

Wyższa Szkoła Prawa i Administracji
Rzeszowska Szkoła Wyższa

mgr Jaromir Rybczak

PRZESTĘPSTWO I JEGO STRUKTURA
Analiza ewolucyjna

Rozprawa doktorska napisana pod kierunkiem
prof. dra hab. Zbigniewa Cwiakalskiego

Rzeszów 2026

Ani w przyrodzie, ani w życiu społecznym nie ma przeskoków, jest tylko powolna ewolucja.

JULIUSZ MAKAREWICZ, *Wstęp do filozofii prawa karnego*

Warte przestudiowania są te fakty, które odkrywają przed nami nieoczekiwane pokrewieństwo pomiędzy innymi faktami – znanymi od dawna, lecz błędnie uznanymi za niepowiązane. Najbardziej płodne pośród wybranych kombinacji będą te, które utworzyliśmy z elementów pochodzących z odległych dziedzin.

HENRI POINCARÉ, *Nauka i metoda*

Wykaz skrótów	9
Wprowadzenie – zewnętrzna integracja dogmatyki prawa karnego	11
Część I. Ewolucyjna analiza zjawiska przestępstwa	27
Rozdział I. Paradygmat ewolucyjny w prawoznawstwie	27
1. Założenia teoretyczne	27
1.1. Uwagi wstępne	27
1.2. Natura człowieka i jej biologiczne uwarunkowania	30
1.3. Kontrowersje wokół ewolucjonizmu	35
1.4. Emergentyzm	37
2. Teoria ewolucji	40
2.1. Uwagi wstępne	40
2.2. Teoria doboru naturalnego	40
2.3. Teoria doboru krewniaczego (łącnego)	42
2.4. Teoria altruizmu wzajemnego	45
3. Ewolucyjne wyjaśnienie ludzkich wytworów behawioralnych i mentalnych	50
3.1. Uwagi wstępne	50
3.2. Psychologia ewolucyjna	51
3.3. Teoria koewolucji genetyczno-kulturowej	68
3.4. Teoria gier	81
4. Ewolucja kultury	90
4.1. Uwagi wstępne	90
4.2. Przyczyna, mechanizm i kierunek rozwoju społecznego	91
4.3. Kryteria kwantyfikacji rozwoju społecznego	97
5. Prawo i jego normatywność	100
5.1. Uwagi wstępne	100
5.2. Normatywność	101
5.3. Prawo i jego geneza	106
5.4. Prawo a państwo	117
5.5. Ewolucja prawa	124
6. Podsumowanie – uwagi metodologiczne w sprawie badań nad ewolucją prawa	126
Rozdział II. Zjawisko przestępstwa	133
1. Ekspozycja przedmiotu analizy	133

2. Uniwersalna istota przestępstwa	137
2.1. Uwagi wstępne	137
2.2. Kara jako ostre publiczne potępienie	139
2.3. Rudymenarna reakcja karna	142
3. Związki prawa karnego z normami religijnymi	151
3.1. Hipoteza sakralnej genezy prawa karnego	151
3.2. Koewolucja zjawisk przestępstwa, religii i władzy	155
4. Przestępstwo jako przyczyna odwzajemnienia negatywnego	167
4.1. Status normatywny reakcji karnej w prawie pierwotnym	167
4.2. Ewolucja zemsty społecznej	171
4.3. Talion	174
5. Przestępstwo z perspektywy psychologii ewolucyjnej	179
5.1. Biologiczne podłoże poczucia sprawiedliwości wyrównawczej	179
5.2. Ewolucyjne wyjaśnienie instynktu odwetu i karania altruistycznego	182
5.3. Neuronalne korelaty aktu wymierzenia kary	187
6. „Przestępstwo naturalne”	191
6.1. Koncepcja przestępstwa naturalnego według R. Garofalo	191
6.2. Ewolucja świadomości społecznej a przemiany prawa karnego	194
6.3. Moralne oburzenie grupy jako „naturalny” element przestępstwa	198
7. Podsumowanie – przestępstwo jako zjawisko społeczne	200
 Część II. Zarys ewolucyjnego spojrzenia na strukturę przestępstwa	204
 Rozdział III. Struktura przestępstwa w ujęciu ogólnym	204
1. Szkic historii teoretycznej refleksji nad strukturą przestępstwa	204
2. Status ontologiczny struktury przestępstwa	215
3. Model struktury przestępstwa jako odwzorowanie zjawiska zakorzenionego w rzeczywistości preteoretycznej	223
4. Pięcioelementowy model struktury przestępstwa w ujęciu A. Zolla	228
 Rozdział IV. Poszczególne płaszczyzny w strukturze przestępstwa	231
1. Czyn	231
1.1. Uwagi wstępne	231
1.2. Askrypcja sprawstwa	234
1.3. Ontyczny aspekt czynu	242
1.4. Subiektywny składnik czynu	244
1.5. Społeczna treść czynu	250

2. Karygodność	261
2.1. Uwagi wstępne	261
2.2. Ujemna społeczna treść czynu i jej wyznaczniki	263
2.3. Konkretno-indywidualna karygodność w uniwersalnej strukturze przestępstwa	271
2.4. Funkcje materialnej obiektywizacji odpowiedzialności	282
2.5. Materialne ujęcie przestępstwa w demokratycznym państwie prawnym	290
3. Bezprawność	301
3.1. Uwagi wstępne	301
3.2. Bezprawność formalna i materialna	303
3.3. Norma sankcjonowana i problem jej umiejscowienia w systemie prawnym	306
3.4. Relacje bezprawności z innymi płaszczyznami struktury przestępstwa	326
3.5. Płaszczyzna bezprawności i jej funkcje z perspektywy ewolucyjnej	349
4. Karalność	389
4.1. Uwagi wstępne	389
4.2. Formalna obiektywizacja odpowiedzialności i jej funkcje	397
4.3. Określoność czynu karalnego – rys prawnoporównawczy i historyczny	403
4.4. Zasada przewidywalności reakcji karnej we współczesnej kulturze prawa stanowionego	415
5. Wina	437
5.1. Uwagi wstępne	437
5.2. Wina jako zarzucalność sprawstwa	437
5.3. Wina jako implikacja autonomii jednostki	446
5.4. Funkcje instrumentalnego ataku na godność sprawcy przestępstwa	454
6. Podsumowanie – elementy struktury przestępstwa jako różne przejawy oddziaływania funkcji ochronnej prawa karnego	468
Zakończenie – kierunek i perspektywy dalszej ewolucji prawa karnego	470
Bibliografia	489

Wykaz skrótów

Carolina (Constitutio Criminalis Carolina) – ustawa uchwalona przez Sejm Rzeszy, ogłoszona przez Karola V w dniu 27 czerwca 1532 r. pod nazwą *Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reiches peinliche Gerichtsordnung*

CzPiE – Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne

CzPKiNP – Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych

D. – *Iustiniani Digesta*

DPP – Demokratyczny Przegląd Prawniczy

EKPC – Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284)

ETPC – Europejski Trybunał Praw Człowieka

GSW – Gazeta Sądowa Warszawska

Josephina – Powszechny kodeks o zbrodniach i karach (*Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung*) wydany w 1787 r. przez cesarza Józefa II dla wszystkich krajów monarchii habsburskiej

k.c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.)

k.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.)

Kodeks karny z 1932 r. (k.k. z 1932 r.) – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571)

Kodeks karny z 1969 r. (k.k. z 1969 r.) – ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94)

k.k.s. – ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. Nr 83, poz. 930 ze zm.)

Kodeks karny Wojska Polskiego – dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z 23 września 1944 r. Kodeks karny Wojska Polskiego (Dz. U. Nr 6, poz. 37)

Kodeks postępowania karnego z 1928 r. (k.p.k. z 1928 r.) – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 33, poz. 313)

Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483)

k.p.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr. 89, poz. 555 ze zm.)

KPP – Kwartalnik Prawa Prywatnego

KSP – Krakowskie Studia Prawnicze

k.w. – ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. Nr 12, poz. 114 ze zm.)

KZS – Krakowskie Zeszyty Sądowe

Landrecht pruski – Powszechne prawo krajowe dla państw pruskich (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*) wprowadzone patentem króla Fryderyka Wilhelma II z 5 lutego 1794 r.

Leopoldina – kodeks karny Wielkiego Królestwa Toskańskiego (*Riforma della legislazione criminale del 30 novembre del 1786*) nadany przez wielkiego księcia Toskanii Leopolda Habsburga w 1786 r.

LEX – System Informacji Prawnej LEX

Mały kodeks karny – dekret z 13 czerwca 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa (Dz. U. Nr 30, poz. 192)

NP – Nowe Prawo

OSN – Orzecznictwo Sądu Najwyższego

OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna

OSN[K] – Orzeczenia Sądu Najwyższego. Izba Karna

OSNKW – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa

OSNPG – Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Biuletyn Prokuratury Generalnej

OTK – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

OTK-A – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, seria A

Pal. – Palestra

PiP – Państwo i Prawo

PPiA – Przegląd Prawa i Administracji

PPK – Przegląd Prawa Karnego

Prok. i Pr. – Prokuratura i Prawo

Prok. i Pr.-wkł. – Prokuratura i Prawo – wkładka

PS – Przegląd Sądowy

RPEiS – Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny

SA - Sąd Apelacyjny

SI – Studia Iuridica

SN – Sąd Najwyższy

SP – Studia Prawnicze

Theresiana – kodyfikacja karna (*Constitutio Criminalis Theresiana oder der Römisch-Kaiserl. zu Hungarn und Böheim u.u. Königl. Apost. Majestät Maria Theresia Erzherzogin zu Österreich, u.u.: peinliche Gerichtsordnung*) nadana krajom austriackim w 1768 r. przez cesarzową Marię Teresę

TK – Trybunał Konstytucyjny

WPP – Wojskowy Przegląd Prawniczy

ZNUJ – Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego

ZStW – *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*

Wprowadzenie – zewnętrzna integracja dogmatyki prawa karnego

Nie budzi już obecnie wątpliwości, że przestępstwo jako kategoria ogólna¹ ma podwójną naturę: ontologiczną, związaną ze zmianą w świecie materialnym wywołaną zachowaniem człowieka, oraz normatywną, wynikającą z naruszenia normy nakazującej lub zakazującej danego zachowania pod groźbą kary². Jest ono bowiem – jak to zauważył F. Liszt – bezprawiem w dwojakim znaczeniu: formalnym jako przekroczenie nakazu lub zakazu prawnego i materialnym jako zachowanie antyspołeczne³. Pomimo składanych niekiedy deklaracji, że oba aspekty stanowią przedmiot nauki o przestępstwie⁴, uprawniona wydaje się jednak teza, że przedmiotem jej zainteresowania z reguły pozostaje wyłącznie aspekt normatywny przestępstwa, badany przede wszystkim poprzez dogmatyczną analizę jego struktury jurydycznej⁵. Natomiast aspektem ontologicznym przestępstwa, pojmowanym jako zjawisko społeczne, na które składają się uwarunkowane biologicznie i społecznie konkretne czyny ludzkie, jego fenomenologią oraz etiologią, zajmować się ma przede wszystkim kryminologia⁶.

Podstawą takiego podejścia jest ścisłe rozgraniczenie sfer normatywnej i ontycznej, postrzeganych jako byty całkowicie odmiennych kategorii, których poznanie wymaga odrębnych metod badawczych. W konsekwencji za przedmiot nauki prawa karnego uznaje się badanie aspektu normatywnego przestępstwa za pomocą metody dogmatycznej, w szczególności tworzenie pojęć pozwalających skonstruować logicznie zharmonizowany system twierdzeń oraz wyjaśnianie woli ustawodawcy w drodze wykładni prawa⁷. Badania nad „prawniczą”, formalną istotą przestępstwa do perfekcji doprowadził kierunek

¹ W. Świda wyróżnił trzy znaczenia terminu „przestępstwo”: konkretne zdarzenie będące przedmiotem sprawy karnej, ustawowy typ (np. kradzież opisana w dyspozycji przepisu karnego) oraz ogólne pojęcie będące teoretycznym uogólnieniem obu wcześniejszych znaczeń (zob. W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1982, s. 109; podobnie A. Marek, *Pojęcie przestępstwa*, [w:] *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, red. A. Marek, Warszawa 1986, s. 43).

² Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 18-19 i 118; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 155.

³ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988, s. 61.

⁴ Zob. np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 155.

⁵ Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 19; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 95.

⁶ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 19; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 37. Za wyłączeniem badań rzeczywistości życia społecznego z zakresu „nauki »prawa« karnego jako takiego” konsekwentnie opowiadał się W. Wolter, wskazując, że do jej zadań należy budowanie całokształtu logicznie zharmonizowanego systemu norm prawnych drogą analizy i syntezy, zaś badania dotyczące realizacji przez prawo karne jego funkcji w rzeczywistości życia społecznego należą do polityki kryminalnej (zob. W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 6).

⁷ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 19; zob. też W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 6-8; W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 21; M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 35.

normatywny, którego przedstawiciele definiowali je jako „zgodność czynu ludzkiego z ustawowym stanem faktycznym”⁸. Podejście takie wpisuje się w głoszoną przez H. Kelsena, a wywodzącą się z neokantyzmu, ideę „oczyszczenia” nauki prawa, należącej w pełni do sfery niewyprowadzalnej z bytu powinności (*Sollen*), z jakichkolwiek „obcych” jej rozważań dotyczących sfery bytu (*Sein*), bez czego zagubi się odrębność jej przedmiotu⁹.

W refleksji nad zjawiskiem przestępstwa nie zawsze jednak dominował wewnątrzprawny, izolacjonistyczny punkt widzenia.

