

*Lech Gardocki*  
(Polska)

## PENALIZACJA I JEJ OGRANICZENIA

1. Przez penalizację rozumie się zwykle postępowanie władzy państwowej, polegające na stanowieniu prawa przewidującego karę za pewne zachowania się ludzi. W takim określeniu mieści się uznawanie pewnych czynów za karalne, niezależnie od nazwy, jaką się tym czynom nadaje (przestępstwa, wykroczenia), i niezależnie od tego, czy karanie za takie czyny należy do kompetencji sądów czy też organów innego rodzaju.

Penalizację można rozumieć również statycznie, tj. jako wynik działalności organów państwowych tworzących przepisy karne. Przy tym drugim rozumieniu pojęcia „penalizacja” granicami penalizacji byłyby po prostu granice między czynami karalnymi i niekaralnymi.

W tym artykule posługuję się pojęciem penalizacji rozumianej jako pewna działalność państwa. Dlatego też, w konsekwencji, mówiąc o granicach penalizacji mam na myśli różnego rodzaju ograniczenia, jakim podlega ustawodawca przy tworzeniu prawa karnego.

Ograniczenia te mogą dotyczyć różnych „wymiarów” penalizacji i mieć różny charakter, w szczególności mogą to być ograniczenia prawne i pozaprawne. Jeśli chodzi o różne wymiary penalizacji, to przede wszystkim granicę penalizacji mogą odnosić się do zakresu penalizacji lub do jej intensywności. Inaczej mówiąc, ustawodawca nie może zupełnie dowolnie ustanowić, co będzie czynem karalnym, a co nie. Nie może też dowolnie dobierać kar zarówno co do ich rodzaju, jak też co do rozmiaru kary danego rodzaju.

2. Formalne granice penalizacji wynikają z przepisów prawnych, których ustawodawca musi przestrzegać przy tworzeniu prawa,

Przede wszystkim chodzi tu o zgodność tworzonego prawa karnego z konstytucją danego kraju. Wyrażne zakazy penalizacji pewnych działań rzadko są umieszczane w konstytucjach, natomiast stosunkowo często spotyka się zakazy stosowania pewnych kar. W szczególności konstytucje niektórych

państw wyraźnie znoszą karę śmierci. Bardziej ogólnie sformułowany przepis, dotyczący dopuszczalnych konstytucyjnie środków karnych, zawiera Konstytucja Stanów Zjednoczonych, która w VIII poprawce zakazuje kar niezwykłych lub okrutnych (*unusual or cruel punishments*). Znaczenie dla problematyki granic penalizacji mogą mieć również te przepisy konstytucyjne, które mówią o pewnych swobodach obywatelskich, takich jak wolność słowa, prawo do zrzeszania się, wolność sumienia i wyznania itd. Z tego rodzaju przepisów konstytucyjnych wynika pośrednio zakaz penalizacji takich zachowań ludzi, które polegają na korzystaniu z tych swobód.

Rzeczywiste funkcjonowanie przepisów konstytucyjnych jako ograniczeń penalizacji zależy oczywiście nie tylko od ich treści, lecz również od istnienia mechanizmu prawnego umożliwiającego kontrolę konstytucyjności ustaw karnych i blokującego sprzeczną z konstytucją penalizację.

Formalną granicę penalizacji mogą ustanawiać również konwencje międzynarodowe, w szczególności konwencje dotyczące praw człowieka, takie zwłaszcza, jak Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.

Przepisy tego Paktu są na ogół formułowane bardzo ogólnie, ponadto zawierają szereg wyjątków i zastrzeżeń, toteż przeważnie bardzo trudno bezpośrednio na ich podstawie bez przeprowadzania wnikliwej interpretacji sformułować konkretne zalecenia dotyczące granic penalizacji.

