowania się społeczeństw w ramach państwowości. Jest to w gruncie teza, której Doktorantka nie dowodzi, którą przyjmuje jako założenie wyjściowe. Z niej wyprowadza tezę, którą można chyba kwestionować, a której istotą jest twierdzenie, że *ius puniendi* nie jest pochodną sposobu zorganizowania stosunków społecznych w formie państwa, lecz pierwotnym względem organizacji państwowej uprawnieniem wspólnoty, niezależnie od tego, jak jest urządzona. To stwierdzenie, choć nie jest tak nazwane, odczytuję jako główną hipotezę badawczą rozprawy, którą Autorka weryfikuje. Podkreślić należy, że jej dowiedzenie lub zaprzeczenie w gruncie rzeczy zawsze może być kwestionowane. Miejsca na dyskusję z ustaleniami Doktorantki jest niżej. W tym miejscu należy stwierdzić, że sposób, w jaki Doktorantka formułuje i weryfikuje hipotezy jest w zupełności poprawny.

III. Konstrukcja rozprawy

Struktura pracy odpowiada przyjętym celom i założeniom, nie mam do niej zastrzeżeń. Warto tylko podkreślić umiejętne przechodzenie od problematyki ogólnej do szczególnej i takie też usystematyzowanie rozprawy.

IV. Ocena merytoryczna rozprawy

Ogólny poziom merytoryczny rozważań jest wysoki. Co do zasadniczej tezy badawczej, czyli tej, że twierdzenie, że *ius puniendi* nie jest pochodną sposobu zorganizowania stosunków społecznych w formie państwa, lecz pierwotnym względem organizacji państwowej uprawnieniem wspólnoty, niezależnie od tego, jak jest urządzona, recenzent jest tylko częściowo przekonany.

Zgadzam się z tym, że zjawisko karania jest starsze, niż powstanie organizacji państwowej, i że dopiero w toku rozwoju historycznego karanie stało się prerogatywą państwa. Nie jestem jednak całkiem przekonany, czy można na tym budować założenie o tym, że prawo to nadal przysługuje nie bezpośrednio państwu, a państwu, ponieważ jest wspólnotą, a tym bardziej, że w związku z tym nie tylko kiedyś, ale i współcześnie *ius puniendi* powinno być ukształtowane w sposób zgodny z jego istotą i celem, dla których najistotniejszym punktem odniesienia jest nie państwo i władza państwowa, ale wspólnota w imieniu i na rzecz której władza ta jest realizowana.

Jest to odważne i ciekawe założenie, które recenzent podziela tylko w pewnym stopniu. *Ius puniendi* obecnie funkcjonuje wyłącznie jako prerogatywa państwa. Nawet, gdyby – co jest obecnie rozważane – prerogatywy te przenieść na organizację ponadpaństwową, to zawsze będzie albo na podstawie upoważnienia państwowego, albo będzie oznaczało w istocie próbę skonstruowania superpaństwa ponadnarodowego. To z kolei może spowodować, że wspólnota, w której Doktorantka chce poszukiwać umocowania dla *ius puniendi* przestanie dysponować w miarę spójnym systemem wartości pozwalającym na aksjologiczne uzasadnienie obowiązywania tego prawa.

Co więcej, na gruncie tak umocowanej *ius puniendi* trudniej jest uzasadnić ochronę tego, co nazywamy wartościami wewnątrzprawnymi, a do czego przyjdzie wrócić jeszcze w dalszej części recenzji. Dlatego tę diagnozę Doktorantki dzielam jedynie częściowo. Skądinąd bardzo wysoko oceniam leżące u jej podłoża intuicje. Pierwsza z nich ma charakter, czysto operacyjne na poziomie tworzenia prawa. Słusznie Doktorantka konstatuje konieczność oderwania problematyki prawa karnego od bieżącej polityki, w ramach której często funkcjonuje ono jako jedno z narzędzi zarządzania nastrojami określonych grup wyborców (s. 27). Czy jednak nie jest tak, że to myślenie kategoriami interesu państwa (racji stanu) pozwala na oderwanie prawa karania od bieżącej polityki? Jasne jest, że bardzo dobrze byłoby, żeby zagadnienia tworzenia prawa oderwać od bieżącej polityki. Jednak w tym celu nie jest konieczne stwierdzenie, że *ius puniendi* nie jest sprawą państwa, ale właśnie dlatego, że jest ono sprawą państwa, a nie jednej czy drugiej partii politycznej. To, że prawo karne staje się czasami metodą zarządzania emocjami elektoratu to prawda. Jednak nie wynika to z postrzegania państwa jako centralnego punktu odniesienia *ius puniendi*, ale raczej z tego, że władza państwowa w systemie demokracji przedstawicielskiej nie zawsze działa w sposób całkowicie poprawny prakseologicznie i nakierowany na realizację racji stanu. Mogłaby próbować to czynić, gdyby miała pewność, że racjonalna decyzja zawsze spotka się z pozytywną oceną wyborców. Nie zawsze jednak ma to miejsce. Dlatego polityk często w mniej lub bardziej cyniczny sposób zarządza emocjami wyborców. Czy stwierdzenie, że centralnym punktem *ius puniendi* jest nie państwo, ale społeczeństwo niczego tu nie zmieni. Inną sprawą jest, że współcześnie państwo narodowe przeżywa kryzys, i pewnie pogląd Doktorantki jest jakąś odpowiedzią na ów kryzys.

Druga intuicja Doktorantki, leżąca u podstaw założenia, które ze społeczności, a nie z państwa czyni centralną figurę *ius puniendi*, nie została sformułowana wprost, lecz wynika w moim odczuciu z tego skupienia na społeczności. Otóż wydaje mi się, że Doktorantka stawia tę tezę dlatego, że uważa, iż prawo karne powinno być przyzwoite, słuszne, wreszcie

uzasadnione społecznie. Pogląd ten podzielam, ale nie wydaje mi się, by konieczne było szukanie innych punktów odniesienia, niż organizacja państwowa. Natomiast dzieląc ów pogląd widzę potrzebę analizowania tych samych zagadnień, które analizuje Doktorantka. Zdaje się, że innymi drogami podążamy do tego samego celu. Innymi słowy Doktorantka uważa, że centralną figurą *ius puniendi* jest społeczność (wspólnota), a nie państwo i choć to państwo je współcześnie realizuje to musi realizować jej wolę i interesy. Ja sądzę, że centralną figurą *ius puniendi* jest państwo. Perspektywa Doktorantki w moim odczuciu nie zmienia jakościowo stanu rzeczy. Państwo nie dlatego musi realizować wolę wspólnoty, bo to nie jemu ma służyć *ius puniendi*, a wspólnocie, lecz czyni to dlatego, że samo jest ową wspólnotą, o czym władza polityczna w istocie często zapomina. To wszak nie władza polityczna jest państwem, ale wspólnota obywateli. I jeżeli mam jakiegokolwiek zastrzeżenia do rozumowania Doktorantki w zakresie ekspozycji problemu, to takie, że wydaje się, iż różnica między państwem a władzą polityczną w państwie jest dla Niej zbyt mało czytelna.