Zakotwiczone w pozaprawnej rzeczywistości są przede wszystkim wszelkie koncepcje materialne, dopatrujące się istoty przestępstwa w wystąpieniu przeciwko określonej nadrzędnej, pozaprawnej wartości¹⁰. Podstawę ujemnej oceny określonego zachowania stanowi w nich naruszenie, zagrożenie albo niezapobiegnięcie naruszeniu lub zagrożeniu przedmiotu wartościowania pozytywnego, którym mogą być rzeczy i ich stany, zdarzenia, idee czy stosunki społeczne¹¹. O ile samo wartościowanie oparte jest zawsze na określonych założeniach aksjologicznych, co sytuuje je w sferze normatywnej¹², o tyle przedmiot wartościowania, jego naruszenie lub zagrożenie i ich społeczne skutki¹³, stanowią kategorie obiektywne¹⁴, niezależnie od trudności i kontrowersji jakie sprawia ustalenie ich konkretnej treści¹⁵. Rozpoznane przez ustawodawcę stają się podstawą decyzji legislacyjnej kryminalizującej określone kategorie zachowań, a następnie – już w ramach praktyki

⁸ Zob. A. Marek, *Stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu jako podstawa umorzenia postępowania karnego*, Toruń 1970, s. 20. Jak np. przyjmował A. Mergen, przestępstwo określa skład istoty czynu, a nie faktyczne zachowanie się, społeczne niebezpieczeństwo lub nieetyczność czynu. Z kolei istota czynu nie powstała z empirycznych obserwacji, ale z abstrakcyjnie skonstruowanych czynów (A. Mergen, *Die Wissenschaft vom Verbrechen*, Hamburg 1961, s. 59; cyt. za: A. Marek, *Stopień...*, op. cit., s. 15 i 20).

⁹ T. Pietrzykowski, *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*, Warszawa 2012, s. 10; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 21-22; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępczości czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 111.

¹⁰ R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 15; zob. też I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 59.

¹¹ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 123; zob. także W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 40.

¹² Status wypowiedzi normatywnych jako pozbawionych wartości aletejologicznej nie jest jednak bezsporny na gruncie metaetyki (zob. J. Woleński, *Epistemologia: poznanie, prawda, wiedza, realizm*, Warszawa 2005, s. 155).

¹³ W nauce polskiej niemal powszechnie przyjmuje się obiektywny, oparty na przyczynowości, charakter niebezpieczeństwa (zob. M. Cieślak, *Pojęcie niebezpieczeństwa w prawie karnym*, ZNUJ, „Prace Prawnicze” 1955, z. 1, s. 152-154; T. Kaczmarek, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu i jego bezprawność jako dwie cechy przestępstwa*, Wrocław 1966, s. 24; K. Buchała, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej*, Warszawa 1973, s. 73; L. Lernell, *Rozważania o przestępstwie i karze na tle zagadnień współczesności*, Warszawa 1975, s. 139-140; W. Radecki, *Przestępstwa narażenia życia i zdrowia człowieka na niebezpieczeństwo w kodeksie karnym PRL z 1969 r.*, Warszawa-Wrocław 1977, s. 16; K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 173; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 155).

¹⁴ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1982, s. 36; M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 72.

¹⁵ Zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 1.

stosowania prawa – stanowią układ odniesienia przy wartościowaniu konkretnych zachowań realizujących znamiona typu czynu zabronionego¹⁶.

Postrzeganie przestępstwa (w sensie ogólnym, a nie konkretnego czynu) jako zjawiska realnego, istniejącego poza normą prawną, ma bogatą tradycję, historycznie wyprzedzając nie tylko ujęcie formalnoprawne, ale nawet samą ogólną naukę o przestępstwie¹⁷.

W ten właśnie sposób pojmowano przestępstwo na najwcześniejszych etapach rozwoju prawa karnego, ujmując je od strony skutku zewnętrznego w postaci negatywnie wartościowanego stanu rzeczy¹⁸, wywołującego publiczną reakcję odwetową wobec podmiotu, któremu przypisywano odpowiedzialność za jego wystąpienie. W okresie średniowiecza uważano, że przestępstwo stanowi czyn zabroniony, wyrządzający szkodę jednostce lub ogółowi oraz naruszający porządek publiczny i społeczny ustalony przez zwyczaj i obowiązujące prawo, przy czym pojęcie to nosiło silne zabarwienie sakralne – przestępstwo było równocześnie grzechem obrażającym Boga i naruszającym ustanowione przez niego zakazy¹⁹, a zarazem patrymonialne, związane z arbitralną jurysdykcją panującego. Przestępstwo było więc zuchwalstwem jakiego dopuszczał się przestępca, jako człowiek bezbożny, moralnie upadły, zły i zbuntowany przeciwko woli Boga i władcy panującego z łaski i woli Boga²⁰. Idealistycznie rozumiane ujęcie materialne utrzymywało się aż do schyłku XVIII w.²¹, tym niemniej jednak już w średniowiecznych aktach prawnych

¹⁶ Zob. A. Zoll, *Materialnoprawna problematyka warunkowego umorzenia postępowania karnego*, ZNUJ, „Prace prawnicze” 1973, z. 62, s. 57; L. Gardocki, *O relacji między typem przestępstwa a zagrożeniem ustawowym*, PiP 1979, z. 7-8, s. 129 i nast.; A. Marek, *Materialna definicja przestępstwa w związku z projektem kodeksu karnego PRL*, NP 1969, z. 1, s. 46.

¹⁷ Za autora pierwszego opracowania zawierającego ogólne, usystematyzowane rozważania o przestępstwie, odróżniane od badań nad poszczególnymi typami przestępstw, uważany jest profesor w Utrechcie Antonius Mattheaeus, którego komentarz zatytułowany *De Criminibus* wydany został w roku 1644. Początków systematycznej ogólnej nauki o przestępstwie dopatrzeć się można już u autorów z przełomu XVI i XVII w., takich jak Nicolaus Vigelius czy Petrus Theodoricus, a pierwsze uogólniające wypowiedzi na ten temat, wygłaszane przy okazji rozważań dotyczących poszczególnych typów przestępstw, pojawiły się jeszcze wcześniej w pracach prac glosatorów, a zwłaszcza postglosatorów z XIII i XIV w. (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 11-13).

¹⁸ Przestępstwem mógł być nie tylko czyn człowieka, ale także jego ogólne, antyspołeczne właściwości (również niezawinione ze współczesnego punktu widzenia, jak np. starość czy choroba), zachowanie się zwierzęcia, zdarzenie stanowiące skutek przebiegów przyczynowych z wyłącznym udziałem elementów przyrody nieożywionej, w tym zjawisk pogodowych, a nawet taki układ sytuacyjny, który zgodnie z rozpowszechnionymi w danej społeczności wierzeniami, uzasadniał obawę negatywnej reakcji ze strony sił nadprzyrodzonych (zob. I. Andrejew, *Wprowadzenie do prawa karnego Afryki Czarnej*, Warszawa 1965, s. 50-51).

¹⁹ T. Maciejewski, *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2000, s. 362; zob. również J. Makarewicz, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Lwów-Warszawa 1919, s. 42-43; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 59.

²⁰ Element patrymonialny w średniowiecznym sposobie rozumienia przestępstwa łączył się ściśle z sakralnym światopoglądem, zgodnie z którym król jest wyznaczony do rządzenia i wymierzania sprawiedliwości przez Boga (zob. J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 46-48; a także K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 159).

²¹ T. Maciejewski, *Historia ...*, op. cit., s. 362 i 809; R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 15.

pojawiły się pierwsze formalnoprawne definicje przestępstwa²², zgodnie z którymi był nim czyn sprzeczny z prawami boskimi i ludzkimi, zagrożony karami publicznymi lub prywatnymi²³. Nadal jednak ujmowano przestępstwo przede wszystkim jako wystąpienie przeciwko określonej nadrzędnej wartości, co formalnie wyrażało się w naruszeniu prawnego zakazu²⁴.

Do rewolucyjnych zmian w sposobie pojmowania istoty przestępstwa doszło pod wpływem oświeceniowych idei upodmiotowienia jednostki ludzkiej i równouprawnienia, które rozwinięte zostały w postulatach zasadniczej reformy państwa i prawa. Dotyczyło to zwłaszcza prawa karnego, na obszarze którego jednym z najważniejszych osiągnięć tej doby było formalne ujęcie przestępstwa, mające stanowić środek zapobiegający samowoli i arbitralności władzy²⁵. Nie można jednak pominąć, że równie ważnym wkładem Wieku Rozumu w rozwój prawa karnego było wykształcenie nowożytnego ujęcia aspektu materialnego, odnoszonego nie do abstrakcyjnych idei, ale do dziedziny stosunków międzyludzkich. Jakkolwiek zaczątki tej koncepcji dostrzegalne są już u Puffendorfa²⁶, a następnie Monteskiusza²⁷, to jednak w ukształtowanej w pełni postaci po raz pierwszy wyraził ją C. Beccaria w nieśmiertelnym dziele *O przestępstwach i karach*, proklamując, że „jedyną i prawdziwą miarą wagi przestępstw jest szkoda wyrządzana narodowi”, przez który rozumiał ogół społeczeństwa²⁸. Podkreślając, zgodnie z duchem swojej epoki, fundamentalne znaczenie ustawowego określenia czynów karalnych, mediolański myśliciel uznawał jednak nadrzędność materialnego aspektu przestępstwa, co wyraził słowami, zwiastującymi już przyszłe ujęcia naturalistyczne, że „zabraniać mnóstwa czynów obojętnych – nie znaczy wcale zapobiegać przestępstwom, których czyny te spowodować nie mogą, natomiast znaczy stwarzać z tych czynów nowe przestępstwa”²⁹. Jest rzeczą znaną, że materialna koncepcja przestępstwa jako zachowania antyspołecznego powstała, równocześnie z jego ujęciem formalnym, w ramach myśli karnistycznej humanizmu

²² Ibidem.

²³ W. Maisel, *Poznańskie prawo karne do końca XVI wieku*, „Prace Wydziału Prawa UAM” 1963, z. 7, s. 36.

²⁴ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 15.

²⁵ Ten cel formalnej definicji przestępstwa wyraża sformułowana później przez A. Feuerbacha zasada *nullum crimen sine lege* (w wersji oryginalnej: „*nullum crimen sine poena legali*” – zob. A. v. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Gießen 1801, s. 20).

²⁶ S. Salmonowicz, *Z wieku Oświecenia. Studia z dziejów prawa i polityki XVIII wieku*, Toruń 2001, s. 53.

²⁷ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 15.

²⁸ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach* [tyt. oryg. *Dei delitti e delle pene*], tłum. z 6. wydania oryginału E. St. Rappaport, Łódź 2017 [anonimowe wyd. oryg. s.l. 1764], s. 73-75.

²⁹ C. Beccaria, *O przestępstwach...*, op. cit., s. 203-204.

prawniczego XVIII w.³⁰ Nieprzypadkowy jest również ścisły związek materialnego ujęcia przestępstwa z kształtującą się równolegle wizją państwa obywatelskiego, rozumianego wówczas jako zbiorowość formalnie równoprawnych obywateli³¹.

Przekonanie, że przestępstwo ma swoją materialną, społeczną treść pozostało żywe w pracach najważniejszych przedstawicieli szkoły klasycznej. W społecznej szkodliwości³², wynikającej z naruszenia praw i wolności istniejących niezależnie od ustawy karnej, istoty przestępstwa upatrywał A. Feuerbach, a zbieżne w tej osnowie poglądy wyrażali również J. Bentham i M. Ortolan³³, a także J.S. Mill³⁴. A. Feuerbachowi nauka prawa karnego zawdzięcza ponadto opracowanie problematyki przedmiotu ochrony, przez który rozumiał on prawa podmiotowe jednostek, wywodzone z prawa natury³⁵.

Już jednak na przełomie XVIII i XIX w. materialne ujęcie przestępstwa zaczęło powoli ustępować na rzecz poglądu, że o przestępności czynu decyduje wyłącznie przekroczenie abstrakcyjnej normy prawa³⁶. W ukształtowanej przez szkołę klasyczną formalnej definicji przestępstwo traktowano jako zjawisko przede wszystkim prawne³⁷. Punktem wyjścia dla

³⁰ Oba sposoby określenia przestępstwa zostały uwzględnione w Deklaracji praw człowieka i obywatela (zob. T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 788-789; J. Długosz, *Ustawowa wyłączność i określoność w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 105-106; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 60; R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 19). Co ciekawe, pierwszym kodeksem, który uwzględnił nowożytnie ujęcie materialnej definicji przestępstwa była niehumanitarna i pod innymi względami zacofana *Theresiana*, której § 2 Rozdziału 1 stanowił, że przestępstwem jest czyn skierowany przeciwko pomyślności całego społeczeństwa (W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 110).

³¹ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 14-20.

³² Aspekt materialny przestępstwa jest w niniejszej rozprawie z reguły nazywany „społeczną szkodliwością czynu”, zgodnie z terminem, którym posłużył się polski ustawodawca w art. 1 § 2 aktualnie obowiązującego kodeksu karnego. Ta legislacyjna decyzja pojęciowa miała podkreślić zerwanie z treścią, jaką materialny aspekt przestępstwa, nazywany wówczas „społecznym niebezpieczeństwem czynu”, wypełniły literatura i orzecznictwo PRL-u. Po wyabstrahowaniu z aksjologii afirmowanej przez ustawodawcę konkretnej formacji ustrojowo-ideologicznej, użycie jednej z tych nazw jest jednak tylko sprawą przyjętej konwencji (zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 40). W związku z tym określeniem „społeczne niebezpieczeństwo czynu” posługują się jako synonimem „społecznej szkodliwości czynu” przy powoływaniu wypowiedzi tych autorów, którzy się nim posługiwali (dla porządku odnotować należy jednak, że w nauce prawa karnego obu pojęciom nadawano niekiedy odmienne znaczenia – zob. Z. Cwiakalski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Kraków 1991, s. 40; L. Lernell, *Wykład prawa karnego. Część ogólna*, Warszawa 1961, s. 57; A. Krukowski, *Społeczna treść przestępstwa. Studium z zakresu polityki karnej*, Warszawa 1973, s. 128; T. Kaczmarek, *Społeczne...*, op. cit., s. 57; R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 152-156; W. Wolter, *Nieświadomość społecznego niebezpieczeństwa czynu a przestępstwo nieumyślne*, NP 1955, z. 1, s. 44 i nast.; M. Szerer, *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964, s. 29-30).

³³ Zob. A. Marek, *Stopień...*, op. cit., s. 11-12; zob. także K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 159.

³⁴ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 24.

³⁵ Co ciekawe, sama nazwa „dobro prawne”, która była nośnikiem idei rozszerzenia przedmiotu ochrony prawa karnego na wartości ogólnospołeczne (w tym np. przekonania obyczajowe i religijne), pojawiła się w piśmiennictwie w latach dwudziestych XIX w. na fali odwrotu od ideologii Oświecenia oraz dominacji szkoły historycznej w niemieckiej nauce prawa (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 107-109).