Jest rzeczą oczywistą, że w państwie, które ratyfikowało ten Pakt, nie można uznawać za przestępstwo niepłacenia długów (art. 11) ani ustanawiać przepisów karnych retroaktywnych (art. 15). Podobnie wyraźne ograniczenia intensywności penalizacji zawiera art. 6 ust. 5, zabraniający stosowania kary śmierci wobec osoby w wieku poniżej lat 18 i kobiet ciężarnych. Natomiast już ust. 2 tego. samego artykułu, według którego kara śmierci może być stosowana jedynie za najcięższe zbrodnie, może być przedmiotem rozbieżnych interpretacji. Niewątpliwie ten artykuł Paktu nie zabrania ustawodawcy grozić śmiercią za umyślne zabójstwo lub za szpiegostwo. Czy jednak ustawodawstwa przewidujące karę śmierci za poważne przestępstwa gospodarcze, za rozbój lub za zgwałcenie przekraczają granice intensywności penalizacji zakreślone Paktem?

Podobnie jak przy przepisach konstytucyjnych, pewne granice penalizacji mogą wynikać z przepisów Paktu deklarujących prawa jednostki do pewnych tradycyjnych swobód obywatelskich i politycznych. Również tutaj dopiero funkcjonowanie organu, który badałby zgodność krajowych ustaw karnych z Paktem, mogłoby doprowadzić do wytworzenia pewnych wyraźniejszych standardów stanowiących granice penalizacji.

Taka możliwość istnieje, jeśli chodzi o ustawodawstwa karne państw sygnatariuszy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r. Zgodność tych ustawodawstw ze wspomnianą konwencją może być kwestionowana w postępowaniu, przed specjalnymi organami Rady Europy, zwłaszcza przed

Europejskim Trybunałem Praw Człowieka. Organy te wielokrotnie zajmowały się kwestiami z zakresu prawa karnego, rozpatrywały np. problem dopuszczalności penalizacji homoseksualizmu, uznając, że ustawodawca krajowy może penalizować pewne jego postacie, jeżeli uważa to za konieczne dla ochrony zdrowia lub moralności. Uznano natomiast za niedopuszczalne stosowanie kary chłosty jako będącej karą niehumanitarną i kary dożywotnego pozbawienia prawa do działalności dziennikarskiej lub artystycznej jako sprzecznej z zasadą wolności słowa.

3. Możliwości penalizacji ograniczone są nie tylko przez wspomniane uprzednio przepisy konstytucyjne lub prawo międzynarodowe. Tworząc przepisy karne ustawodawca powinien także liczyć się z funkcjonującym w społeczeństwie poczuciem sprawiedliwości. Poglądy na to, co jest karygodne albo jaka kara jest karą sprawiedliwą za pewien czyn, są więc również granicą penalizacji. Głównie chodzi tu o granicę intensywności penalizacji. W związku z tym powstaje problem, w jakim stopniu społeczne poczucie sprawiedliwości jest dla ustawodawcy wiążące, zwłaszcza gdy uważa on to poczucie za prymitywne, wynikające z niskiego poziomu umysłowego lub moralnego albo z niezrozumienia znaczenia pewnych społecznych interesów.

Przykładem takiej sytuacji może być znoszenie kary śmierci w krajach (np. w Wielkiej Brytanii i Francji), w których większość opinii publicznej jest za jej utrzymaniem. Parlament podejmuje wówczas decyzję, która nie mogłaby być podjęta w drodze plebiscytu. Podejmując ją wyraża opinię grupy uważającej się za awangardę społeczeństwa i zmierzającej do narzucenia swych poglądów mniej postępowej większości społeczeństwa. Przy znoszeniu kary śmierci wbrew poglądom większości społeczeństwa mamy do czynienia z problemem granic dopuszczalnej depenalizacji. Można jednak znaleźć również przykłady postępowania ustawodawcy, polegające na zaostrzeniu odpowiedzialności wbrew łagodniejszym poglądom społecznym. Przykładem najbardziej charakterystycznym jest surowość przepisów karnych dotyczących przestępstw przeciwko własności społecznej w Związku Radzieckim i innych państwach socjalistycznych. W świadomości społecznej kradzieże i inne przestępstwa przeciwko własności społecznej uważane są za mniej naganne i zasługują na łagodniejsze potraktowanie niż analogiczne czyny przeciwko własności prywatnej. Ustawodawca natomiast zajmuje stanowisko zupełnie odwrotne, przyjmując, że społeczne poczucie sprawiedliwości wynika tutaj z niedostatecznego zrozumienia własnych interesów, że jest reliktem poprzedniej formacji społecznej, w której własność prywatna odgrywa rolę pierwszoplanową. W związku z tym twierdzi się, że prawo karne nie tylko nie powinno się dostosowywać do społecznego poczucia sprawiedliwości, ale przeciwnie— poprzez lansowanie pewnych poglądów, ocen — powinno to poczucie odpowiednio kształtować, dostosowując je do prawa karnego.