Mam więc odmienny pogląd, niż Doktorantka. Chcę jednak podkreślić dwie kwestie, jedną istotną ze względów merytorycznych, drugą z pozamerytorycznych, ale warty określenia. Po pierwsze – to, że uważam za centralny punkt odniesienia państwo, a nie wspólnotę obywateli wcale nie oddala mojej perspektywy od perspektywy Doktorantki. Ja bowiem uważam, że państwo i wspólnota obywateli i państwo to to samo, a skoro tak, to wywód Doktorantki, co przysługuje jednemu, a co drugiemu, jest w gruncie rzeczy zbędny. Zgadza się co do tego, że władza polityczna winna wartościować swoje zachowanie w nawiązaniu do wartości wyznawanych przez wspólnotę. To pozwala mi większość dalszych wywodów Doktorantki przyjąć, jakby swoje. Po drugie – waga, jaką Doktorantka przykładła do wartości, którą przedstawia sobą wspólnota, to jak relatywizuje do niej swoje wywody, nadaje pracy nie tylko wartość stricte normatywną, ale też obywatelską. Jest to mi bliskie, i choć muszę przyznać, że myśl zawartą w cytowanej przez Doktorantkę wypowiedzi B. Malinowskiego (s. 27) w części, w której pisze on o „przyszłej wspólnocie wszechświatowej” uważam za co najmniej naiwną (a przy okazji nieco niebezpieczną, jest to cytat zbyt zbliżony do refrenu Międzynarodówki), to bardzo cenię sobie poszukiwania ograniczeń i zakresu *ius puniendi* w różnych systemach normatywnych funkcjonujących w różnej społeczności. Dzięki niemu Doktorantka wychodzi poza zakłętą krąg myślenia czysto jurystycznego, otwiera swoje myślenie na argumenty pozaprawne, Jej wywód staje się elastyczny, choć niepozbawiony gwarancyjnego zakotwiczenia w karnistyce. Podejście to prowadzi Doktorantkę do niezwykle ciekawych poszukiwań, których ostateczne efekty są z jednej strony na tyle jednolite i

uporządkowane, że można je nazwać systemem, a z drugiej całej szereg ustaleń jest na tyle autonomicznych, że mogą funkcjonować oddzielnie.

Sięgnięcie do społeczeństw przedpaństwowych w perspektywie przyjmowanej przez Doktorantkę nie jest tylko rysem historycznym, ale jest kwestią kluczową dla określenia czym w istocie jest, i jak jest umocowane *ius puniendi*. Jak wskazano wyżej, nie podzielał tego punktu widzenia. To, że Doktorantka wskazuje, iż np., stosunki międzynarodowe charakteryzowały się równorzędnością, gdyż nie istniał żaden zwierzchni podmiot nad stronami konfliktu ma de lege lata znaczenie o tyle niewielkie, że współcześnie nie tylko taki podmiot istnieje, ale też nie jesteśmy sobie w stanie wyobrazić funkcjonowania społeczności bez takiego podmiotu. Istotne jest jednak to, że ten wywód Autorki uczula na zasadniczą i od wieków niezmienną kwestię – wszelka forma organizacji ludzkiej społeczności ma jej służyć. Takie postawienie sprawy, wynikające ze wstępnych wywodów Doktorantki, bardzo mocno otwiera jej analizę na aksjologię systemu.

Kwestionuję to, co Doktorantka czyni osią swojego myślenia o *ius puniendi*, czyli pogląd, że związek *ius puniendi* z władzą państwową nie ma charakteru związku koniecznego. Sądzę, iż w obecnym układzie odniesienia, w którym państwo narodowe jest chyba jednak nadal podstawową formą organizacji społeczności operującej zorganizowanym przymusem, związek ten jest koniecznością. Jednak mimo tej niezgody podzielam stanowisko, że dla powstania *ius puniendi* konieczna jest wspólnota przekonań co do tego, że określone zachowanie jest szkodliwe z perspektywy społeczności i wymaga napiętnowania przez publiczne ukaranie złooczyńcy (s. 82). Sądzę, że to właśnie wspólnota wartości jest tym, co generuje społeczność fundującą organizację państwową, a zatem i *ius puniendi*. Skoro zaś tak, to rozchodząc się z Doktorantką w zakresie określenia podmiotu *ius puniendi* w zupełności zgadzamy się co do tego, że tworzy je wspólnota wartości charakteryzująca wspólnotę. Owo podejście jest właściwe dla dość tradycyjnego myślenia o wspólnotie państwowej – myślenia, które jest bliskie również piszącemu te słowa. Nie miejsce tu na analizowanie pojęcia i istoty państwa, zwłaszcza, że karnista w tym zakresie jest tylko amatorem, jednak trzeba odnotować, iż odwołanie się do wspólnoty wartości jest kluczowe i dla istoty prawa karnego, i dla istoty państwa jako takiego.

Analiza Doktorantki w zakresie uzasadnienia istnienia prawa karnego jest pogłębiona i interesująca. Słusznie poddaje krytyce te koncepcje, które podstawy prawa karania upatrują w samym prawie karnym (s. 85). Przyznam jednak, że bardzo ciekawi mnie stosunek Doktorantki do wartości wewnętrznych jako uzasadniających istnienie prawa, w tym prawa karania. Autorka ma rację, że państwo musi uzasadnić swoje prawo do dysponowania aparatem

przymusu, i uzasadnienie to nie może lokować się w samym prawie karnym (s. 86). Przypomina to dyskusję otworzoną na przełomie XIX i XX wieku przez J. Goldschmidta, który podjął próbę rozgraniczenia prawa karno – administracyjnego i karnego. Różnica ta tkwi zdaniem Glodschmidta w tym, że bezprawie karne narusza realnie istniejące dobra, a bezprawie porządkowe nie narusza dóbr, ale utrudnia lub uniemożliwia osiągnięcie potencjalnych korzyści wynikających z prawidłowego administrowania (J. Goldschmidt, *Die Verwaltungsstrafrecht*, Heymann 1902, s. 531 i n.). Zwraca uwagę niezwykle interesujący głos w dyskusji R. Franka, który zauważył, że prawo, w tym i prawo karne nie jest kapeluszem Gesslerera (aluzja do „Wilhelma Tella” F. Schillera), któremu zbuntowany lud winien złożyć wyrazy uszanowania. Przekroczenie norm porządkowych jest zamachem na administrowanie, które w założeniu jest procesem celowym, a skoro tak, to państwo, jeżeli wykonuje je poprawnie, to chroni bardzo realne dobra i wartości, na których ufundowane jest społeczeństwo (R. Frank, *Studien zum Polizeistrafrecht*, Gießener Universität 1897, s. 18). Powyższy spór ma kapitalne znaczenie dla problematyki kryminalizacji, i warto, by Doktorantka bliżej odniosła się do tego problemu. Piszący te słowa kiedyś podjął próbę zbadania, czy każda decyzja kryminalizacyjna jest możliwa w kontekście systemu wartości wyznawanego przez wspólnotę (M. Kulik, Czy prawo karne jest kapeluszem Gesslerera? Na marginesie dramatu F. Schillera i prac R. Franka (w:) P. Ostaszewski, K. Buczkowski (red.) *Granice prawa. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Siemaszki*, Warszawa 2020, s. 445 – 462), a zagadnienie to jest istotne z punktu widzenia *ius puniendi* i poglądów Doktorantki. Pisze Ona, i niewątpliwie słusznie, że korzystanie z prawa karania winno się mieścić w granicach wartości wyznawanych przez wspólnotę, czy choćby jej większość. Czy jednak mogą, a jeżeli tak, to w jakim zakresie, uzasadniać kryminalizację wartości wewnętrzprawne? Przypomnijmy, że takie wartości to np. proceduralna sprawiedliwość życia społecznego, zdolność państwa do rozstrzygania konfliktów w łonie społeczności. Szkoda, że niezwykle ciekawe opracowanie L. Leszczyńskiego dotyczące tych zagadnień nie doczekało się druku i funkcjonuje na prawach rękopisu (L. Leszczyński, *Wartości wewnętrzprawne, zjawiska odformalizowania prawa i idea państwa prawnego*, Ogólnopolska Konferencja naukowa „Wartość – Wolność – Odpowiedzialność”, Katowice 17–18 czerwca 1993 r., odbitka z maszynopisu Autora). Są jednak opracowania na ten temat (Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Wydawnictwo Prawnicze 1990, s. 94 i n.; A. Kojder, *Prawo jako przedmiot analiz aksjologicznych*, [w:] *Problemy metodologii i filozofii prawa. Materiały VIII Ogólnopolskiego Zjazdu Teoretyków Państwa i Prawa*, red. R. Rot, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego 1988, s. 80; Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Wydawnictwo Prawnicze 1990,