³⁶ Materialnej definicji przestępstwa nie zawierał ani kodeks karny rewolucji francuskiej z 1791 r., ani tzw. Kodeks Napoleona (*Code penal*) z 1810 r. (zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 19-20 i 24).

³⁷ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 52.

tego kierunku były systemy filozoficzne Kanta oraz Hegla, w których przestępstwo utożsamiano z zamachem nie przeciwko społeczeństwu, ale przeciwko regułom przez nie przyjętym³⁸. Przedmiotem przestępstwa jest zatem nie tyle konkretna wartość społeczna, ale sama wola ogólna, której przeciwstawia swoją wolę sprawca przestępstwa³⁹, w związku z czym przestępstwem jest „naruszenie prawa jako prawa”⁴⁰.

Zainteresowanie związkami pomiędzy prawem karnym i rzeczywistością pozaprawną powróciło w latach siedemdziesiątych XIX w. wraz z pojawieniem się naturalistycznego nurtu w pozytywizmie prawniczym, odwołującego się do rozwijających się w tym czasie nauk przyrodniczych i socjologii. Zastąpienie idealizmu Kanta i Hegla postulatami poznania zjawisk konkretnych, dostępnych za pomocą zmysłów⁴¹, skłoniło karnistów do podjęcia badań nad etiologią przestępstwa oraz uwarunkowaniami przestępczości. Prowadzono je w ramach kilku szkół, spośród których największe znaczenie miały: antropologiczna oraz socjologiczna. Utorowały one drogę do zrozumienia, że przestępstwo nie jest zjawiskiem ograniczającym się do problematyki abstrakcyjnej normy prawnej. Swoją wkład w tym dziele miała także założona przez włoskiego psychiatrę C. Lombroso szkoła antropologiczna (biologii kryminalnej), choć podstawowa jej teza o wrodzonym, uchwytym w pomiarach antropologicznych różnych części ciała i będącym przejawem atawizmu związanego z niedorozwojem moralnym, zdeterminowaniu niektórych ludzi do popełniania przestępstw „z przyrodniczą koniecznością”, została – jako zasada ogólna – szybko obalona⁴². Znacznie bardziej doniosła, choć w ujęciu oryginalnym nie wolna od poważnych błędów, była przedstawiona przez R. Garofalo koncepcja przestępstwa naturalnego, która w wyjaśnieniu zjawiska przestępstwa odwoływała się do psychologicznych faktów społecznych. Z kolei szkoła socjologiczna, której założycielem był F. Liszt, koncentrowała się

³⁸ Zob. T. Maciejewski, *Historia ...*, op. cit., s. 781-783; R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 25; zob. też M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 50; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 51-52; M. Kulik, *Historyczny rozwój prawa karnego*, [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2011, s. 51-52.

³⁹ G.W.F. Hegel, *Zasady filozofii prawa* [tyt. oryg. *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*], tłum. A. Landman, Warszawa 1969 [wyd. oryg. Berlin 1821], s. 107. Należy jednak zaznaczyć, że koncepcje przestępstwa, zarówno Hegla, jak i Kanta (który upatrywał jego istoty w pogwałceniu apriorycznego prawa moralnego), niektórzy autorzy zaliczają do ujęć materialnych (tak np. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 59). Wydaje się, że podstawą takiego zaklasyfikowania poglądów obu filozofów był fakt, że źródła nakazu, stanowiącego układ odniesienia dla wartościowania ludzkich zachowań z perspektywy prawa karnego, dopatrywali się oni – mimo wszystko – w czymś zewnętrznym i apriorycznym wobec samego w sobie ustawowego zabronienia (ibidem, s. 109).

⁴⁰ R. Hube, *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, Warszawa 1830, s. 11.

⁴¹ T. Maciejewski, *Historia ...*, op. cit., s. 785-786.

⁴² Zob. W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. 1, Kraków 1933, s. 8; E.St. Rappaport, *Media via kodeksu karnego polskiego*, Warszawa 1935, s. 11-12; W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 45-47; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1986, s. 50-52; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 53.

na przestępstwie jako zjawisku społecznym wywoływanym przez różne czynniki, zarówno endogeniczne (osobność sprawcy), jak i egzogeniczne (klimat, położenie geograficzne, warunki egzystencji, analfabetyzm itp.)⁴³.

Szczególną pozycję w ramach nurtu socjologicznego zajmuje J. Makarewicz, który – w odróżnieniu od innych jego przedstawicieli – nie skupił się na wyjaśnieniu etiologii przestępczości, ale na poszukiwaniu etiologii samego zjawiska przestępstwa, to jest przyczyn, z powodu których w społeczeństwie wykształcił się system sankcjonowania określonych kategorii zachowań represją o charakterze kary kryminalnej. Wykorzystując do tego celu niezwykle obszerny materiał wydobyty z treści prawa karnego różnych epok i kultur lwowski uczony wykazał, że kara i przestępstwo są grupową reakcją na antyspołeczne nastawienie jednostki i – tak jak cała kategoria zjawisk prawnych – służą społeczeństwu jako narzędzie wymuszania kooperacji i ograniczenia indywidualnej wolności w realizowaniu osobniczych interesów. W związku z tym w prawie karnym widział środek polityki prawnej, jednakże nie z uwagi na jego zdolność do odstraszania za pomocą drastycznej represji, ale do wzmacniania tego, co w naturze człowieka szlachetne. Było to spojrzenie realistyczne, oparte na zrozumieniu ograniczeń, jakie dla decyzji prawodawczych stwarzają dominujące w danym społeczeństwie myśli, emocje i postawy. J. Makarewicz był przy tym jednym z prekursorów idei wielopłaszczyznowego badania prawa, jego metoda nie polegała jednak na naświetlaniu zjawiska prawnego z kilku odseparowanych i niezależnych od siebie perspektyw, lecz opierała się na zrozumieniu głębokich wzajemnych powiązań i oddziaływań pomiędzy społeczną i normatywną naturą przestępstwa. W swoim programie badawczym wykorzystał oryginalną, stworzoną przez siebie metodę socjologiczną, w ramach której posługiwał się, wyprzedzając w tym H. Harta, analizą lingwistyczną pojęć języka naturalnego. Zarówno metoda, jak i sam sposób pojmowania prawa karnego, były u J. Makarewicza *par excellence* ewolucyjne. Niezależnie od bezpośrednich odwołań do teorii Darwina, fundamentem Makarewiczowskiej filozofii prawa karnego była idea jego rozwoju w określonym kierunku (zmierzania do „ideału w prawie”). Ten „ideał” można odczytać z pewnych, niezależnych od warunków konkretnego czasu i miejsca, „nici przewodnich”, które można odnaleźć prowadząc szeroko zakrojone badania porównawcze. W swoim najważniejszym dziele zatytułowanym *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-*

⁴³ Zob. I. Andrejew, *Polskie prawo karne...* [1986], op. cit., s. 52-53.

rozwojowe⁴⁴ J. Makarewicz przedstawił spójną, opartą na gruntownych badaniach historycznych i etnologicznych, wizję prawa karnego jako ewoluującego zjawiska społecznego, w której uchwycił uniwersalnie występujące w nim idee, wyodrębnił stadia jego ewolucji oraz wytyczył kierunki dalszego rozwoju. Jego poglądy wyprzedzały swoją epokę, wręcz zdumiewające jest to jak wiele poruszonych przez niego wątków i wyrażonych myśli współgra z dzisiejszym stanem wiedzy. W istocie rzeczy, jedyne czego trzeba by uzyskać nowoczesną, naturalistyczną teorię przestępstwa to dokonać transkrypcji tej myśli na język współczesnej nauki o człowieku.

Pozytywizm naturalistyczny schyłku XIX w., zwłaszcza kierunek socjologiczny, miał znaczący wpływ na ukształtowanie się współczesnej filozofii karania, w której kara przestała być jedynie współmierną odpłatą wymierzaną za czyn w wyabstrahowaniu od osoby sprawcy, a w dużej mierze stała się, obok środków zabezpieczających szeroko uwzględnianych w kodyfikacjach tzw. „dwutorowych”, sposobem oddziaływania na sprawcę, dobieranym według jego właściwości osobistych i wynikającego z nich zagrożenia dla porządku prawnego⁴⁵. Prąd ten, kontynuowany później w ramach kierunków tzw. obrony społecznej⁴⁶, nie stworzył natomiast żywotnego fundamentu dla realistycznie zorientowanej nauki o przestępstwie, którą w XX wieku zdominowały nawiązania do dorobku naukowego szkoły klasycznej⁴⁷. Jej podstawowe założenia, w tym wewnątrzprawny punkt widzenia oraz preferowana formalno-dogmatyczna metoda badań⁴⁸, zostały doprowadzone do skrajnej postaci przez pozytywizm normatywny (dogmatyzm) uznający, że dla prawoznawstwa jedyną rzeczywistością podlegającą badaniu ścisłemu i naukowemu jest ustawa jako byt samodzielny i niezależny od wszelkich czynników pozaprawnych⁴⁹. Autorów wykazujących ambicje

⁴⁴ J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe* [tyt. oryg. *Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage*], tłum. K. Jakubów, Lublin 2009 [wyd. oryg. Stuttgart 1906].

⁴⁵ Zob. W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 51-52; I. Andrejew, *Polskie...* [1986], op. cit., s. 52-54; M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 33-34 i 54-55.

⁴⁶ Zob. M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 55-58.

⁴⁷ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 22.

⁴⁸ Określona przez J. Makarewicza jako „niezmiennie logiczne wyciąganie wniosków z założeń dowolnych” (zob. J. Makarewicz, *Realizm w prawie karnym*, RPEiS 1933, z. 2, s. 50).

⁴⁹ Dotyczy to przede wszystkim szkoły germańskiej w nauce prawa karnego. Szkołę romańską, w której prym wiodli penaliści francuscy, oraz anglosaską, cechuje pragmatyzm oraz znacznie mniejsza skłonność do formalnej abstrakcji (zob. J. Makarewicz, *Realizm...*, op. cit., s. 60; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 16-17; a także idem, *Polskie...* [1978], op. cit., s. 50; K. Opałek, *Zarys dziejów filozofii prawa w Polsce*, [w:] K. Opałek, W. Wolter, *Nauka filozofii prawa i prawa karnego w Polsce*, Warszawa-Kraków-Łódź-Poznań-Zakopane, 1948, s. 10-11). Angloamerykańska tradycja prawna, koncentrująca się na konkretnym przypadku i zorientowana procesowo, nie przykładła większej wagi do różnicowania i systematyzacji przyczyn nieprzestępczości stwierdzonej w wyroku uniewinniającym, zaś przestępstwo ma w niej strukturę „całościową” (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 338-339 i literatura tam powołana). Co interesujące, podobnie pragmatyczna i niesклонna do przerostu rozważań o charakterze abstrakcyjnym jest karnistyka skandynawska

zbudowania teorii prawa karnego wykraczającej poza wewnątrzprawy punkt widzenia spotykała zaciekle krytyka⁵⁰.

Realizując hasło unikania wszelkich rozważań metajurydycznych, elementy materialne eliminowano nawet z pojęcia dobra prawnego⁵¹, uznając je za zależny od uznania ustawodawcy element konstrukcyjny przestępstwa, wyodrębniany wyłącznie z uwagi na przydatność w procesie porządkowania systemu prawnego od strony formalno-logicznej, nie zaś w celu dokonywania wartościowań pod kątem ideałów etycznych czy politycznych⁵². Alternatywnie przyjmowano, że dobrem prawnym będącym przedmiotem ochrony jest prawo samo w sobie, natomiast zamach na to dobro sprowadza się do nieposłuszeństwa wobec normy prawnej⁵³.

Przy takich założeniach nie było już możliwe uwzględnienie, wyrażonego przez F. Liszta w programie marburskim, postulatu, by celów ustawodawstwa karnego poszukiwać w analizie społeczeństwa w jego rozwoju. Z normatywistycznej perspektywy jego realizacja oznaczałaby bowiem niedopuszczalne naruszenie odrębności dwóch sfer rzeczywistości – wyprowadzanie powinności z bytu⁵⁴.

Zwrot normatywny w dogmatyce prawa karnego w dużym stopniu był zapewne wynikiem niedostatecznego jeszcze stopnia rozwoju nauk społecznych, takich jak w szczególności socjologia czy psychologia oraz braku pomostów pomiędzy nimi a naukami przyrodniczymi, w konsekwencji czego nie dostarczały one naukom prawnym wystarczającej podstawy empirycznej. Z drugiej strony, przedstawiciele nurtu naturalistycznego, poza J. Makarewiczem, w swych badaniach koncentrowali się przede wszystkim na etiologii

(zob. S. Frankowski, *Szwecja*, [w:] *Prawo karne niektórych państw Europy Zachodniej. Wybrane zagadnienia*, red. S. Frankowski, Warszawa 1982, s. 344).

⁵⁰ Przykładem jest fakt niedopuszczenia J. Makarewicza do habilitacji na podstawie publikacji zatytułowanej *Das Wesen des Verbrechens. Eine criminalsoziologische Abhandlung auf vergleichender und rechtsgeschichtlicher Grundlage* (Wien 1896), w której przedstawił zręby własnej koncepcji przestępstwa oraz stosowanej metody badawczej, rozwinięte później we *Wstępie do filozofii prawa karnego*. Z tych samych pozycji E. Krzymuski poddał krytyce W. Makowskiego zarzucając mu „brak jasnego odgraniczenia kwestii stanowiących specjalny temat nauki prawa karnego, od kwestii wchodzących w skład innych dziedzin kryminologii, jako to antropologii, socjologii i polityki kryminalnej” (zob. E. Krzymuski, *O najnowszych książkach polskich z dziedziny prawa karnego*, CzPiE 1920, z. 5-8, s. 153).

⁵¹ Pojęcie to, wyrugowane z nauki prawa karnego przez heglistów, za jedyny przedmiot przestępstwa uznających wolę ogólną, której świadomie sprzeciwia się jednostka, zostało przywrócone w obu nurtach szkoły pozytywnej, przy czym przedstawiciele kierunku naturalistycznego posługiwali się nim w tradycyjnym znaczeniu, rozumiejąc przez nie wartości zewnętrzne i pierwotne wobec normy prawnej (np. według F. Liszta dobro prawne to prawnie chronione interesy, czy warunki egzystencji wspólnoty państwowej – zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 107-110).