Obserwacja rzeczywistości nie potwierdza jednak, by tego rodzaju zmiany w świadomości społecznej rzeczywiście następowały. Stosowanie surowych przepisów dotyczących własności społecznej doprowadziło wprawdzie do pewnego upowszechnienia wiedzy o tych przepisach (co może mieć znaczenie dla prewencji generalnej), nie zmieniło jednak poglądów społeczeństwa na tę sprawę. Utrzymująca się rozbieżność między funkcjonującą w świadomości społecznej oceną powagi przestępstw i surowością ich traktowania przez przepisy prawne powoduje w praktyce niechęć do współdziałania z policją i organami wymiaru sprawiedliwości przy ściganiu i karaniu za przestępstwa przeciwko własności społecznej, co znacznie utrudnia działanie tych organów.

Problem penalizacji lub bardziej intensywnej penalizacji pewnych czynów uważanych za szkodliwe dla społeczeństwa wbrew odmiennym poglądom społecznym występuje również wtedy, gdy czyn zabroniony przez prawo zalecany jest przez normy moralne, religijne lub obyczajowe. Reakcja ustawodawcy na taką sytuację może być również dwojaka. Po pierwsze, może on starać się dostosować prawo karne do norm pozaprawnych, traktując wynikające z nich nakazy i zakazy jako naturalne granice penalizacji. Jako przykład takiego postępowania ustawodawcy można podać art. 252 §2 polskiego kodeksu karnego, który wyłącza karalność za ukrywanie sprawcy przestępstwa będącego dla ukrywającego osobą najbliższą. Podobny przykład na ograniczenie intensywności penalizacji stanowił obowiązujący do niedawna art. 587 włoskiego kodeksu karnego, przewidujący znacznie złagodzoną odpowiedzialność karną za zabójstwo w obronie honoru rodziny,

Drugim typem reakcji ustawodawcy jest penalizacja zachowań zgodnych z normą moralną lub obyczajową, ze względu na ochronę innych wartości uznawanych za ważniejsze, lub też ze względu na negatywną ocenę samej normy moralnej lub obyczajowej. Przepisy karne będące wyrazem takiego stanowiska zawierają obowiązujące kodeksy karne republik radzieckich, w których penalizuje się czyny będące „przeżytkami ustroju rodowego”, takie jak poligamia, kupno narzeczonej, zemsta na tle waśni rodowych itp.

Stosowanie przepisów karnych sprzecznych z normami moralnymi lub obyczajowymi jest trudne ze względu na brak aprobaty społecznej dla działań organów wymiaru sprawiedliwości. Stopień tej trudności zależy od żywotności tych norm i ich powszechności oraz od chęci i zdolności państwa do przełamywania oporu i politycznych możliwości działania wbrew woli społeczeństwa lub jego części. Niekiedy karanie „pod prąd” silnie oddziałujących norm obyczajowych może się okazać prawie niemożliwe. Na przykład we Francji w wieku XVI i XVII wydawano liczne edykty królewskie przewidujące surowe kary za pojedynkowanie się i mimo to pojedynki były wśród szlachty rzeczą powszechną, a karanie za udział w nich następowało bardzo rzadko. Działo się tak dlatego, że nawet urzędnicy powołani do