s. 94 i n.; zob. też A. Kojder, Prawo jako przedmiot analiz aksjologicznych, [w:] Problemy metodologii i filozofii prawa. Materiały VIII Ogólnopolskiego Zjazdu Teoretyków Państwa i Prawa, red. R. Rot, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego 1988, s. 80). Powstaje zatem pytanie, czy decyzja kryminalizacyjna (przy założeniu, że państwo funkcjonuje prawidłowo i spełnia wymogi podstawowe państwa cywilizowanego prawo tworzy poprawnie proceduralnie) może służyć ochronie takich właśnie wewnątrzprawnych wartości, jak zdolność rozwiązywania konfliktu (skądinąd ważna dla Doktorantki), czy zachowywanie sprawiedliwości proceduralnej? Czy takie wartości wewnątrzprawne suszasadniają kryminalizację w perspektywie przyjmowanej przez Doktorantkę?

Analizując problemy związane z definiowaniem odpowiedzialności karnej słusznie doprowadziły Doktorantkę do analizy standardu Engel, opartego na wyroku ETPCz z dnia 8 czerwca 1976 r. w sprawie Engel i in. przeciwko Holandii; skargi nr 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, seria A 22, § 82 i rozwijanego w kolejnych orzeczeniach. Analizując je Doktorantka – i słusznie – wskazuje też na te późniejsze orzeczenia ETPCz. Słusznie też zauważa, że w świetle tego standardu sprawami karnymi są także sprawy, które formalnie nie mają takiego charakteru. Otwiera to kilka perspektyw badawczych, które być może warto byłoby zasygnalizować, a być może warto nawet byłoby poświęcić im sporo uwagi. W szczególności być może interesująca byłaby odpowiedź, czy w wypadku tzw. represyjnego prawa administracyjnego nie funkcjonują takie same (te same?) czynniki, jak te, które istnieją w odniesieniu do prawa karnego, a zatem czy i w wypadku deliktowego prawa administracyjnego nie możemy mówić o realizowaniu ius puniendi? Jeżeli tak jest, a tak wydaje się wynikać z orzecznictwa ETPCz kształtującego to, co nazywamy standardem Engel, to jak ocenić najnowsze orzecznictwo ETPCz dotyczące związanego z nim standardu ne bis in idem? Przypomnijmy, że w ostatnich latach ETPCz większy akcent, niż na gwarancyjną funkcję prawa i procesu karnego, kładzie na swoicie rozumianą efektywność państwa. Świadczy o tym przede wszystkim wyrok ETPCz w sprawie A i B przeciwko Norwegii (24130/11 i 29758/11), gdzie formalnie nie dekomponuje się standardu Engel, ale odmiennie interpretuje się pojęcie „tej samej sprawy”. W danym wypadku uznano, że postępowanie karne i prowadzone w sprawie tego samego naruszenia przepisów podatkowych postępowanie administracyjne skutkujące wymierzeniem podwyższonej opłaty w znacznej wysokości, to jedno i to samo postępowanie. Gwoli jasności – chodzi o dwa postępowania prowadzone przez dwa odrębne organy w dwóch różnych trybach, zakończone wymierzeniem i wykonaniem dwóch odrębnych kar finansowych – grzywny i kary administracyjnej. ETPCz przyjmuje, że jeżeli postępowania te są prowadzone mniej więcej w tym samym czasie, to są jednym postępowaniem nawet, jeżeli są orzeczone

dwie kary, a potem dwie kary są wykonywane. Powstaje pytanie, czy można założyć, że w sprawie administracyjnej nie realizuje się *ius puniendi*, a zatem w takim wypadku podwójne postępowanie nie narusza żadnego standardu? A może jednak w sprawie administracyjnej o charakterze represyjnym realizuje się *ius puniendi*, i w takim razie naruszą standard *ne bis in idem*, a pogląd ETPCz, że dwa postępowania są w istocie jednym postępowaniem trudno uznać za dorzeczny.

Doktorantka poszukując narzędzia do wyznaczenia granic *ius puniendi* uwagę swą kieruje w stronę społecznego potępienia charakteryzującego czyn zabroniony kryminalnie. Jest to ciekawa droga, w moim przekonaniu poprawna. Pojawia się tu bowiem czynnik, na który Doktorantka zwraca uwagę, pisząc o swym braku zaufania dla władzy państwowej, jako tej, której ma przysługiwać *ius puniendi*. Mowa o tym, że władza państwowa może tworzyć przepisy zarządzając emocjami grup wyborców. Wyżej już pisałem, że zarzut ten wcale nie deprecjonuje państwa jako tego, któremu przysługuje *ius puniendi*. Obecnie dodam, że potępienie społeczne jest czynnikiem, którym niezwykle łatwo zarządzać różnymi metodami, co jednak nie zawsze przynosi dobre efekty.

Wracając do kontekstu granicy między prawem karnym a prawem administracyjnym - bardzo pouczający jest pod tym względem przykład ochrony środowiska naturalnego środkami prawa karnego. Z uzasadnienia Komisji Europejskiej do projektu Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/99/WE z 19 listopada 2008 r. w sprawie ochrony środowiska poprzez prawo karne wynika kilka okoliczności ważnych dla wartości, jakie Komisja Europejska skłonna jest przypisywać prawu karnemu. Komisja wyraźnie stwierdziła tam brak kompetencji UE do tworzenia prawa karnego, ale zaleciła wprowadzenie na możliwie szeroką skalę jego przepisów do krajowego prawa ochrony środowiska. Następnie KE pisze o niskiej skuteczności sankcji za przestępstwa przeciwko środowisku stosowanych w państwach członkowskich. Dodano, że nie wszystkie poważne czyny przeciwko środowisku są zabronione we wszystkich państwach członkowskich, a zdaniem KE jedynie sankcje karne mogą odnieść wystarczający skutek. Dalej w uzasadnieniu czytamy o okoliczności, którą – słusznie – akcentuje Doktorantka, konstruując podstawy *ius puniendi*. Podkreślono charakterystyczny dla prawa karnego element moralnego potępienia, który różni sankcję karną od administracyjnej, czy od cywilnoprawnego mechanizmu kompensacyjnego. KE podkreśla też wprost, że sankcje administracyjne lub inne finansowe mogą odnosić odstraszący skutek, gdy sprawca jest niezamożny. Wobec sprawcy mającego za konieczne uważa stosowanie kary pozbawienia wolności. Zwraca uwagę kilka elementów, które częściowo kontrastują, częściowo korespondują z wywodami Doktorantki. Uważa się, że sankcje inne, niż