⁵² I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 62 i 110.

⁵³ K. Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung*, Leipzig 1872, s. 193; cyt. za: A. Marek, *Stopień...*, op. cit., s. 13.

⁵⁴ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 20.

przestępczości, co znalazło nawet swoje odzwierciedlenie w jednej z nazw tego kierunku (pozytywizm kryminologiczny)⁵⁵, nie zaś na wyjaśnieniu statusu ontologicznego i etiologii przestępstwa jako zjawiska sfery normatywnej czy też szerzej – statusu ontologicznego i etiologii zjawisk normatywnych. Wynikało to, jak można sądzić, częściowo z potrzeb utylitarnych, a częściowo właśnie z ówczesnego stanu nauk społecznych, które nie dostarczyły jeszcze narzędzi do spójnego z naukami przyrodniczymi wyjaśnienia zjawisk sfery powinnościowej.

Inną przyczyną rezygnacji z prób naturalizacji prawa karnego oraz powrotu do zmodyfikowanych założeń szkoły klasycznej był negatywny osąd szkół naturalistycznych z powodu ich odejścia od wykształconego przez szkołę klasyczną modelu prawa karnego czynu i regresu do prawa karnego skoncentrowanego na osobie sprawcy przestępstwa, w którym uzasadnieniem represji karnej ponownie stały się właściwości przestępcy i stwarzane przez niego niebezpieczeństwo dla porządku publicznego⁵⁶. Doprowadziło to do załamania podstaw praworządności oraz wykorzystania prawa karnego jako instrumentu represji politycznej w państwach totalitarnych⁵⁷. Nie można jednak pominąć, że tożsame zagrożenie stwarza formalne ujęcie przestępstwa, które abstrahując od jakichkolwiek elementów materialnych, implikuje – w skrajnych wariantach – że ustawodawca ma pełną dowolność w formułowaniu karnoprawnych zakazów, byleby uczynił to z zachowaniem właściwych form legislacyjnych. Z tej perspektywy istotą przestępstwa jest naruszenie woli ustawodawcy (subiektywnego prawa państwa do posłuszeństwa), która staje się samodzielną

⁵⁵ Zob. np. I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1978, s. 50; D. Janicka, *Makarewicz a Liszt. Próba analizy porównawczej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2015, t. 67, z. 1, s. 108-109.

⁵⁶ Także i w tym przypadku powodem błędnych wyjaśnień i rozwiązań proponowanych przez szkoły pozytywizmu naturalistycznego był niedostateczny stopień rozwoju nauk, na których się oparto (antropologia, socjologia itp.), spotęgowany jeszcze przez powierzchowne, jednostronne spojrzenie na dostarczane przez nie świadectwa empiryczne (zob. E.St. Rappaport, *Media...*, op. cit., s. 8; W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 47; K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 160; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 53-54 i 58-60). Społeczna atrakcyjność zwulgaryzowanych koncepcji naturalistycznych, która czyni je ulubionym tworzywem populistów, wynika z faktu, że w istocie rzeczy stanowią one powrót do paradygmatu prawa karnego, który dominował przez większą część przebiegu jego ewolucji. Najbardziej pierwotnym powodem reakcji karnej nie był bowiem antyspołeczny czyn jednostki, ale jej antyspołeczne właściwości oceniane czysto obiektywnie, które mogły, ale nie musiały wyrażać się w popełnieniu czynu, równie dobrze mogły bowiem wynikać z fizycznej ułomności, choroby psychicznej czy starości (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 158). Pojęcie człowieka szkodliwego jako synonim przestępcy utrzymywało się bardzo długo (zob. ibidem, s. 220-221) – np. jeszcze w rosyjskim prawie gminnym z 1900 r. przewidywano uprawnienie gmin chłopskich do administracyjnej deportacji osób, które co prawda nie popełniły żadnego przestępstwa, ale cieszyły się złą opinią i były uznawane za niebezpieczne, przez co mogły zagrażać dobremu samopoczuciu i bezpieczeństwu mieszkańców (ibidem, s. 159). Nie może zatem zaskakiwać podatność także współczesnych społeczeństw na manipulacje odwołujące się do emocji opartych na utrwalonych heurystykach i relatywnie słabe zakorzenienie w nich systemów karania opartych na bardziej subtelnych rozróżnieniach, które wykształciły się w toku ewolucji prawa karnego.

⁵⁷ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, RPEiS 1936, z. 2, s. 104-112.

podstawą wartościowania, natomiast społeczna wartość dóbr leżących u podstaw zakazu przestaje być punktem odniesienia dla ocen dotyczących ujemnej zawartości bezprawia, co również jest charakterystyczną cechą prawa karnego ustrojów totalitarnych i autorytarnych⁵⁸. Nie jest przypadkiem, że w czasach hitlerowskich niemiecka dogmatyka prawa karnego całkowicie odrzuciła teorię o dobrach prawnych, uznając przestępstwo za naruszenie obowiązku i umiejscawiając jego istotę w świecie wewnętrznym sprawcy⁵⁹.

Zaprezentowana, w dużym skrócie i uproszczeniu, historia poglądów na temat istoty przestępstwa wpisuje się w szerszy kontekst rozwoju ogólnej refleksji na temat natury prawa. Choć przekonanie o metodologicznej autonomii i odrębności prawoznawstwa dostrzec można już u jurystów rzymskich⁶⁰, to jednak aż do wieku XIX nauka o państwie i prawie połączona była z ogólnym nurtem nauk społecznych, a przy tym wraz z nimi cieszyła się dużym poważaniem, co było częściowo związane z bardzo słabym stanem zaawansowania wiedzy przyrodniczej. Pozycja ta obniżyła się, gdy prymat zdobyły nauki ścisłe, a cywilizacja techniczna rozpoczęła swój zwycięski pochód⁶¹. Równolegle rozpoczął się proces odseparowywania się nauk prawnych od pozostałych nauk humanistycznych⁶².

Izolacja nauk prawnych na dłuższą metę była jednak nie do pomyślenia. Komplikujące się życie w nowoczesnym państwie wymagało objęcia regulacją prawną coraz to nowych stosunków społecznych, zaś aby te stosunki regulować, trzeba było je poznawać⁶³. Związki prawa z życiem społecznym zaczęto dostrzegać już w czasach, gdy nie było jeszcze teoretycznych i metodologicznych podstaw do ich badania⁶⁴. W swej istocie socjologiczne spojrzenie na prawo prezentował w końcu XVIII w. G. Hugo⁶⁵, zaś w roku 1847

⁵⁸ A. Zoll, *Aksjologiczne podstawy prawa karnego*, [w:] *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa. Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej w Katowicach*, red. B. Czech, Katowice 1992, s. 304-305; zob. także A. Marek, *Stopień...*, op. cit., s. 14; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 110.

⁵⁹ A. Marek, *Stopień...*, op. cit., s. 14.

⁶⁰ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 24.

⁶¹ K. Opalek, *Problemy metodologiczne nauk prawnych*, Warszawa 1962, s. 14.

⁶² Jak zauważył I. Andrejew, podczas gdy jeszcze R. Hube ponad połowę swojego wykładu ogólnych zasad nauki prawa karnego poświęcił na rozważania filozoficzne i historyczne, to już S. Budziński w zbliżonym stopniu wyeksponował juretyczną analizę przestępstwa (I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 16).

⁶³ K. Opalek, *Problemy metodologiczne...*, op. cit., s. 20. Dostrzegł to już Condorcet, który w swoim wykładzie inauguracyjnym w Akademii Francuskiej przekonywał, że nauki, „których przedmiotem jest człowiek i których zadaniem jest szczęście człowieka” rozwiną się w przyszłości tak dobrze, jak nauki przyrodnicze, by to jednak nastąpiło muszą one „opierać się na faktach, posługiwać się podobnymi metodami, zdobywać się na język równie ścisły i dokładny, osiągać podobny stopień pewności” (zob. B. Suchodolski, *Wstęp do przekładu*, [w:] *Szkic obrazu postępu ducha ludzkiego poprzez dzieje* [tyt. oryg. *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*], A.N. Condorcet, tłum. B. Suchodolski, Kraków 1957 [wyd. oryg. s.l. 1795], s. XVI).

⁶⁴ Świadomość tej współzależności miał np. Monteskiusz (zob. K. Opalek, A. Kojder, *Nauki prawne*, [w:] *Encyklopedia socjologii*, t. 2, red. W. Kwaśniewicz i in., Warszawa 1999, s. 317-323).

⁶⁵ K. Opalek, *Problemy metodologiczne...*, op. cit., s. 70. To właśnie w szkole historycznej dostrzec można załączki realistycznego i ewolucyjnego ujęcia prawa, skoro jej przedstawiciele uważali, że podobnie jak państwo,

J. Kirchmann wskazywał na potrzebę praktyczności nauki prawa, rozumianej nie w sensie dogmatycznym, lecz jako zdolność naukowego traktowania o zagadnieniach *de lege ferenda*⁶⁶. Na przełomie XIX i XX w. w różnych krajach zaczęto w studiach prawniczych sięgać do dorobku rozwijających się nauk społecznych. Istotny element dokonujących się wówczas przemian w ogólnej refleksji nad prawem stanowiła rewizja stanowisk teoretycznych na temat istoty prawa jako normy i jako zjawiska faktycznego (psychicznego, społecznego, kulturowego itp.) oraz jego genezy i funkcjonowania. Zorientowanie na cel, którym miało być świadome sterowanie procesem stanowienia prawa⁶⁷, zwróciło uwagę na znaczenie umiejętności naukowego przewidywania skutków społecznych, jakie wywołają określone zmiany w regulacji prawnej⁶⁸. Wiele z wykształconych wówczas kierunków teoretycznych w prawoznawstwie, uwzględniających tzw. faktyczność prawa, cechowała jednak jednostronność⁶⁹, próbowały one bowiem udzielić odpowiedzi na pytanie czym jest prawo poszukując uniformistycznej grupy przedmiotów stanowiących desygnaty nazwy „prawo”. Prowadziło to do arbitralnej redukcji metod, technik badawczych i aparatu pojęciowego tylko do jednej płaszczyzny i w efekcie przyznania jej przesadnie dominującej pozycji⁷⁰. Pod ich wpływem stopniowo upowszechniało się jednak przekonanie, że nazwa „prawo” odnosi się do kompleksu różnogatunkowych przedmiotów, a badania prawne muszą podlegać świadomemu podziałowi na różne dziedziny i kierunki o swoistych metodach i celach⁷¹. Odpowiedzią na problemy związane z jednostronnością takiego podejścia badawczego była koncepcja wielopłaszczyznowości metodologicznej prawoznawstwa, która uznając prawo za zjawisko złożone ontologicznie, wymagające zróżnicowania płaszczyzn badawczych, dostrzegła jednocześnie konieczność uwzględniania w badaniach

jest ono wytworem nieświadomego rozwoju, który u różnych narodów prowadził do różnych rezultatów. Ten sposób myślenia o prawie wpłynął następnie na wykształcenie się pozytywizmu prawniczego, który za fundament wolnego od metafizyki prawoznawstwa wprost przyjął już metodologię nauk ścisłych (J. Lande, *Teoria prawa*, cz. 1, *Wstęp metodologiczny do nauk prawnych*, Kraków 1946, s. 6-7).

⁶⁶ K. Opalek, *Problemy metodologiczne...*, op. cit., s. 32.

⁶⁷ Rozpowszechniające się w naukach prawniczych myślenie instrumentalne jest wyrazem postawy praktycznej, zorientowanej na kształtowanie rzeczywistości, a nie tylko na jej poznawanie (F. Studnicki, *Działanie przepisu prawa. Model teoretyczny*, „*Studia Socjologiczne*” 1962, z. 2, s. 102-103).

⁶⁸ K. Opalek, *Problemy metodologiczne...*, op. cit., s. 37-38.

⁶⁹ Dotyczy to np. psychologizmu L. Petrażyckiego, pozytywistycznego logicznego empiryzmu A. Rossa czy socjologizmu amerykańskich realistów, ale także normatywizmu H. Kelsena (zob. K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 246 i 369; K. Opalek, *Problemy metodologiczne...*, op. cit., s. 101).

⁷⁰ K. Opalek, *Problemy metodologiczne...*, op. cit., s. 95-101; J. Łakomy, *Pojęcie integracji zewnętrznej nauk prawnych*, „*Studia Erasmiensia Wratislaviensia*” 2009, z. 3, s. 52-54.

⁷¹ K. Opalek, *Problemy metodologiczne...*, op. cit., s. 98-99.

związków pomiędzy różnymi płaszczyznami⁷². Postulat tak rozumianej wielopłaszczyznowości jest równoznaczny z hasłem integracji nauk prawnych⁷³, także w aspekcie zewnętrznym, oznaczającym ich scalenie z dorobkiem innych nauk⁷⁴.

Potrzebę wykroczenia poza obszar wyznaczany metodą dogmatyczną dostrzegano także we współczesnej nauce prawa karnego. Według W. Świdy badanie prawa karnego wyłącznie z formalnego punktu widzenia, w oderwaniu od rzeczywistości społecznej, jest niewystarczające do pełnego jego zrozumienia, prowadzi bowiem do tworzenia zamkniętego świata norm, podczas gdy prawo to nie tylko zbiór zdań o mocy obowiązującej, ale również wytwór społeczny, zadaniem natomiast każdego przepisu karnego jest osiągnięcie określonego celu społecznego. W konsekwencji konieczne jest badanie prawa karnego także za pomocą metod empirycznych ukierunkowanych na ustalenie społecznej genezy przepisów, ich stosowania w praktyce oraz efektów osiąganych przez przepisy prawa karnego w życiu społecznym⁷⁵. Pomimo takich deklaracji dogmatyka prawa karnego nadal pozostaje głównie nauką prawa, a nie nauką o prawie, co w dużej mierze wynika z oporu przed integracją po stronie jej przedstawicieli żywiących bardzo silne przekonanie o autonomii własnej dyscypliny, nie tylko problemowej, lecz także pojęciowej⁷⁶.