ścigania przestępstw niechętnie ścigali uczestników pojedynku, a ten sam władca, który wydawał surowe edykty, jednocześnie najczęściej ułaskawiał skazanych. Ogólnie można powiedzieć, że społeczne poczucie sprawiedliwości, normy obyczajowe i moralne nie zawsze traktowane są jako ustanawiające pewne granice penalizacji. Najczęściej jednak, w stopniu większym lub mniejszym, utrudniają stosowanie przepisów karnych i w tym sensie stanowią pewną granicę dla rzeczywistej penalizacji.

4. Penalizacja powinna mieć również granice wynikające z charakteru samego prawa karnego. Wiadomo, że prawo karne jest instrumentem dosyć prymitywnym i jako takie nie jest zdolne do zwalczania pewnych zjawisk. Jego stosowanie w pewnych sferach życia społecznego może też wywołać negatywne skutki uboczne. Na przykład prawo karne okazuje się nieprzydatne w zwalczaniu takich zjawisk, jak alkoholizm lub narkomania, które wymagają działań o charakterze leczniczym, a nie karania.

Z dotychczasowych doświadczeń, zwłaszcza państw socjalistycznych, wynika też bezsilność prawa karnego w sferze gospodarczej. Przepisy karne mające przeciwdziałać złej jakości wyrobów przemysłowych, spekulacji, niegospodarności czy też wzmacniać dyscyplinę pracy okazały się niezdolne do zastąpienia mechanizmów ekonomicznych.

Z kolei penalizacja pewnych zjawisk może, niezależnie od wątpliwej skuteczności, powodować w tym stopniu ujemne skutki uboczne, że staje się oczywiście społecznie nieopłacalna. Najbardziej wyrazistym przykładem jest historia prohibicji w Stanach Zjednoczonych.

Z charakter i prawa karnego, które posługuje się pojęciem odpowiedzialności, wynika ponadto, że ustawodawca może penalizować pewne zjawiska wyłącznie w formie uznania za przestępstwo lub wykroczenie określonego działania lub zaniechania. Penalizacja nie może polegać na uznawaniu za przestępstwo samych zamiarów lub pewnych stanów, jak to się zdarzało w dawnych ustawodawstwach, przewidujących np. karę za włóczęgostwo. Charakterystyczny przykład znaleźć można w orzecznictwie SN USA, który uznał podobnie sformułowaną ustawę stanu New Jersey z 1943 r. za sprzeczną z Konstytucją USA, ponieważ przewidywała ona karę pozbawienia wolności dla osoby, która „jest znana jako członek gangu”.

Nie sądzę też, by współcześnie można było reprezentować pogląd, że ustawodawca ma prawo przewidywać w przepisie karnym odpowiedzialność zbiorową albo odpowiedzialność obiektywną. Tworzenie takich przepisów byłoby już nie tyle penalizacją, co raczej sprzeczną z fundamentalnymi zasadami współczesnego prawa karnego represją pozaprawną.

5. Na koniec chciałbym podkreślić jeszcze raz zróżnicowany charakter granic penalizacji. Wydaje się, że to zróżnicowanie najlepiej uwydatnia

wskazanie na skutki, jakie wywołuje przekroczenie przez ustawodawcę poszczególnych granic. Może więc być takim skutkiem sprzeczność z normą prawną wyższego rzędu, wywoływanie konfliktu sumienia, zmniejszona skuteczność lub nieskuteczność przepisu karnego, negatywne społecznie skutki uboczne jego stosowania lub nawet odebranie karaniu na podstawie takiego przepisu charakteru odpowiedzialności karnej. W sumie mają więc te granice w większym stopniu charakter wskazówek i postulatów pod adresem ustawodawcy niż rzeczywistych barier penalizacji.