karne, są w wypadku ochrony środowiska niewystarczające – nie wskazując dlaczego, co znakomicie kontrastuje z poglądem Doktorantki, gdy pisze o prawie karnym jako ultima ratio. Ma rację Doktorantka pisząc, że nie należy stosować sankcji karnej, gdy inna jest wystarczająca. Tu jednak mamy doskonały przykład, kiedy autor projektu wpływającego na prawo karne wszystkich państw UE czysto arbitralnie żąda stosowania sankcji karnych, nie zadając sobie najmniejszego trudu, by uzasadnić, czemu zachodzi wypadek, w którym taka ultima ratio musi być zastosowana. KE dostrzega element moralnego potępienia, jaki w prawie karnym widzi też Doktorantka. Tu pojawia się jednak pytanie, jak to właściwie jest z tym moralnym potępieniem? Czy jest tak, że penalizacja jest wynikiem zaistnienia potępienia, czy może ustawodawcy wolno niekiedy owo społeczne potępienie wygenerować przez akt penalizacji? A może do zagadnienia należy podejść jeszcze inaczej. Czy np. będzie dopuszczalne zachowanie władzy politycznej polegające na propagandowym wygenerowaniu społecznego potępienia dla jakiejś kategorii zachowań, by potem (np. po urabianiu opinii społecznej przez rok, dwa, dwadzieścia) wprowadzić reakcję prawnokarną na jakieś zachowania, pierwotnie oceniane przez społeczność pozytywnie lub ambiwalentnie, ale w wyniku nacisków na opinię publiczną po jakimś czasie zidentyfikowane jako godne potępienia? Niezależnie od tego, czy takie zabiegi władzy politycznej czy środków publicznego zrekazu uznamy za dopuszczalne, czy nie, mają one miejsce. Czy w takim razie istnieją jakieś granice dla penalizacji odpowiadającej tak sztucznie wygenerowanemu społecznemu potępieniu dla jakiejś kategorii zachowań? A jeśli tak, to gdzie takich granic należałoby szukać? Twierdzenie bowiem, że ustawodawca w działalności penalizacyjnej winien odnosić się do poglądów, emocji i wartości internalizowanych w społeczeństwie niewątpliwie jest celne. Jednak akceptując je musimy mieć świadomość, że można tymi poglądami, emocjami manipulować, kształtować postrzeganie wartości itp. To zaś generuje kolejne pytanie: czy na pewno zawsze jest tak, że potępienie społeczne generuje ius puniendi (tak pisze Doktorantka), czy może niekiedy bywa dokładnie odwrotnie.

Wracając na krótką chwilę do przestępstw przeciwko środowisku naturalnemu dla porządku zwróćmy uwagę (w kontekście wypowiedzi Doktorantki, że prewencja generalna negatywna nie ma we współczesnym prawie karnym racji bytu), iż KE w odniesieniu do przestępstw przeciwko środowisku naturalnemu nie tylko twierdzi, że negatywna prewencja ogólna ma rację bytu, ale czyni z niej główną rację kryminalizacji, uzasadniając to aksjologicznie. Twierdzi bowiem, że w tym wypadku chodzi przede wszystkim o odstraszającą moc sankcji karnych, których inne nie mają.

Piszę o przykładzie przestępstw przeciwko środowisku naturalnemu z tego względu, że jest on niezwykle pouczający. Wszak typy czynów zabronionych przeciwko środowisku naturalnym to nic innego, jak opatrywanie sankcją prawnokarną zakazów administracyjnych. Jednak współcześnie ten, kto zaryzykowałby pogląd, że być może wystarczająca byłaby w takich wypadkach sankcja administracyjna, naraziłby się na bardzo ciężką krytykę z pozycji aksjologicznych, przecież ochrona środowiska jest niezwykle ważna. Jest tak nawet, jeśli mamy świadomość, że ochrona prawnokarna czasami po prostu jest tu nieefektywna, o czym poucza przykład regionu Flemish w Belgii, gdzie w roku 2009 scalono reżimy prawnokarny i administracyjny ochrony środowiska w jeden reżim prawnokarny, opierając się przede wszystkim na gwarancyjnych zaletach prawa karnego, ale też uwzględniając czynnik moralnego potępienia leżącego u podłoża zakazu karnego. Bardzo szybko nastąpiło przeciążenie sądownictwa, a nawet wtórna administratywizacja postępowań w tych sprawach. W obliczu wielkiej ilości spraw często orzekano w sposób uproszczony, co więcej, co do zasady wymierzano kary łagodniejsze, niż dawniej w postępowaniach administracyjnych. Ostatecznie zrezygnowano z tego rozwiązania, powrócono do prymatu regulacji administracyjnych, uzupełnionych karnymi. Podobnie było we Francji. Rozwiązanie postrzegane jako wartościowe aksjologicznie, odpowiadające wadze powszechnie przykładanej do ochrony przyrody, okazało się skrajnie nieefektywne, a mimo to jest nadal promowane i zalecane. Pojawia się zatem kolejne pytanie – czy wobec silnej administratywizacji prawa karnego opatrywanie sankcją prawnokarną zakazów administracyjnych jawi się jako mieszczące się w granicach wyznaczonych przez Doktorantkę dla *ius puniendi*? Czy mamy tu do czynienia z zakazem prawnokarnym, czy po prostu z zakazem administracyjnym opatrzonym sankcją karną? Wszak lektura przepisów typizujących przestępstwa przeciwko ochronie środowiska zwykle jest absolutnie jałowym zajęciem, jeśli nie czytamy jednocześnie przepisów administracyjnych. Przecież większość z nich jest stypizowana w stylu „kto, wbrew przepisom”.

Za efekt bardzo trafnej intuicji uważam poszukiwanie źródeł *ius puniendi* w potępieniu zachowania należących do danej kategorii przez wspólnotę. Zbyt jednak odważna jest teza, że chodzi o przypisanie sprawcy czynu, który jest potępiany przez całą wspólnotę (s. 109). W ogóle trzeba przyznać, że grunt potępienia lub nie, jakichś zachowań przez wspólnotę jest niezwykle grząski, jeśli mamy świadomość, że wspólnota może sama podlegać patologiom. Poszukując kotwicy dla swej refleksji nad istotą Doktorantka sięga do wartości uniwersalnych, przy czym jej, jak się zdaje – akceptujące – podejście do koncepcji odpowiedzialności R. Ingardena sprawia, że w grze pojawia się konieczność spojrzenia na prawo karne w perspektywie wartości moralnych (s. 133). Czynnikiem ten kilkakrotnie pojawia się w pracy,

przede wszystkim w nawiązaniu do koncepcji W. Hassemera. Jeśli miałbym tu jakąś uwagę, to tę, że być może warto byłoby się odnieść do problemów wartości wewnętrznych, co sygnalizowałem wyżej. Chętnie widziałbym odniesienie się jej do starych poglądów R. Franka czy ustaleń polskiej teorii prawa w zakresie wartości wewnętrznych, gdyż – sędzę – w perspektywie Doktorantki prawo karne jest bardzo mocno uzależnione od wartości zewnętrznych.