Niezależnie od oczywistej potrzeby kontynuowania badań polegających na systematycznym opracowywaniu materiału prawnego za pomocą metody logiczno-językowej w celu ustalenia treści norm prawnych uznanych za obowiązujące, nie można rezygnować z poszukiwania odpowiedzi na pytanie epistemologiczne o naturę przestępstwa jako zjawiska społeczno-kulturowego. Pozbawiona takich ambicji nauka prawa pozostałaby tylko techniczną umiejętnością, a jej podbudowa teoretyczna, złożona głównie z przedsięwzięć o charakterze interpretacyjnym i hermeneutycznym, spełniałaby jedynie funkcje „usługowo-

⁷² Zdaniem K. Opałka tylko takie podejście pozwala w sposób adekwatny wyjaśnić stosunek normatywności do faktyczności, dając teorię prawa spójną wewnątrz i konsekwentną (zob. K. Opałek, *Problemy metodologiczne...*, op. cit., s. 101).

⁷³ J. Łakomy, *Pojęcie...*, op. cit., s. 54.

⁷⁴ Z. Ziemiński [w:] *Zarys teorii państwa i prawa*, A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, Warszawa 1994, s. 19. J. Wróblewski definiował integrację zewnętrzną nauk prawnych jako postulat wykorzystania przez prawoznawstwo w odpowiedni sposób metod, technik i aparatu pojęciowego innych nauk (zob. J. Wróblewski, *Filozoficzne oraz metodologiczne zagadnienia teorii państwa i prawa*, [w:] *Teoria państwa i prawa*, W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, Warszawa 1980, s. 40-41).

⁷⁵ W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 21; zob. także M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 35-36; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 19 oraz J. Bafia, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 50-51.

⁷⁶ Zob. A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, KSP 1990, s. 70. Jako wzorcowy przykład dogmatycznego izolacjonizmu wskazać można zwłaszcza poglądy wyrażane przez W. Woltera na temat roli tej dyscypliny oraz właściwych dla niej metod (zob. W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 6).

praktyczne”, nie zaś naukowo-poznawcze⁷⁷. Abstrahując już od problemu statusu naukowego dogmatyki⁷⁸, wydaje się, że nie może ona spełnić swoich – nawet tak wąsko określonych jak w przytoczonym powyżej ujęciu W. Świdy – zadań bez odwołania się do rzeczywistości pozaprawnej, co nie może zostać zrealizowane w sposób prawidłowy bez wykorzystania osiągnięć i narzędzi dostarczanych przez inne nauki, zarówno społeczne, jak i przyrodnicze⁷⁹.

Nie wydaje się przy tym by zasadne było utrzymywanie – jak to określał J. Lande – „dwóch odrębnych i jednakowo »czystych« nauk – teoretycznej i normatywnej”⁸⁰. Nie przekonuje również teza o *par excellence* antynaturalistycznym (a przynajmniej a-naturalistycznym) charakterze zarówno dogmatyki prawniczej, jak i czynności

⁷⁷ T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 44; zob. także L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 174.

⁷⁸ Sporne jest czy formułowane w ramach nauki prawa twierdzenia dotyczące rekonstrukcji treści normy mają charakter opisowy czy dyrektywalny. Na przykład według H. Kelsena nauka prawa może normy jedynie opisać, formułowane zaś w niej zdania powinnościowe nikogo do niczego nie zobowiązują ani nie uprawniają, mogą natomiast być prawdziwe lub nieprawdziwe (H. Kelsen, *Czysta teoria prawa* [tyt. oryg. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*], tłum. R. Szubert, Warszawa 2014 [wyd. oryg. Leipzig-Wien 1934], s. 146). Z kolei L. Nowak uważa, że dogmatyka prawa, tak jak każda inna nauka, dąży do wyjaśnienia przedmiotu badań (sformułowania na jego temat praw ogólnych), jakim jest w tym przypadku odpowiedź na pytanie: „do czego zmierzał prawodawca, stanowiąc taki a taki przepis?”, i w tym celu posługuje się typem wyjaśnienia charakterystycznym dla całej humanistyki, czyli interpretacją humanistyczną (L. Nowak, *Interpretacja...*, op. cit., s. 7-14). T. Pietrzykowski nie bez racji zauważa jednak, że tego rodzaju wypowiedziom opisowym z reguły towarzyszą również racje o charakterze argumentacyjnym, w wyniku czego rozumowania interpretacyjne stają się niemożliwe do odizolowania od sądów wartościująco-normatywnych. Nauka prawa przynajmniej częściowo spełnia więc rolę performatywną, nie tyle opisując przedmiot swoich badań, co współtworząc go za pomocą tego opisu (zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 45-46). Także J. Wróblewski stał na stanowisku, że wykładnia prawa jako przypisanie tekstowi określonego znaczenia przy pomocy dyrektyw interpretacyjnych nie jest zabiegiem poznawczym, ponieważ w wielu przypadkach ich wybór oraz sposób posługiwania się nimi zależy od wartościowania. Aksjologiczna neutralność paradygmatu dogmatyki prawa może być kwestionowana m.in. ze względu na to, że zarówno w doktrynalnej wykładni prawa, jak i jego systematyzacji dokonuje się ocen, a reguły uzasadniające wypowiedzi dogmatyczno-prawne nie mają charakteru logicznego, lecz praktyczny (zob. B. Wróblewski, *Język prawny i prawniczy*, Kraków 1948, s. 142 i 162; J. Wróblewski, *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990 [przedr. J. Wróblewski, *Pisma wybrane*, Warszawa 2015, s. 52-53]; R. Zawłocki, *O metodzie interpretacji przepisów prawa karnego*, RPEiS 2004, z. 4, s. 89-90).

⁷⁹ W związku z tym – jak zauważył I. Andrejew – „dogmatyczne poznawanie prawa nie jest autonomiczne” (I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 33).

⁸⁰ Zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 44 i nast.; J. Lande, *Studia z filozofii prawa*, Warszawa 1959, s. 219; zob. też idem, *Teoria prawa*, op. cit., s. 3-4. Należy pamiętać, że deskryptywny, zewnętrzny punkt widzenia, który ma być właściwy dla teoretycznej refleksji nad prawem, jest jedynie pewnym postulatem, nie zaś opisem rzeczywiście praktykowanego sposobu uprawiania teorii prawa. Jest ona bowiem, jak to słusznie zauważył R. Dworkin, częściowo ocenianą i uzasadnianą, ponieważ jest „adresowana do konkretnej kultury prawnej” (zob. R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge[USA, Mass.]-London, 1986, s. 102; H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa* [tyt. oryg. *The Concept of Law*], tłum. J. Woleński, Warszawa 1998 [wyd. oryg. Oxford 1961], s. 321-323). Dla przykładu można wskazać na samą dogmatykę prawa, które jest fundamentalnym składnikiem kontynentalnej kultury prawnej, czymś obcym natomiast dla anglosaskiej nauki prawa, zorientowanej raczej na rozważania dotyczące rzeczywistych *cases* i krytykę rozstrzygnięć sądowych, a w konsekwencji wyznaczającej abstrakcyjnym konstrukcjom prawnym rolę jedynie służebną (zob. T. Gizbert-Studnicki, *Pozytywistyczny park jurajski*, „Forum Prawnicze” 2013, z. 1, s. 53).

„poznawania” („rozumienia”) treści norm prawnych w praktyce prawniczej⁸¹. Rzecz bowiem w tym, że sama rekonstrukcja normatywna nie może się obejść bez odwołań do zjawisk pozaprawnych. Wypreparowanie problematyki logiczno-językowej z płaszczyzny psychologicznej i socjologicznej nie jest możliwe, odczytanie normy prawnej wymaga bowiem uwzględnienia intencji przypisywanych historycznemu lub racjonalnemu prawodawcy, spodziewanych konsekwencji faktycznych możliwych rozumień zwrotów języka prawnego, okoliczności ich powstania, dotychczasowych ich odczytań itp.⁸². Każda z metod wykładni prawa ma częściowo naturalistyczny charakter. Przede wszystkim nie istnieje nic takiego jak „problematyka językowa niezależna od faktów językowych”, w związku z czym w każdej interpretacji tekstu zachodzi konieczność wzięcia pod uwagę tego rodzaju względów⁸³. Znak jako nośnik treści nie istnieje bowiem jako taki poza jego użyciem, zawsze jest znakiem czegoś różnego od niego samego, co zostaje mu przyporządkowane na podstawie myślenia, jako czynności poznania pośredniego⁸⁴. Ze swej istoty każda interpretacja odwołuje się więc zarówno do oznaczanej rzeczywistości pozajęzykowej, jak i do reguł przyporządkowania jej znakom, te zaś w zasadniczej mierze wynikają z praktyki językowej obowiązującej w danym języku etnicznym, stanowiąc przedmiot zainteresowania lingwistów⁸⁵. Również prowadzenie, powszechnie uznawanych w dogmatyce prawa, badań historycznych czy komparatystycznych⁸⁶ nie jest możliwe bez odwoływania się do rzeczywistości pozaprawnej, tylko bowiem rozpoznanie podłoża społecznego regulacji prawnych danego miejsca i czasu pozwala zrozumieć ich genezę, treść oraz spełniane funkcje, bez czego nie da się przecież uchwycić istoty różnic i podobieństw pomiędzy systemami i instytucjami prawnymi różnych obszarów i epok⁸⁷. Nawet wykładnia systemowa, która *prima facie* wydaje się mieć ściśle wewnątrzprawy charakter, na pewnych obszarach odnosi się do rzeczywistości pozaprawnej. Dotyczy to zwłaszcza tych jej dyrektyw, które odwołują się do szczególnej doniosłości tzw. zasad

⁸¹ T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 45.

⁸² Ibidem, s. 15.

⁸³ Ibidem; zob. też Z. Tobor, *Iluzja wykładni językowej*, [w:] *Konstytucyjne uwarunkowania tworzenia i stosowania prawa finansowego i podatkowego*, red. P. Lewkowicz, J. Stankiewicz, Białystok 2010, s. 194 i nast.; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2010, s. 223 i nast.

⁸⁴ Zob. J. Pelc, *Wstęp. Znaczenie i prawda: semioza – poznanie – interpretacja*, [w:] *Znaczenie i prawda. Rozprawy semiotyczne*, red. J. Pelc, Warszawa 1994, s. 13-25.

⁸⁵ K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 246.

⁸⁶ Zob. K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 96.

⁸⁷ Za funkcjonalnością jako podstawową zasadą komparatystyki prawniczej opowiada się np. model Kötza i Zweigerta zakładający, że nie może być skutecznie porównywane, co jest nieporównywalne, w prawie zaś porównywalne jest to, co spełnia podobne funkcje, ponieważ system prawny każdego kraju ma do czynienia z tymi samymi zasadniczo problemami, rozwiązywanymi za pomocą podobnych lub odmiennych środków (zob. R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Warszawa 2008, s. 70-71).

systemu prawa (zasad części systemu prawa), a więc norm uznawanych za „zasadnicze” m. in. na podstawie ocen natury społeczno-politycznej⁸⁸. Oczywiście i nie wymagające szczegółowego wyjaśnienia są z kolei związki pomiędzy empiryczną rzeczywistością społeczno-kulturową, a wykładnią funkcjonalną, której istota polega na ustalaniu znaczenia normy właśnie ze względu na kontekst społeczno-kulturowy⁸⁹.

Postulat utrzymania „dwutorowości” refleksji prawniczej wykazuje zasadniczą wadę także z punktu widzenia celów i potrzeb zewnętrznej nauki o prawie (deskryptywnej nauki o zjawisku prawnym). Jej przedmiotem ma być przecież formułowanie weryfikowalnych co do zasady twierdzeń o przeżyciach i zachowaniach ludzkich składających się na psychosocjologiczny aspekt prawa oraz o mechanizmach wpływających na jego faktyczne funkcjonowanie⁹⁰, co nie jest możliwe bez współdziałania z dogmatyką prawa. Odtworzenie treści tych przeżyć, zidentyfikowanie ludzkich zachowań jako „składających się na »realny« aspekt prawa”, a następnie – w przypadku zachowań performatywnych – zinterpretowanie ich konwencjonalnego znaczenia, w końcu zaś określenie, na podstawie tych zachowań, jak prawo „faktycznie funkcjonuje”, niewątpliwie nie jest możliwe bez uwzględnienia układu odniesienia, którym jest treść norm uznawanych za obowiązujące⁹¹. Jej ustalenie wymaga natomiast metod stosowanych w dogmatyce prawa, ponieważ do naukowego zbadania obowiązującego prawa konieczna jest metoda pozytywna (formalno-dogmatyczna)⁹². Jak trafnie zauważył H. Hart, przyjęcie „radykałnie eksternalnego” punktu widzenia, bez uwzględnienia w jaki sposób członkowie grupy akceptujący reguły rozumieją normatywność własnych zachowań, usuwałoby z perspektywy badawczej kategorie normatywne (reguła, obowiązek, powinność itp.), sprowadzając badania prawa do rejestracji samych w sobie prawidłowości obserwowalnych zachowań i gubiąc w ten sposób istotny wymiar życia społecznego⁹³.

⁸⁸ K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 92 i 249.

⁸⁹ K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 252-253; zob. także I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 33.

⁹⁰ T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 47; J. Kurczewski, *O badaniu prawa w naukach społecznych*, Warszawa 1977, s. 6-8.

⁹¹ Zob. A. Peczenik, *Plaszczyzny badania prawa*, PiP 1968, z. 2, s. 243.

⁹² J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 23.

⁹³ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 127-128.

Część I. Ewolucyjna analiza zjawiska przestępstwa.

Rozdział I. Paradygmat ewolucyjny w prawoznawstwie

1. Założenia teoretyczne

1.1. Uwagi wstępne

Idea wewnętrznej i zewnętrznej integracja nauk prawnych wpisuje się w szeroki nurt integracyjny, który stanowi jedną z charakterystycznych cech rewolucji dokonującej się w nauce i technice od drugiej połowy XX w.⁹⁴ Jej fundament stanowi pozytywizm jako ogólny prąd filozoficzno-naukowy, którego współczesny spadkobierca – neopozytywizm (tzw. trzeci pozytywizm, empiryzm logiczny) promuje tezę o jedności nauki⁹⁵.