O wartości wewnętrzne pytałem wyżej. Obecnie „wchodzę w buty” Doktorantki i roboczo zakładam całkowite uzależnienie zakazu prawnokarnego od wartości zewnętrznych. Skoro Doktorantka tak mocno akcentuje wartości zewnętrzne, pojawia się dodatkowe pytanie. Otóż istnieje kilka narzędzi służących do wprowadzania takich wartości do danej gałęzi prawa. Są nimi niewątpliwie zasady prawa i generalne klauzule odsyłające. Ciekawe zatem byłoby, jak Doktorantka odniosłaby się do stosowania przez ustawodawcę generalnych klauzul odsyłających w dwóch układach. W pierwszym (łatwiejszym) w przepisach typizujących, w drugim – w innych przepisach kształtujących podstawy odpowiedzialności (wszak są poglądy, że przepisy statuujące winę i społeczną szkodliwość to nic innego, jak g.k.o.), po trzecie wreszcie – w przepisach dotyczących wymiaru kary i środków karnych z punktu widzenia poprawnego realizowania przez ustawodawcę prawa karania.

Pisząc wyżej o tym, że refleksja Autorki nad statusem odpowiedzialności na bazie ustaleń R. Ingardena skłania do spojrzenia na prawo karne z perspektywy wartości moralnych świadomie zaakcentowałem pewną istotną zaletę podejścia badawczego Autorki. Otóż pierwszym, co uczyniła, było wzięcie na warsztat fenomenu odpowiedzialności karnej bez otoczki, jaką tworzą znane wszystkim doskonale cele i funkcje prawa karnego. W ten sposób może mówić ogólnie o sprawiedliwości, korzystając z myśli Arystotelesa. Z kolei już odniesienie się do ustaleń E. Hryniewicz - Lach jest ciekawe jako pewna konkretyzacja. Może trochę szkoda, że Doktorantka bezpośrednio nie odnosi się do koncepcji H. Welzla, z której korzysta też E. Hryniewicz – Lach. Koncepcja E. Hryniewicz – Lach jest bowiem konkretną aplikacją założeń wywiedzionych od Welzla na grunt prawa karnego postrzeganego kompensacyjnie. Jest oczywiście ważna i potrzebna, ale na dalszym etapie rozważań. Wcześniej warto byłoby chyba sięgnąć do samego Welzla, którego prace mogłyby być dla Doktorantki interesujące. Przypomnijmy, że chodzi tu o koncepcję indywidualnego bezprawia (personale Unrecht). H. Welzel widzi cel prawa karnego nie tyle w ochronie dóbr prawnych (a więc inaczej, niż Goldschmidt), co w uzasadnionej społeczno – moralnie ochronie podstawowych wartości wyznawanych przez społeczeństwo (zatem bardzo podobnie do tego,

jak widzi to Doktorantka). Beźprawie kryminalne wyraża się oprócz tego w ochronie dobra prawnego, lecz nie jest to pierwotna, ale wtórne – chroniąc wartości bardziej elementarne musi też siłą rzeczy chronić i dobra prawne (H. Welzel: Studien zur System des Strafrechts, ZStW 1958, s. 491; tenże: Deutsches Strafrecht, Berlin 1960, s. 56 – 57). Wydaje mi się, że koncepcja ta znakomicie wpasowywałaby się w konstrukcje myślowe, którymi operuje Autorka. W istocie bowiem konkluzje Doktorantki są w wielu punktach zbieżne z pomysłami H. Welzla. Dodam, że zreferowane przeze mnie wyżej ujęcie E. Schmidta, jak też dobrze znane Doktorantce poglądy W. Hassemmera, jak też wreszcie ich twórcze rozwinięcie (szkoda, że nieznane Doktorantce) na polskim gruncie przez A. Wąska (W kwestii tzw. odmoralizowania prawa karnego, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2-3; Prawo karne – minimum moralności?, „Annales UMCS, Sectio G. Ius”, 1984, vol. XXXI, 3; Czyn niemoralny – czyn społecznie niebezpieczny – czyn przestępny, „Studia Iuridica” 1988, nr XVI) w znacznej mierze bazują właśnie na ustaleniach Welzla.

Refleksje Doktorantki nad przypisaniem odpowiedzialności i jej ponoszeniem są bardzo interesujące. W tym kontekście cenne jest zwrócenie uwagi na sam proces pociągania do odpowiedzialności karnej, który sam z siebie niesie ze sobą określoną dolegliwość, choć bezpośrednio nie mieści się w prawie karania. Słusznie zauważa Doktorantka, że zdarza się, iż prokuratura informuje opinię publiczną o stosowaniu tymczasowego aresztowania, utrwalając stereotyp równoznaczności zastosowania tego środka z przesądzeniem winy i ukaraniem (s. 121). Dodam, że jest to stała tendencja w zakresie informowania o przestępstwach (w tym sensie Doktorantka nie całkiem ma rację, pisząc, że dzieje się tak w ostatnim czasie), ale dodam też, że w ostatnich czasach tego typu medialne „wrzutki” zostały doprowadzone do perfekcji (w tym sensie zatem Doktorantka pisząc o „ostatnim czasie” ma jednak rację). Perspektywa procesowa, ukazywana przez Doktorantkę jest niesłychanie inspirująca, i skłania do szczegółowej refleksji nad statusem postępowania, zwłaszcza przygotowawczego, w kontekście jego represyjności.

Ustaliwszy związek *ius puniendi* z elementem konwencjonalnego potępienia sprawcy Doktorantka prowadzi dalsze wywody niezwykle konsekwentnie. Nie jest jednak dla czytelnika w pełni jasne jej stosunek do tzw. *mala per se* i *mala prohibita*. Przy całej świadomości niejasności podziału na *mala per se* i *mala prohibita*, można uznać, że istnieją i jedno i drugie. W wypadku *mala per se* ustawodawca typizuje zachowania już ponad wszelką wątpliwość negatywnie wartościowane społecznie. W wypadku z kolei *mala prohibita* negatywne wartościowanie prawnokarne jest w pewnym sensie siłą sprawczą negatywnej oceny czynu. Wydaje mi się, że założenia przyjęte przez Doktorantkę całkowicie wykluczają kompetencję

ustawodawcy do tworzenia takich typów, a nie jestem pewien czy słusznie. Wydaje się bowiem, że należy dać ustawodawcy prawo do kształtowania rzeczywistości społecznej przy pomocy typizacji. Oczywiście jest to kwestia ustalenia zakresu dopuszczalności owej typizacji. Wydaje się jednak, że w optyce przyjętej przez Doktorantkę nie ma miejsca na mala prohibita, co uważam za założenie zbyt restrykcyjne. Oczywiście należy założyć, że penalizacja mala prohibita musiałaby być prowadzona niezwykle wstrzemięźliwie, i że – ponieważ w aspekcie ocen społecznych byłaby ona prowadzona niejako na kredyt – musiałaby być wykonywana w sytuacji dużego zaufania większości społeczeństwa do ustawodawcy, zapewne też dobrze byłoby, gdyby była uzasadniana np. wartościami wewnątrzprawnymi.