Upřednie izolowanie nauk społecznych od wpływów biologii i psychologii niewątpliwie miała związek ze zbyt niskim poziomem tych ostatnich, co uniemożliwiało sensowne wykorzystanie ich osiągnięć⁹⁶. Gwałtowny postęp nauk przyrodniczych i osiągnięcie przez nie zdolności do formułowania teorii w coraz bardziej bezpośredni sposób relewantnych dla problematyki tradycyjnie badanej w ramach nauk społecznych i humanistycznych nieuchronnie prowadzi do zbliżania się obu obszarów wiedzy⁹⁷. Dzięki naukom przyrodniczym dysponujemy dziś spójną siecią wyjaśnień przyczynowych sięgających od fizyki kwantowej po neurofizjologię i biologię ewolucyjną⁹⁸. Dokonujący się w ostatnich dekadach niezwykle postęp w badaniach nad funkcjonowaniem mózgu, adaptacyjną genezą jego poszczególnych struktur i funkcjonalności oraz sposobami generowania przez nie sfery zjawisk mentalnych i ich behawioralnych konsekwencji, doprowadził badaczy do granic obszaru oddzielającego nauki przyrodnicze od humanistyki i nauk społecznych. Sieć naukowych wyjaśnień dotyka dziś skraju samej kultury⁹⁹.

Zjawiska kulturowe nie mogą już być dłużej traktowane jako sfera autonomiczna i przyczynowo niezależna od mechanizmów rządzących biologicznymi i psychologicznymi poziomami funkcjonowania człowieka. Pod coraz wyraźniejszym znakiem zapytania stawia

⁹⁴ *Integracja nauk*, [w:] *Wielka Encyklopedia PWN*, t. 12, red. J. Wojnowski, Warszawa 2002, s. 176.

⁹⁵ W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. 3, Warszawa 1958, s. 471; K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 364; A. Kozak, *Integracja wewnętrzna*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, Warszawa 2008, s. 45-46; J. Łakomy, *Pojęcie...*, op. cit., s. 60; *Neopozytywizm*, [w:] *Wielka Encyklopedia PWN*, t. 18, red. J. Wojnowski, Warszawa 2003, s. 449; *Pozytywizm*, [w:] *Wielka Encyklopedia PWN*, t. 22, red. J. Wojnowski, Warszawa 2004, s. 199.

⁹⁶ E.O. Wilson, *Konsiliencja. Jedność wiedzy* [tyt. oryg. *Consilience. The Unity of Knowledge*], tłum. J. Mikos, Warszawa 2011 [wyd. oryg. New York 1998], s. 229.

⁹⁷ T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 18.

⁹⁸ E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 189.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 156.

to tzw. standardowy model nauk społecznych (*Standard Social Sciences Model, SSSM*)¹⁰⁰. Akceptacja faktu, że istnieje zależność pomiędzy powstaniem i kształtem zjawisk należących do kultury a biologiczną naturą człowieka, przybierającą postać określonych mechanizmów psychologicznych realizowanych przez przystosowane do tego struktury układu nerwowego, nie musi jednak prowadzić do filozoficznego redukcjonizmu, ponieważ współcześnie naturalizacja wiedzy o człowieku nie polega na próbach sprowadzenia zjawisk zachodzących na poziomie kulturowym do niższych, bardziej elementarnych, poziomów badanych przez nauki przyrodnicze (w szczególności nie zakłada ścisłego determinizmu genetycznego). Opiera się natomiast na założeniu, że choć wyjaśnienia zjawisk zachodzących na poziomach bardziej elementarnych nie są wystarczające dla opisu i zrozumienia zjawisk pojawiających się na wyższych poziomach organizacji materii, to jednak wyjaśnienia te są kauzalnie uprzywilejowane w tym sensie, że teorie opisujące zjawisko wyższego poziomu nie mogą być niespójne z prawidłami rządzącymi zjawiskami zachodzącymi na poziomach niższych¹⁰¹.

Nauki społeczne, dzięki zgromadzonemu bogatemu zasobowi informacji, dokonały co prawda systematyzacji i klasyfikacji zjawisk społecznych, odkrywając wzory zachowań grupowych, nie zaproponowały jednak, jak to czynią nauki przyrodnicze, wyjaśnień przyczynowych, które obejmowałyby zjawiska z różnych poziomów organizacji materii. Odrzucenie idei hierarchicznego gmachu wiedzy nie pozwala na zakotwiczenie narracji w materialnych procesach zachodzących w ludzkim ciele i umyśle, pozostawiając je pod wpływem pełnej błędnych wyobrażeń psychologii potocznej oraz ideologii politycznych¹⁰².

Integracja zewnętrzna nie ma zastąpić dotychczasowego dorobku nauk prawnych, a tym bardziej doprowadzić do stworzenia nowego prawnoustw według metodologiczno-teoretycznych wzorów nauk ścisłych, a jedynie dopełnić go i wzbogacić¹⁰³. Pozycją wyjściową dla integracji winno być dostrzeżenie specyficznej problematyki

¹⁰⁰ Nazwą tą posłużyli się przedstawiciele psychologii ewolucyjnej L. Cosmides i J. Tooby na określenie dominującego w tradycji nauk społecznych sposobu rozumienia relacji pomiędzy kulturą a właściwościami umysłu ludzkiego. Opiera się on na założeniu, że pierwotny stan umysłu ludzkiego to „niezapisana karta” (*tabula rasa*), która może być dowolnie modelowana przez kulturę. Kultura rozwija się niezależnie od ogólnoludzkich właściwości, dzięki czemu ludzie są jednakowo podatni na dowolne wpływy kulturowe, a ich zachowania są determinowane wyłącznie procesami uczenia i socjalizacji. SSSM sprowadza umysł ludzki do neutralnego zespołu predyspozycji do wytwarzania i przekazywania dowolnych treści kulturowych, które są w całości narzucone przez otoczenie kulturowe (*omnis cultura ex cultura*) (zob. L. Cosmides, J. Tooby, *Psychological Foundations of Culture*, [w:] *The Adapted Mind. Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*, ed. by J.H. Barkow, L. Cosmides, J. Tooby, New York-Oxford 1992, s. 22-32).

¹⁰¹ Zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 22-28.

¹⁰² E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 227-235.

¹⁰³ Zob. K. Opałek, *Swoistość prawnoustw a problem integracji*, PiP 1966, z. 4-5, s. 628-641.

prawoznawstwa i znaczenia jego dotychczasowego dorobku, kierunków i sposobów uprawiania badań¹⁰⁴. Pozwoli to utrzymać swoistość i autonomię prawoznawstwa¹⁰⁵.

Jedną z wielkich współczesnych teorii naukowych jest teoria ewolucji¹⁰⁶. Ma ona ogromną moc eksplanacyjną na gruncie nauk przyrodniczych, a w ostatnich kilkudziesięciu latach, pomimo zacieklego oporu stawianego z pozycji SSSM, jest coraz szerzej i z bezsprzecznymi sukcesami stosowana w naukach społecznych. Jej aplikacja na obszar prawoznawstwa pozwala udzielić nietrywialnych odpowiedzi zarówno na pytania o naturę prawa jako takiego czy też o fenomen jego normatywności, jak i przyczynić się do wyjaśnienia bardziej szczegółowych kwestii, takich jak istota i geneza zjawiska przestępstwa i kary, albo przyczyny, z powodu których przynajmniej niektóre szczegółowe konstrukcje prawa karnego rozwinęły się do konkretnego kształtu normatywnego. Wszechstronna przydatność teorii ewolucji do analizy problematyki prawnej wynika z faktu, że prawo jest narzędziem kształtowania ludzkich zachowań, natomiast mechanizmy psychiczne leżące u ich podstaw w zasadzie powszechnie uznawane są już za produkt doboru darwinowskiego¹⁰⁷.

Zadaniem, które postawił sobie autor tej rozprawy, jest uczynienie pierwszego kroku ku realizacji na obszarze dogmatyki prawa karnego postulatu W. Załuskiego, by za pomocą paradygmatu ewolucyjnego opracować schematy rozwoju konkretnych systemów prawa, gałęzi prawa i instytucji prawnych¹⁰⁸. Ten pierwszy krok polegać musi na podjęciu próby przedstawienia ewolucyjnego wyjaśnienia normatywnego zjawiska przestępstwa oraz powszechnie przyjmowanych we współczesnej nauce prawa karnego jego „częstek elementarnych” – elementów (płaszczyzn) struktury przestępstwa.

Naturalistyczny paradygmat w prawoznawstwie zakłada zastosowanie w nim tych samych procedur badawczych, które stosowane są na terenie nauk przyrodniczych¹⁰⁹. Metoda ewolucyjnej, opartej na współczesnej wiedzy z tej dziedziny, analizy zjawisk

¹⁰⁴ Jak trafnie zauważył K. Opałek, swoistym przedmiotem badań prawoznawstwa są normy, wobec czego jego podstawową płaszczyzną metodologiczną jest płaszczyzna logiczno-językowa, a próby jej pomijania (jak to miało miejsce w przypadku realizmu prawniczego) mogłyby co najwyżej doprowadzić do przekształcenia prawoznawstwa w niezbyt udany dział socjologii (zob. K. Opałek, *Swoistość...*, op. cit., s. 628-635).

¹⁰⁵ J. Łakomy, *Pojęcie...*, op. cit., s. 54.

¹⁰⁶ Szeroko rozumiana teoria ewolucji obejmuje zespół kilku teorii opartych na najbardziej podstawowej teorii doboru naturalnego.

¹⁰⁷ W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 11. Dostrzeżono to również w nauce prawa karnego, np. według M. Kowalewskiej-Łukuć uzyskiwane na gruncie neuronauk wyniki badań dostarczają informacji, które mogą być postrzegane jako rewolucyjne dla dotychczasowego wyobrażenia o tak fundamentalnych dla prawa karnego pojęciach jak czyn, wola czy odpowiedzialność (M. Kowalewska-Łukuć, *Wina w prawie karnym*, Warszawa 2019, s. 86).

¹⁰⁸ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 176-177.

¹⁰⁹ Zob. J. Stelmach, *Naturalistyczny i antynaturalistyczny model teorii prawa*, SP 1984, z. 3-4, s. 95-96; Z. Pulka, *Status metodologiczny filozofii i teorii prawa*, [w:] *Teoria i filozofia prawa. Wybór tekstów*, red. W. Gromski, Wrocław 1998, s. 13.

prawnych nie została dotąd szczegółowo i dokładnie opracowana, a rozproszone w pracach różnych autorów wypowiedzi na ten temat mają jedynie szkicowy charakter. Kompletną, a przy tym w pełni konweniującą z teorią ewolucji w bazowym ujęciu K. Darwina, koncepcję zjawiska przestępstwa i jego dziejów przedstawił natomiast, o czym już wspomiano, J. Makarewicz. Do dzisiaj nie straciła ona na swej aktualności, problem jednak w tym, że opiera się na siatce pojęciowej właściwej dla przełomu XIX i XX w. i posługuje uzasadnieniami odwołującymi się do ówczesnego stanu nauk przyrodniczych. Tymczasem prawdziwy rozkwit badań na obszarze teorii ewolucji, który w ogromnym stopniu pogłębił zrozumienie, zarysowanego przez Darwina, biologicznego podłoża ludzkich zjawisk mentalnych i społecznych, rozpoczął się dopiero w drugiej połowie XX w. By móc z tego dorobku skorzystać konieczne jest, przed rozpoczęciem analizy zagadnień stanowiących zasadniczy przedmiot tej rozprawy, wytyczenie drogi prowadzącej od podstawowych założeń teorii doboru naturalnego na przedpole normatywnego zjawiska przestępstwa, to jest do naturalistycznego wyjaśnienia normatywności i prawa. Istotną częścią tych wywodów będzie prezentacja metod stosowanych w ewolucyjnej analizie zjawisk społecznych oraz próba dostosowania ich do potrzeb zintegrowanej teorii prawa karnego.

1.2. Natura człowieka i jej biologiczne uwarunkowania

Fundamentalna różnica pomiędzy ewolucyjną wizją człowieka a SSSM polega na tym, że ewolucjonizm zakłada, że istnieje zdeterminowany biologicznie, przynależny każdemu człowiekowi zespół cech, które można określić mianem jego natury. Pytanie o jej istotę oraz wpływ na systemy sterowania ludzkimi zachowaniami, takie jak prawo, należy do podstawowych problemów stawianych od wieków, początkowo przez filozofię, a obecnie w coraz większym stopniu także przez nauki przyrodnicze i integrujące się z nimi nauki społeczne. Z tej perspektywy prawo postrzegano, najogólniej mówiąc, albo jako wynalazek społeczny służący tłumieniu instynktów wynikających z ludzkiej natury albo – przeciwnie – jako rozwinięcie naturalnych dyspozycji ludzkich, które wyewoluowało w roli mechanizmu ich wspierania.

Według W. Załuskiego poglądy na temat właściwości ludzkiej natury i ich wpływu na genezę prawa można sprowadzić do trzech modeli, które nazwał „Hobbesowskim”, „Hayekowskim” i „Darwinowskim”. Pierwszy z nich opiera się na założeniu, że ludzie są egoistyczni, nie mają dyspozycji kooperatywnych, zaś stan natury to chaos, w którym każdy

usiłował realizować swoje egoistyczne cele. W tym modelu przyjmuje się, że prawo powstało równocześnie z państwem jako wynalazek egoistycznych, racjonalnych jednostek, które zawarły umowę społeczną gwarantującą porządek niezbędny dla skutecznej realizacji ich interesów. Drugi z wyróżnionych modeli zakłada z kolei, że naturalne dyspozycje ludzkie mają charakter kolektywistyczny (opierają się na skłonnościach do identyfikowania się z grupą i jej celami), wobec czego stan natury nie był stanem chaosu, ale porządku społecznego. Istniejące już na tym etapie prawo (prymitywne) było wyrazem kolektywistycznych instynktów, podczas gdy prawo nowoczesne jest ukierunkowane przeciwnie – służy ich tłumieniu. Natomiast model nazwany „Darwinowskim” przyjmuje, że ludzie są wąsko altruistyczni, tj. przejawiają skłonność do altruizmu krewniaczego i wzajemnego¹¹⁰. Przedstawiciele tej grupy poglądów uważają, że stan społeczeństw przedpaństwowych nie był stanem chaosu, ale panował w nim ład społeczny, zaś prawo – zarówno prymitywne, jak i nieprymitywne – stanowi wyraz naturalnych, kooperatywnych dyspozycji ludzkich, wynikających z indywidualistycznych skłonności do angażowania się w relacje społecznej wymiany, oraz mechanizm wspierający je i poszerzający zakres ich funkcjonowania (założenie o *Homo reciprocans*)¹¹¹.