Za pewne uproszczenie uważam wygłoszoną na s. 163 tezę, że w państwach totalitarnych utożsamia się zło tkwiące w przestępstwie z nieposłuszeństwem wobec prawa i stanowiącej je władzy państwowej, przez co ius puniendi nie a w zasadzie materialnych ograniczeń – decyzja kryminalizacyjna jest w pełni swobodna i nie wymaga uzasadnienia. Rzecz bowiem w tym, że decyzja ta, aczkolwiek jest swobodna, zawsze jest bardzo starannie uzasadniana, i nigdy oficjalnie nie utożsamia się jej bezpośrednio z nieposłuszeństwem wobec władzy państwowej. Cechą prawa totalitarnego jest to, że wszelkie naruszenia woli władzy nie są wprost nazywane naruszeniami woli władzy, ale koniecznie naruszeniami woli wspólnoty. Niemieckie prawo karne okresu hitleryzmu opierało się na kulcie wodzostwa, który to kult jednak nie był kultem władzy samej przez się, ale wywodził się z poczucia wspólnoty narodowej opartej na więzach krwi. Ten drugi element wiązał się z depersonalizacją obywateli nienależących do aryjskiej wspólnoty i z myśleniem kolektywno – ludowym (K. Siegert, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, Tübingen 1934, s. 19, współcześnie znakomicie diagnozuje to K. Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung, Zürich 2019, s. 38 i n.; idem, Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung, „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht” 2019, nr 3, s. 223 i M. Maciejewski, Wódz, naród, rasa. Ideologiczne przesłanki nazistowskich koncepcji prawa, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2017, nr 1). Polegało ono na dążeniu do zastąpienia klasycznego prawa karnego przez „totalne” prawo karne odformalizowane i kierujące się wolą rozumianej rasowo wspólnoty uosabianą przez wolę wodza, a w razie potrzeby nawet przez jego rozkaz. Jednak ta wola wodza nie jest wolą władzy operującej nagim przymusem, ale uosobieniem woli ludu. Jest to wysoce przewrotna konstrukcja. W ten sposób można bowiem uzasadnić, że wszelka wola władzy, tłamsząca odczucia obywateli, jest w gruncie rzeczy przejawem, umocnieniem, uosobieniem woli tych obywateli (inną sprawą jest, że nie ma najmniejszych wątpliwości, iż poparcie społeczne dla Hitlera było w Niemczech niemal

powszechne). Prawo służy realizacji woli ludu, a to oznacza samo przez się, że służyło też zapewnieniu lojalności obywatela wobec wspólnoty = państwa = wodza. Najwyższym prawem jest wola ludu, nazywana „najwyższą ustawą”, którą personalizuje wódz. Z niej zaś czerpie uzasadnienie każde prawo, w tym karne (H. Mayer, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart 1936, s. 114). Doskonałym przykładem takiego przewrotnego rozumowania są wywody nazistowskiego prawnika L. Zimmerla (tego samego, który pośmiertnie zrobił we współczesnej polskiej dogmatyce przypadkową i niezasłużoną karierę, jako ten, który miał jakoby dokonać jakichś przełomowych odkryć w dziedzinie subiektywnych podstaw odpowiedzialności) dotyczące statusu ławników. Uczony ów wywiódł, że skoro wola wodza uosabia wolę narodu, a sędzia realizuje ową wolę, nie ma najmniejszego sensu wprowadzać do tej doskonałej maszyny czynnika społecznego w postaci ławników, przecież wykonani woli społeczeństwa już jest doskonale zabezpieczone (L. Zimmerl: *Sachverständige Laienrichter*. Tübingen 1934). Nie inaczej było w totalitarnym prawie komunistycznym, które też uzasadniano wolą klasy panującej – miało służyć zwalczaniu jej wrogów (W. Mieńszagin, Z. Wyszynska, *Radzieckie prawo karne*, Warszawa 1953, s. 11, współcześnie zob. A. Lityński, *Prawo Rosji i ZSRR 1917–1991, czyli historia wszechzwiązkowego komunistycznego prawa (bolszewików)*, Warszawa 2010, s. 7). Zatem teza Doktorantki jest pewnym skrótem, a nawet uproszczeniem. W ujęciach totalitarnych *ius puniendi* zawsze jest realizowane w interesie wspólnoty jako całości i tak właśnie uzasadniane – to jednostka ma się jej podporządkować. Diabeł tkwi w technikaliach – chodzi o sposób, w jaki owa domniemana wola ludu jest realizowana. Dlatego pogląd Doktorantki nie jest całkiem precyzyjny.

Wart specjalnego odnotowania jest znakomity wywód dotyczący zasady proporcjonalności na tle obowiązku kryminalizacji. Bardzo ciekawe jest zwłaszcza twierdzenie Doktorantki, że między przekonaniem, iż kryminalizacja jest konieczna z uwagi na brak innych skutecznych środków ochrony danego dobra a przekonaniem o tym, że jest ona dopuszczalna nie ma żadnego pustego pola (s. 228 i n). Ewentualne wątpliwości nie dotyczą zdaniem Doktorantki sytuacji, w których jakieś zachowanie może być lub nie być zabronione, lecz tego, czy powinno być zabronione lub dozwolone. Innymi słowy nie ma przypadków, w których ustawodawcy wolno czegoś zabronić lub nie, a są przypadki, w których trzeba rozpoznać, czy w danym wypadku istnieje obowiązek czy zakaz kryminalizacji. Jest to niezwykle interesujący i inspirujący wywód, niezależnie od tego, czy pogląd ten akceptować, czy nie.

Tam, gdzie Doktorantka przechodzi do konkretnych problemów z zakresu kryminalizacji praca staje się jeszcze bardziej interesująca, niż wtedy, gdy mówi o kwestiach ogólnych. Ciekawy jest wywód w odniesieniu do art. 226 k.k., choć muszę przyznać – nie

podzielam akceptacji Autorki dla rozumowania Trybunału Konstytucyjnego. To, że zdaniem TK znieważenie podczas lub w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza czynności służbowych uważa za nadmierną ingerencję prawa karnego w wolność wypowiedzi, ale jest skłonny uznać, że nie jest to ingerencja nadmierna w wypadku znieważenie podczas i w związku trudno uznać za rozstrzygnięcie inne, niż arbitralne. Podobnie – inaczej, niż Doktorantka – krytycznie oceniam poglądy wyrażone w – zasadniczo akceptowanych przez Doktorantkę – zdaniach odrębnych do orzeczenia TK dotyczącego znieważenia Prezydenta RP. Inaczej, niż autorzy zdań odrębnych do orzeczeń TK (s. 237) jestem zdania, że wcale nie jest tak trudno rozgraniczyć znieważenie i zniesławienie, i że słusznym rozwiązaniem jest różne traktowanie tych sytuacji. Nie jest też moim zdaniem tak, że penalizacja znieważenia czy to Prezydenta RP, czy to innego funkcjonariusza ogranicza wolność debaty publicznej. Mam też wrażenie, że współcześnie w dyskursie publicznym istnieje niepokojąca tendencja do usprawiedliwiania wszelkich zachowań podejmowanych przez „naszych” (kimkolwiek są), i niesłychanej wręcz wrażliwości na negatywne wypowiedzi ze strony „tamtych” (kimkolwiek są). To zaś skłania do wielkiej ostrożności, zwłaszcza w usprawiedliwianiu zniewag wypowiadanych w debacie publicznej. Raczej należy dążyć do tego, by debata, jakakolwiek, była ostra merytorycznie, ale łagodna formalnie. W tym sensie niezależnie od sympatii politycznych nie akceptuję publicznego nazywania kogoś „durniem”, choć nie odbieram nikomu prawa do oceny intelektualnych i merytorycznych kompetencji tego kogoś. Dlatego odnoszące się do tego zagadnienia wywody Doktorantki nie trafiają do mojego przekonania, a jest tak dlatego, że odmiennie, niż Ona oceniam wagę ważonych przez Nią dóbr. Natomiast sam proces ważenia jest przez Nią wykonywany z wielką prawniczą sprawnością. Za trafne uważam wnioski Doktorantki, która umiejętnie potrafi oddzielić przypadki, w którym wady przepisów mogą być korygowane wykładnią prokonstytucyjną, zresztą bardzo umiejętnie przez Nią stosowaną, od przypadków, w których konieczne jest Hirschowskie „jeszcze więcej ustawy”. W ogóle – jest to uwaga szerszej natury – tam, gdzie trzeba dokonywać ważenia dóbr, rozstrzygania kolizji normatywnych, czy wykonywać inne zadania wymagające pewnej prawniczej subtelności, Doktorantka pokazuje wielką sprawność. Widać, że znakomicie się czuje się w tym, co jest istotą pracy prawnika.

Pewną wątpliwość mam odnośnie do uwag Doktorantki na temat zniesławienia. Otóż Doktorantka skupia się na wyroku TK z 30 października 2006 r., P10/06, gdy znacznie ważniejszy jest nieznan jej wyrok z TK z 12 maja 2008 r. SK 43/05, OTK-A 2008, z. 4, poz. 57, którego skutkiem była nowelizacja art. 213 k.k. z dnia 9 listopada 2009 r. Wyrok ten zasługuje na szczególną uwagę, świadczy bowiem o tym, jak niekiedy przypadkowe potrafią

być rozstrzygnięcia leżące u podłoża zmian ustawodawczych. Z lektury uzasadnienia tego wyroku wynika, że TK uznał, iż osobą pełniącą funkcje publiczną, o której mowa w wyroku, jest osoba, która pełni funkcję, piastuje stanowisko, albo wykonuje zawód, z którymi wiąże się wykonywanie zadań władzy publicznej (tzn. podejmowanie wpływających na sytuację innych osób czynności, opartych na wyraźnie wskazanej podstawie prawnej, albo chociaż uczestniczenie w tych czynnościach, np. poprzez ich przygotowanie) lub gospodarowanie mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Spośród tego zakresu wykluczone są natomiast takie stanowiska, choćby nawet były zajmowane w ramach organów władzy publicznej, które mają charakter usługowy lub techniczny. Co ciekawe, TK nawet cytuje art. 115 § 19, ale zupełnie nie rozumie, co oznacza formuła „zatrudniona w jednostce dysponującej środkami publicznymi”. Analiza cytowanych przepisów prowadzi go bowiem do wniosku, że „zakres podmiotów objętych kodeksowym pojęciem osoby pełniącej funkcję publiczną jest taki sam jak ten, który wynika z identycznie brzmiącego, ale mającego konstytucyjną rangę pojęcia.” Jest to oczywiście nieporozumienie – przecież w sensie konstytucyjnym pełnienie funkcji publicznej oznacza w pewnym skrócie sprawowanie władzy, gdy w ramach zakreślonych art. 115 § 19 k.k. mieszczą się np. nauczyciele szkół publicznych, lekarze publicznej służby zdrowia itp. itd., a zatem osoby, które żadnej publicznej władzy nie sprawują. W komentarzach do k.k. zwraca się na to uwagę. Bodaj najdobitniej czyni to J. Giezek, stwierdzając, że tak szerokie określenia osoby pełniącej funkcję publiczną musi budzić zrozumiałe zaniepokojenie. Tymczasem TK sprawę rozwiązał lekko i bez najmniejszej nawet próby analizy art. 115 § 9 k.k. Zacytował przepis i jednym zdaniem napisał, że jest osoba pełniąca funkcję publiczną w rozumieniu tego przepisu to jest to samo, co osoba pełniąca funkcję publiczną w rozumieniu konstytucyjnym, gdy wspomniane rozumienie konstytucyjne opisywał (ze wszystkimi, zarówno niezbędnymi, jak i zupełnie niepotrzebnymi szczegółami) przez bite kilkanaście stron!). I w efekcie uznał, że potrzeby zapewnienia poprawności sprawowania władzy publicznej uzasadniają publiczne podnoszenie zarzutów dotyczących postępowania np. nauczycieli liceów, szkół podstawowych, nauczycieli akademickich, zwykłych lekarzy (a może i pielęgniarek, bo doktryna prawa karnego z łaski TK i ustawodawcy, który ów wyrok wykonał, została uraczona zadaniem rozstrzygnięcia, czy działania pielęgniarki czy laboranta w szpitalu są czynnościami usługowymi, czy jednak merytorycznymi), kasjerów w banku państwowym. Wielka szkoda, że Doktorantka nie zajęła się tym orzeczeniem TK, tym bardziej, że skutkowało ono zmianami ustawodawczymi, tym bardziej, że szczegółowo przez Nią analizowany wyrok TK i zdania odrębne do niego zostały sporządzone przed wprowadzeniem do TK definicji osoby pełniącej funkcję publiczną,

niewątpliwie więc miały więcej sensu, niż wyrok z TK z 12 maja 2008 r. SK 43/05, ale z drugiej strony ich analizowanie jest mniej wartościowe, niż odniesienie się do wyroku z TK z 12 maja 2008 r. SK 43/05 zapadłego po wprowadzeniu art. 115 § 19 k.k., i skutkującego zmianą art. 213 k.k.

Bardzo wysoką jakość prezentują uwagi Doktorantki dotyczące granic *ius puniendi* w płaszczyźnie orzekania. Optyka przyjęta przez Doktorantkę odnośnie do zakresu dyskrecjonalnego uznania sędziego w polskim prawie karnym jest niezwykle interesująca, nawet jeżeli wziąć pod uwagę, że uwagi jej są już w tej chwili w pewnym zakresie nieaktualne wobec zmian dokonanych w ostatnim czasie. Jednak zwłaszcza po ostatniej nowelizacji pozostaje w mocy wątpliwość, którą niniejszym chciałbym zgłosić, a która mogłaby być przedmiotem uwagi Doktorantki. Mianowicie Doktorantka pisze na s. 271, że szczególnie dyrektywy wymiaru kary są w części konkretyzacją, a w części rozszerzeniem dyrektyw ogólnych. O ile nie ma wątpliwości, że dyrektywy szczególne mogą być uszczegółowieniem dyrektyw ogólnych, to na ile dopuszczalne jest ich rozszerzanie w takiej optyce, jaką przyjmuje Doktorantka, widząc w dyrektywach wymiaru kary istotny czynnik realizowania *ius puniendi*?

Należy podkreślić, że przystępując do rozwiązywania kolejnych problemów szczegółowych Doktorantka pokazuje niezwykle wysokie umiejętności aplikowania ustaleń ogólnych dokonanych na poprzednich etapach. Ten etap pracy w dużej mierze jest wynikiem poprzednich ustaleń. Ta – licząca ponad 100 stron – część opracowania prowokuje do całego szeregu pytań i uwag. Np. wydaje mi się, że prawo karno – administracyjne w obecnej postaci właściwie niemal skonsumowało już prawo wykroczeń, i być może najwięcej sensu miałyby zlikwidowanie prawa wykroczeń, przekształcenie części wykroczeń w drobne występki, i uznanie reszty za delikty administracyjne. Jednocześnie należałoby w pełnym zakresie wprowadzić do tak ukształtowanego prawa deliktowego funkcje gwarancyjne charakterystyczne dla prawa karnego. Nieco inaczej, niż I. Sepioło – Jankowska, a za nią i Doktorantka, sądzę, że kryterium rozgraniczenia deliktu administracyjnego od przestępstwa, jakim jest wspólnotowe potępienie – nie jest czytelne. Niemniej wywody w tym zakresie są koherentne, spójne i utrzymane na wysokim poziomie.