Choć stanowisko przyjęte w niniejszej rozprawie w dużej mierze odpowiada modelowi nazywanemu przez W. Załuskiego „Darwinowskim”, to jednak za zbyt upraszczające uważam założenie, że natura ludzka jest na tyle jednostronna, że można ją sprowadzić do jednego z tych modeli, traktowanych jako ściśle rozłączne i statyczne. Natura ludzka wydaje się bowiem być bardzo złożonym układem skomplikowanych, często sprzecznych, algorytmów, które dochodzą do głosu w wyniku oddziaływania zróżnicowanych i nie do końca jeszcze zbadanych czynników.

Mechanizm ewolucyjny jest napędzany przez zmienność cech fenotypowych, które są testowane przez warunki środowiskowe, te zaś w przypadku człowieka w dużej mierze składają się z wytworów kulturowych. Choć historia oddziaływania zjawisk kulturowych na biologiczne podłoże procesów behawioralnych i mentalnych prawdopodobnie jest zbyt krótka, by odcisnęły one swe piętno na ludzkim genomie, to jednak unikalna cecha tych zjawisk, jaką jest możliwość międzyosobniczej transmisji bez udziału genów powoduje,

¹¹⁰ W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 25. Taki charakter ludzkiego altruizmu potwierdzają badania empiryczne (np. eksperyment Fischbachera i jego współpracowników) które pokazują, że najbardziej typową postawą wobec kooperacji jest warunkowa współpraca: ludzie są skłonni działać kooperacyjnie, dopóki obserwują podobną skłonność u innych osób, których decyzje wpływają na ich losy. Stykając się natomiast z egoizmem po drugiej stronie, sami zaczynają zachowywać się egoistycznie (zob. T. Zaleśkiewicz, *Psychologia ekonomiczna*, Warszawa 2011, s. 409).

¹¹¹ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 14-15 i 89-95.

że ewolucja ludzkiej psychiki i behawioru nie ma czysto biologicznego charakteru i przebiega szybciej.

Jednym z pierwszych myślicieli dostrzegających dynamikę ludzkiej natury był Hegel¹¹², dla którego do najważniejszych cech człowieka należy jego niezdeterminowanie i zdolność stwarzania samego siebie. Istnieją, co prawda, pewne właściwości wspólne dla ludzi wszystkich epok i kultur, wynikające z potrzeb cielesnych, jednakże poza tym wąskim katalogiem natura ludzkich potrzeb oraz kształtowanych przez nie cech charakteru jest zmienna¹¹³. Z tego powodu dzieje człowieka można postrzegać w kategoriach sukcesji różnych form świadomości, która zawsze pozostaje zrelatywizowana względem horyzontu historyczno-kulturowego¹¹⁴. Jedną z najbardziej fundamentalnych i całościowych zmian na tym polu było przejście od „etosu wojownika”, określającego pozycję jednostki w hierarchii społecznej według kryteriów odwagi oraz gotowości na śmierć w walce o prestiż, który stanowił wszechobecną siłę napędzającą organizacje społeczne od ich najwcześniejszych początków¹¹⁵ praktycznie aż do końca europejskiego średniowiecza, do „etosu pracy i bogactwa”, który dominuje w społeczeństwach nowoczesnych¹¹⁶. Niezmienna jest natomiast potrzeba samopotwierdzenia poprzez uznanie ze strony innych ludzi („pragnienie ich pragnienia”)¹¹⁷.

Inną interesującą koncepcję przemian świadomości, do jakich w kulturze europejskiej doszło na przestrzeni dziejów, przedstawił G. Seidler. Zgodnie z nią, w świecie antycznym wiodącą była idea harmonii, w myśleniu średniowiecza – idea hierarchii, a po załamaniu się średniowiecznego porządku teologiczno-hierarchicznego, w czasach

¹¹² Jeszcze wcześniej o możliwości zmiany fundamentalnych „zdolności naturalnych i konstytucji”, a w tym „udoskonalania się intelektualnych i moralnych zdolności” człowieka, przekonany był Condorcet (zob. A.N. Condorcet, *Szkic...*, op. cit., s. 245-246).

¹¹³ Zob. np. G.W.F. Hegel, *Zasady...*, op. cit., s. 190-195.

¹¹⁴ F. Fukuyama, *Koniec historii i ostatni człowiek* [tyt. oryg. *The End of History And the Last Man*], tłum. T. Bieroń i M. Wichrowski, Kraków 2017 [wyd. oryg. Toronto-New York-Oxford-Singapore-Sidney 1992], s. 121.

¹¹⁵ Zob. J. Kurczewski, *Prawo prymitywne. Zjawiska prawne w społeczeństwach przedpaństwowych*, Warszawa 1973, passim; F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 241-242.

¹¹⁶ F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 241-242, 294-295 oraz 306-308; A.O. Hirschman, *Namiętności i interesy. U intelektualnych źródeł kapitalizmu* [tyt. oryg. *The Passions and the Interests. Political Arguments for Capitalism before its Triumph*], tłum. I. Topińska, M. Kochanowicz, Kraków 1997 [wyd. oryg. Princeton 1997], passim. Tytułem przykładu warto przytoczyć spostrzeżenie B. Wróblewskiego, że jeszcze przed wojną gra na giełdzie była zachowaniem, które spotykało się z ujemną oceną, a majątek zdobyty w ten sposób uważany był za „etycznie gorszy” niż odziedziczony albo uzyskany za pomocą darowizny (zob. B. Wróblewski, *Penologia. Socjologia kar*, t. 1, Wilno 1926, s. 132).

¹¹⁷ F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 239. Zob. także T. Hobbes, *Lewiatan, czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego* [tyt. oryg. *Leviathan, or the Matter, Forme, and Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall, and Civil*], tłum. Cz. Znamierowski, Warszawa 1954 [wyd. oryg. London 1651], s. 109; N. Machiavelli, *Wybór pism*, tłum. J. Gałuszka, Warszawa 1972, s. 344.

Odrodzenia do głosu doszła idea o racjonalno-empirycznym porządku, w której centralne miejsce przypada człowiekowi¹¹⁸.

Ślady tych przekształceń dostrzec można także na obszarze prawa karnego. Jako przykład podać można zmiany w postrzeganiu przestępstw politycznych, które współcześnie z reguły uważa się za kategorię uprzywilejowaną ze względu na ideowe motywy działania sprawcy, tymczasem w przeszłości przestępstwa tego rodzaju były karane ze szczególnym okrucieństwem, co – jak się wydaje – było nie tylko przejawem ochrony interesów elit, ale również odpowiedzią na zapotrzebowanie społeczne¹¹⁹. Wydaje się, że przykład ten potwierdza trafność uchwyconej przez G. Seidlera istoty przemian umysłowości społeczeństw europejskich, okrutne karanie przestępców politycznych uznać można bowiem za przejaw, a w czasach nowożytnych już relik, średniowiecznego myślenia hierarchicznego, w którym priorytetem jest ochrona istniejącego porządku społecznego i politycznego, podczas gdy współcześnie indywidualistyczna idea wolności ludzkiej myśli oddziałuje na zbiorową świadomość na tyle silnie, że czyny motywowane poglądami politycznymi powszechnie postrzegane są jako zasługujące na mniejsze potępienie, aniżeli analogiczne zachowania podjęte w wyniku innej motywacji.

Wobec dynamiki natury ludzkiej wątpliwe jest, by można było w jej rekonstrukcji uwzględnić szeroki katalog cech. W społeczeństwach ludzkich występuje niezwykle zróżnicowanie form behawioralnych, a dotyczy ono nie tylko cech o niskiej wartości selekcyjnej, ale także wzorów zachowań najbliższych biologicznej istocie człowieka (np. schematów reprodukcji i wychowania potomstwa). Mimo to nie ulega wątpliwości, że istnieje zestaw stałych właściwości, które uznać można za wyraz natury człowieka. Ich przejawem jest powszechne występowanie pewnych zjawisk we wszystkich kulturach, które w związku z tym uznawane są za tzw. uniwersalia kulturowe¹²⁰.

¹¹⁸ Zob. G.L. Seidler, *Z zagadnień filozofii prawa. Prawo i polityka*, t. 2, Lublin 1984, s. 31-37.

¹¹⁹ C. Beccaria – zdecydowany przeciwnik kary śmierci – mimo to domagał się jej stosowania właśnie za zbrodnie stanu (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 44-45).

¹²⁰ W klasycznym ujęciu antropologa G.P. Murdocka są to społeczne zachowania i instytucje odnotowane w „Katalogu relacji międzyludzkich”, w którym zgromadzone zostały dane na temat wszystkich opisanych do tego czasu społeczności (zob. G.P. Murdock, *The Common Denominator of Cultures*, [w:] *The Science of Man in the World Crisis*, ed. by R. Linton, New York 1945, s. 123-142). Listę uniwersaliów kulturowych uwzględniającą aktualny dla ostatniej dekady ubiegłego wieku stan badań antropologicznych sporządził D. Brown. Uwzględnia ona uniwersalia o charakterze „powierzchniowym” związane z zachowaniem oraz językiem, pomija natomiast uniwersalne cechy struktury umysłu, a także tzw. prawie-universalia (występujące w większości, ale nie we wszystkich kulturach) oraz tzw. uniwersalia warunkowe (występujące zawsze, gdy kultura charakteryzuje się określoną inną cechą) (zob. S. Pinker, *Tabula rasa. Spory o naturę ludzką* [tyt. oryg. *The Blank Slate. The Modern Denial of Human Nature*], tłum. A. Nowak, Gdańsk 2005 [wyd. oryg. New York 2002], s. 616-621). Homogeniczność określonych cech kultury ludzkiej, także w społeczeństwach całkowicie od siebie odizolowanych, wyjaśnia hipoteza, że ukształtowane pod wpływem genów reguły

Spośród bezspornych składników natury ludzkiej trzeba wymienić tutaj dwa najbardziej fundamentalne, a zarazem kluczowe dla wyjaśnienia genezy zjawisk normatywnych, w tym prawa i przestępstwa.

Po pierwsze, człowiek ze swej natury jest istotą społeczną. Współczesna wiedza pozwala jednoznacznie odrzucić przedstawione przez takich myślicieli, jak Hobbes czy Rousseau wizje stanu natury jako świata przedspołecznego indywidualizmu, z którego do stworzenia społeczeństwa popchnęły ludzi innowacje technologiczne (Rousseau) albo potrzeba bezpieczeństwa naruszana przez ciągłą walkę wszystkich ze wszystkimi (Hobbes)¹²¹. Ludzie nigdy nie żyli jako izolowane od siebie jednostki¹²², co więcej, zdolności społeczne nie są unikalną cechą naszego gatunku, a jedynie rozwinięciem form występujących – w prostszych, choć i tak już wysoko zaawansowanych postaciach – u innych naczelnych. Nie mylił się Hobbes twierdząc, że nieodłącznym elementem krajobrazu świata przedpaństwowego była powszechna przemoc, niewłaściwie natomiast identyfikował jej źródło – wszelkie dostępne obecnie dane wskazują, że agresja nie była w nim przejawem indywidualistycznej anarchii, lecz stanowiła formę rywalizacji pomiędzy spoistymi grupami. Rozwój złożonych form życia społecznego, podobnie jak postęp w technologii materialnej, w równym stopniu służył unikaniu wojen, jak i skutecznemu ich prowadzeniu.

Naturę ludzką w tym jej aspekcie zdecydowanie lepiej odczytał więc Arystoteles dostrzegając w człowieku „istotę państwową” (*zoon politikon*), która dąży do życia w grupie, ponieważ to w niej znajduje warunki do indywidualnego i zbiorowego rozwoju. Współczesna nauka jednoznacznie potwierdza też spostrzeżenie Stagiryty, że wszelkie formy ludzkich zrzeszeń, od najprostszych, jak rodziny, aż po najbardziej zorganizowane, czyli państwa, mają charakter naturalny, nie są wynikiem aktu woli czy porozumienia między jednostkami lub grupami, ale stanowią rozwinięcie cech tkwiących w naturze człowieka¹²³.

epigenetyczne, wytwarzające określone dyspozycje i skłonności, mogą być na tyle silne, że pod ich wpływem zachowania ewoluują w podobny sposób w różnych społeczeństwach. Dziedziczone rzecz jasna nie są poszczególne elementy kultury, a jedynie predyspozycje neurobiologiczne powodujące, że ludzie są w sposób wrodzony ukierunkowani na uczenie się pewnych zachowań i unikanie innych („przygotowane uczenie się”) (zob. E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 186-187 i 208; W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 55).

¹²¹ Zob. np. F.B.M. de Waal, *Ewolucja moralności. Instynkt społeczny naczelnych, moralność ludzka oraz narodziny i upadek „teorii fasady”* [tyt. oryg. *Morally Evolved: Primate Social Instincts, Human Morality, and the Rise and Fall of „Veneer Theory”*], [w:] *Małpy i filozofowie. Skąd pochodzi moralność?* [tyt. oryg. *Primates and Philosophers: How Morality Evolved*], red. S. Macedo, J. Ober, tłum. B. Brożek, M. Furman, Kraków 2013 [wyd. oryg. Princeton 2006], s. 25-28.

¹²² Życie w grupie oraz towarzysząca mu tożsamość zbiorowa należą, rzecz jasna, do uniwersaliów kulturowych (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 620-621).