Wieloaspektowość wywodów Doktorantki sprawia, że problemy bardzo ogólne, dotyczące *ius puniendi* przenosi na szczegółowe problemy niezwykle zróżnicowanej proweniencji. W ramach jej wywodów mieszczą się zarówno kwestie wymiaru kary za czyn przestępstwa, jak problemy skonstruowania podstaw odpowiedzialności karnej za przestępstwo międzynarodowe, kwestie wyłączenia odpowiedzialności karnej i jej redukcji, problemy umorzenia postępowania karnego, a więc zagadnienia czysto procesowe. A propos tej ostatniej

kwestii pojawia się pewna wątpliwość. Autorka pisze na s. 432, że przesłankę przedawnienia karalności ocenia jako materialną. Z kolei w tabeli na s. 417 wymienia wśród przepisów tworzących formalne przeszkody procesowe art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k., czyli przepis, w którym mowa jest właśnie o przedawnieniu karalności. Pojawia się zatem pytanie, co stanie się w wypadku zbiegu przeszkody przedawnienia karalności z przeszkodą o charakterze materialnym? Czy postępowanie należy zawsze umorzyć jako niedopuszczalne? Czy może należy zastosować zasadę najdalej idącego skutku zgodnie z receptą (trafnie sformułowaną swego czasu przez R. Kmiecika), że zbieg materialnych przeszkód procesowych zwykle (nie zawsze) bywa pozorny? A jeśli tak jest, to czy ma sens prowadzenie dowodów w sytuacji, kiedy co prawda nie wiadomo, czy czyn sprawcy stanowił przestępstwo, ale wiadomo, że gdyby je stanowił, upłynąłby już termin przedawnienia karalności? A z jeszcze innej strony – czy należy umarzać postępowanie wobec przedawnienia, jeżeli bez konieczności przeprowadzenia dalszych czynności dowodowych, na podstawie dowodzenia swobodnego (z akt sprawy), można ustalić, że oskarżony (podejrzany) jest niewinny? Stanowisko Doktorantki w tym zakresie jest niekonsekwentne – co jest dla recenzenta zrozumiałe, gdyż sam nie jestem w zupełności pewien, jaki jest prawny charakter przedawnienia karalności.

Ogólnie trzeba stwierdzić, że rozprawa, od początku utrzymana na wysokim poziomie, z każdą kolejną stroną staje się coraz ciekawsza. Doktorantka ma wiele interesujących przemyśleń na temat szeregu szczegółowych kwestii z zakresu szeroko rozumianego prawa i procesu karnego. Niezwykle jest wyczucie potrzeb praktyki, umiejętność zidentyfikowania i wydobywania normatywnych punktów ciężkości, wokół których ogniskuje swoje wywody. Cechuje ją też doskonała orientacja w problematyce części ogólnej prawa karnego, umiejętność stosowania wiedzy z zakresu ogólnej teorii prawa i filozofii. Lektura tej pracy była dla mnie dużą przyjemnością. Łatwo zresztą zauważyć, że wyżej zamieszczone uwagi w niewielkim tylko zakresie wydobywają niedociągnięcia pracy. Tych ostatnich jest w mojej ocenie bardzo niewiele. Recenzja jest tak długa, gdyż czułem potrzebę polemicznego odniesienia się do niektórych twierdzeń, ewentualnie chciałem zasygnalizować te kwestie, które uważam za wartę osobnej uwagi, być może uwzględnienia przy publikacji pracy, być może poświęcenia im odrębnych studiów. Recenzowana praca skłania do szeregu przemyśleń. Jest to bowiem nie tylko doktorat, którego jakoś mam ocenić, ale przede wszystkim niezwykle interesujący głos w dyskusji naukowej nad kluczowymi problemami prawa karnego. Z całą pewnością należy stwierdzić, że jest to praca wyróżniająca się jakością, a jej lektura była inspirująca.

V. Wykorzystanie źródeł i literatury

Doktorantka poprawnie wykorzystuje większość doktryny i orzecznictwa, które są w tym zakresie niezbędne. Być może korzystne byłoby wykorzystanie opracowań, o których piszę wyżej, odnosząc się do kwestii merytorycznych, a także wyroku z TK z 12 maja 2008 r. SK 43/05. Nie będę tu jej powtarzał. Kilkakrotnie też Autorka nie sięga bezpośrednio do prac, które mogłaby znać z pierwszej ręki, ale powołuje je za innymi autorami. Należy jednak podkreślić dobry i staranny dobór źródeł i materiałów. Ponieważ Doktorantka pisze o kluczowym zagadnieniu z samego centrum problematyki nauki o odpowiedzialności, i o odpowiedzialności karnej, zawsze można byłoby postawić jej zarzut, że jakieś opracowanie pominęła, czy że go nie zna. Byłoby to jednak nadużycie. Nie jest możliwe wykorzystanie wszystkiego, co napisano na ten temat, a każdy wybór literatury z zakresu kwestii tak podstawowych obarczony jest pewnym subiektywizmem. I nie jest to zarzut. Po prawdzie bowiem, choć badacz stara się uczynić swoje ustalenia możliwie obiektywnymi, to on jest obserwatorem, i dobierając narzędzia badawcze, ustalając perspektywę, to on filtruje źródła, za którymi podąża, oddzielając je od tych, które neguje. Dlatego wybór literatury i źródeł uważam za udany, choć sam pewnie niektórych prac bym nie wykorzystał, a sięgnął do niektórych innych, których Doktorantka nie wykorzystała. Doktorantka wykazuje dużą erudycję prawniczą, i można mieć zaufanie do doboru źródeł i opracowań, którego dokonała.

VI. Strona formalna pracy

Strona formalna pracy nie nasuwa zastrzeżeń. Pojawia się dosłownie kilka drobnych błędów. Np. w jednym miejscu mowa jest o „narastającej bez większego namysłu represyjności” (s. 18) – co może oznaczać, jakoby represyjność mogła się nad czymś namyślać podczas narastania, a na s. 25 błędnie napisano nazwisko S. Glasera. Są to wszystko drobiazgi bez większego znaczenia. Istotne jest, że wywód jest logiczny spójny, konsekwentny, dobrze uporządkowany. Praca napisana jest bardzo dobrym językiem, nie tylko prawniczym, ale też powszechnym. Doktorantka znakomicie argumentuje, komunikatywnie relacjonuje cudze stanowiska. Ma wielką umiejętność jasnego wykładania, o co jej chodzi, dąży do maksymalnie jednoznacznego przedstawienia własnego stanowiska. Ma odwagę zajmowania stanowiska. Dobrze posługuje się metodami argumentacyjnymi. Na uwagę zasługuje wysoka kultura wypowiedzi, także tam, gdzie trzeba nie zgodzić się z cudzymi wywodami. Doktorantka odważnie prezentuje swój pogląd, ale także w eleganckiej formie dyskutuje z cudzymi.

VII. Ocena ogólna

Zamieszczone powyżej uwagi sprawiają, że nie mam najmniejszej wątpliwości co do wysokiej wartości recenzowanej rozprawy. Przedstawia oryginalne rozwiązanie problemu badawczego, obrazuje znaczną wiedzę teoretyczną Doktorantki w zakresie nauk prawnych, a także świadczy, że Doktorantka nabyła umiejętność prowadzenia samodzielnej pracy naukowej. Recenzowana rozprawa spełnia zatem wymagania określone w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (t. j. Dz. U. z 2017, poz. 1789). Wnoszę więc o dopuszczenie rozprawy do publicznej obrony.

Jednocześnie chcę podkreślić, że ustawowe wymagania zostały w tym wypadku spełnione ze znacznym naddatkiem, co sprawia, że z pełnym przekonaniem oceniam rozprawę jako wyróżniającą.

Marek Kulik


/-----/