¹²³ Zob. A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1999, s. 61-62. Należy zaznaczyć, że chodzi tu oczywiście o genezę państwa w sensie ogólnym, tj. wyewoluowanie formy złożoności społecznej

Po drugie, stałą właściwością człowieka jest wąsko altruistyczne nastawienie do innych ludzi i wynikająca stąd dyspozycja do uczestnictwa w relacjach mutualistycznych. Także i w tym aspekcie natura ludzka ma jednak janusowe oblicze, nieodłącznym uzupełnieniem tego nastawienia jest bowiem skłonność do oszukiwania w relacjach wymiany. Oprócz dyspozycji do obopólnie korzystnej współpracy, immanentym składnikiem ludzkiej natury jest także stała gotowość do rywalizacji. Instynkty współpracy i współzawodnictwa są ze sobą splecione w układ skomplikowanych powiązań, a dodatkową rolę gra tu poczucie własnej godności, które ma wymiar społeczny, nierozzerwalnie bowiem wiąże się z wartością, jaką nadają jednostce inni ludzie. To poczucie godności ma swoje źródło w przedrozumowych procesach afektywnych, i choć wyrasta na podłożu egocentrycznym, zawiera w sobie pewien element bezstronności, dzięki któremu może stać się podłożem dla tworzenia interpersonalnych racji postępowania, a w konsekwencji również krytycznego spojrzenia nie tylko na zachowania innych, ale również na swoje własne. Jest więc człowiek istotą moralną, zakotwiczoną w świecie powinności wykreowanym przez normy postępowania, do których tworzenia i przestrzegania ma wrodzoną dyspozycję. Mechanizm ten ma jednak w dużej mierze charakter proceduralny, a nie merytoryczny: naturalna jest głęboka struktura norm postępowania oraz zdolność do łatwego ich przyswajania, mogą one natomiast być wypełniane zróżnicowaną treścią, a przy tym podlegać wyrafinowanym automanipulacjom w celu samousprawiedliwienia oraz niwelowania dysonansu poznawczego pomiędzy deklarowanymi poglądami moralnymi, a praktyką własnego postępowania.

1.3. Kontrowersje wokół ewolucjonizmu

Pomimo niezliczonych świadectw empirycznych potwierdzających wysoką wartość eksplanacyjną teorii ewolucji, tak na gruncie przyrodoznawstwa, jak i przy wyjaśnianiu prawideł rozwoju społecznego, jej zastosowanie w naukach społecznych nadal napotyka na opór. Często zarzuca się ewolucjonizmowi, jakoby implikował wnioski rażąco sprzeczne z podstawowymi intuicjami moralnymi (eugenika, rasizm, akceptacja nierówności społeczno-ekonomicznych, nierówność płci itp.). W konsekwencji silna pozostaje doktryna SSSM, ukształtowana na gruncie konfiguracyjizmu oraz relatywizmu kulturowego F. Boasa, która postrzega kulturę jako zjawisko niezależne od podłoża biologicznego i psychologicznego,

o określonych cechach, nie zaś powstanie konkretnej organizacji tej kategorii, te ostatnie mogą bowiem być tworzone także w wyniku świadomych decyzji politycznych.

stanowiące natomiast produkt wyłącznego oddziaływania środowiska i procesów historycznych.

Abstrahując już od tego, że zarzuty pod adresem ewolucjonizmu kierowane ze stanowisk etycznych w dużej mierze pomijają różnice pomiędzy opisowym a normatywnym poziomem dyskursu¹²⁴, nieufność wobec teorii ewolucji w dużym stopniu wynikać może z niezrozumienia jaką wizję natury ludzkiej faktycznie ona wspiera. Założenie biologicznego zdeterminowania ludzkiej natury nie implikuje pełnego determinizmu genetycznego, a tym bardziej konieczności akceptacji takich zjawisk, jak wojna, rasizm itp. Fakt, że tzw. darwinizm społeczny, odwołujący się do – rozumianego bardzo powierzchownie – hasła „przetrwania najsilniejszego”, wykorzystywany był w przeszłości do uzasadniania odrażających moralnie ideologii politycznych, nie oznacza, że teoria ewolucji sama w sobie zasługuje na analogiczną ocenę. Wbrew rozpowszechnionym wyobrażeniom, wcale nie wynika z niej, że moralność jest rezultatem zwycięstwa rozumu i kultury nad okrutną naturą człowieka. Przeciwnie, teoria ewolucji dostarcza poważnych argumentów za stanowiskiem, że ludzka moralność nie jest niczym innym, jak tylko rozwinięciem naszych naturalnych instynktów. Przyczyną, z powodu której ewolucyjna geneza moralności z trudem przebija się do społecznej świadomości, jest psychologiczna przeszkoda, którą F. de Waal nazwał „błędem Bethoveena” – intuicyjnie tak samo trudno jest bowiem zaakceptować, że moralność powstała w wyniku „bezwzględnego” i „okrutnego” procesu ewolucji, jak i to, że swoje arcydzieła Bethoveen stworzył w jednym z najbrzydszych i najbrudniejszych mieszkań w Wiedniu¹²⁵.

Wszystko wskazuje jednak, że to właśnie dobór naturalny „zaprojektował” takie emocje, jak zaufanie, wdzięczność czy hojność, dzięki którym ludzie mogą ze sobą współpracować, osiągając w ten sposób korzyści z własnych, kooperatywnych skłonności¹²⁶. Sam zresztą Darwin był silnie przekonany, że jego teoria może wyjaśnić genezę moralności¹²⁷.

Uwzględnienie w analizie zjawisk społecznych, w tym prawa, perspektywy ewolucyjnej daje naturalistyczne wyjaśnienie genezy humanitarnych osiągnięć kultury, dostarczając w ten

¹²⁴ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 12. Próby wprowadzania argumentów o charakterze ideologicznym, choćby były słuszne, do dyskursu teoretycznego, który ze swej istoty opiera się na kryterium prawdy, stanowią błąd metodologiczny.

¹²⁵ F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 84; zob. też R. Joyce, *The Evolution of Morality*, Cambridge [USA, Mass.] 2006, s. 17.

¹²⁶ R. Wright, *Nonzero. Logika ludzkiego przeznaczenia* [tyt. oryg. *Nonzero: The Logic of Human Destiny*], tłum. Z. Łomnicka, Warszawa 2000 [wyd. oryg. New York 2000], s. 32, zob. także F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 49-57.

¹²⁷ F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 37-38; A. Elżanowski, *Prawdziwie darwinowska etyka*, „Lectioes & Acroases Philosophicae” 2010, z. 3, s. 16-19.

sposób argumentów za odrzuceniem moralnego relatywizmu. Podstawowe dla koncepcji ewolucjonizmu kulturowego założenie o tym, że kultury różnych społeczeństw tworzą hierarchię według zróżnicowanego poziomu ich rozwoju, nie oznacza, że zróżnicowany poziom rozwoju reprezentują ludzie je tworzący. Różnice w poziomie rozwoju społeczeństw nie wynikają z intelektualnych predyspozycji jednostek, ale z tego jak rozległą i sprawną zbiorową strukturę intelektualnej współpracy umysły te tworzą, to zaś zależy wyłącznie od warunków środowiskowych, dostępu do innowacji wypracowanych przez inne kultury oraz okresu przez jaki dana kultura mogła się rozwijać. Ewolucjonizm w żadnej mierze nie wspiera więc poglądów rasistowskich, a przeciwnie, dostarcza jednoznacznych dowodów na intelektualną i moralną homogeniczność gatunku ludzkiego.

1.4. Emergentyzm

Przyjęcie ewolucyjnej perspektywy na zjawiska społeczne nie jest równoznaczne z eliminacyjnym redukcjonizmem, zgodnie z którym istnieje wyłącznie materia fizyczna¹²⁸. Zjawiska te można uznawać bowiem za byty emergentne, „nadbudowane” na zjawiskach niższego poziomu, ale do nich nieredukowalne. Byt emergentny¹²⁹ z bytem stanowiącym jego podstawę wiąże relacja superwencji oznaczająca zależność tego rodzaju, że choć istnienie stanu podstawowego jest przyczynowo konieczne i wystarczające do istnienia stanu na nim superwenującego, a zmiana w zjawisku superwenującym może zajść jedynie wtedy, gdy odpowiednia zmiana zajdzie w zjawisku, na którym superwenuje¹³⁰, to jednak każdy poziom ma swoją unikalną perspektywę ujawniającą struktury i zależności niewidoczne na innych poziomach¹³¹. „Wyłaniające” się z poziomów niższych zjawiska superwenujące, mogą być przy tym „wielorako realizowane” (*multiply realized*), czyli jednocześnie superwenuować na różnych bytach niższego poziomu. Sama natomiast relacja superwencji może być wielopiętrowa: zjawiska bardziej elementarnego poziomu dla pewnych zjawisk superwenujących same mogą superwenuować na bytach jeszcze niższego piętra (np. zjawiska społeczne lub kulturowe na indywidualnych lub zbiorowych przeżyciach psychicznych, te zaś z kolei na procesach neurofizjologicznych zachodzących w mózgu). Relacja

¹²⁸ Zob. R.K. Sawyer, *Social Emergence. Societies as Complex Systems*, Cambridge 2009, s. 29.

¹²⁹ Za twórcę koncepcji emergentyzmu uchodzi J.S. Mill, natomiast sam termin „emergentny” utworzył H. Lewes (zob. ibidem).

¹³⁰ T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 27.

¹³¹ P. Winkielman, *Psychologia społeczna a neuronauki: dominacja, separacja czy satysfakcjonujący związek?*, „Psychologia Społeczna”, 2008, t. 3, s. 14-15.

superweniencji ma w takim przypadku charakter przechodni – określone zjawisko superweniuje wówczas bezpośrednio na określonym zjawisku „niższego” piętra, a za jego pośrednictwem również na zjawiskach jeszcze bardziej elementarnych¹³².

Emergentyzm ontologiczny przyjmujący, że byty emergentne są ontologicznie różne od zjawisk, na których superweniują, a emergencja jest obiektywnie istniejącą właściwością rzeczywistości, jest poglądem pośrednim pomiędzy materialistycznym redukcjonizmem¹³³, a poglądami niematerialistyczno-holistycznymi, takimi jak np. dualizm, idealizm czy spirytualizm¹³⁴. Na gruncie emergentyzmu ontologicznego z reguły przyjmuje się, że możliwe jest przyczynowe wpływanie przez byty emergentne na zjawiska niższych pięter (tzw. *downward causation*).

Ontologiczny emergentyzm reprezentował m. in. K. Popper, który uważał, że istnieją trzy, częściowo autonomiczne, ale wchodzące we wzajemne interakcje, światy należące do tego samego Wszechświata¹³⁵. Świat 1 to świat zjawisk fizycznych, chemicznych i biologicznych. Świat 2 to świat psychologiczny, złożony z wszelkich doznań subiektywnych, w tym podświadomych i nieświadomych. Świat 3 natomiast to świat produktów ludzkiego umysłu, na który składają się problemy naukowe, teorie (także błędne), argumenty, dzieła sztuki, wartości etyczne i instytucje społeczne. Świat ten, który za Fregem można określić jako uniwersum obiektywnych treści myślenia (obiektywną zawartość myśli sformułowanych językowo – ich treści same w sobie)¹³⁶, powstał dopiero wraz z pojawieniem się typowo ludzkiego języka spełniającego funkcje wyższe, w tym zwłaszcza deskrypcji i argumentacji. Jest on realny w takim samym sensie jak Światy 1 i 2, ponieważ wchodzi w przyczynowe interakcje z elementami Świata 1 (stanowiącymi wzorzec istnienia „twardymi ciałami fizycznymi”)¹³⁷. Fizyczny Świat 1 nie jest więc przyczynowo zamknięty, ale pozostaje otwarty na stany umysłowe, które zawsze w nim (tj. w mózgu) mają swoje

¹³² W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 95-96.

¹³³ Bliski redukcjonizmowi jest natomiast emergentyzm epistemologiczny, który zakłada, że relacja supereweniencji nie oznacza rzeczywistego „wyłaniania” się jakościowo nowych bytów ze zjawisk bardziej elementarnych, a jedynie niemożliwe jest ich poznanie w drodze redukcji do zjawisk, na których superweniują z uwagi na niedostateczny stopień rozwoju nauki albo – według innych koncepcji – z powodu immanentnej niewykonalności takiej redukcji, co jest wynikiem uchylającego się poznaniu naukowemu stopnia skomplikowania zjawisk realizujących się na najwyższych piętrach hierarchii bytów.

¹³⁴ R.K. Sawyer, *Social...*, op. cit., s. 29.

¹³⁵ K.R. Popper, *Wszechświat otwarty. Argument na rzecz indeterminizmu* [tyt. oryg. *The Open Universe: An Argument for Indeterminism*], tłum. A. Chmielewski, Kraków 1996 [wyd. oryg. London-New York 1982], s. 177 oraz 194-195; idem, *Wiedza obiektywna. Ewolucyjna teoria epistemologiczna*, [tyt. oryg. *Objective Knowledge*], tłum. A. Chmielewski, [wyd. oryg. Oxford 1972], Warszawa 1992, s. 149.

¹³⁶ K.R. Popper, *Wiedza...*, op. cit., s. 149.

¹³⁷ Jako pierwsi na obiektywne istnienie treści ludzkiego myślenia uwagę zwrócili stoicy, którzy rozumieli też, że to język jest tym co łączy i przenika wszystkie trzy światy: materialny, stanów umysłu oraz treści „tego, co zostało powiedziane” (zob. K.R. Popper, *Wiedza...*, op. cit., s. 211-213).

podłoże, przy czym pomiędzy elementami obu tych światów nie zachodzi całkowity i zupełny paralelizm, który umożliwiałby dokonywanie „pomiaru” jednych za pomocą drugich. Poprzez swoje otwarcie na świat stanów umysłowych, Świat 1 jest otwarty również na przyczynowe oddziaływania ze strony sformułowanej językowo treści ludzkich myśli. Jest tak, ponieważ Świat 2 nie tylko tworzy Świat 3, ale zarazem jest przez niego kreowany w swoistym sprzężeniu zwrotnym, polegającym na tym, że wyrażone językowo treści myślowe wpływają na przebieg późniejszych procesów mentalnych¹³⁸. Świat 3, choć podlega ograniczeniom mającym swe źródło w Światach 1 i 2, zachowuje wobec nich częściową autonomię, o czym świadczy chociażby fakt istnienia obiektywnych i autonomicznych przedmiotów tego Świata, o których nikt jeszcze nie pomyślał (np. nie odkrytych dotąd rozwiązań problemów na obszarze matematyki, która będąc wynalazkiem ludzkiego umysłu ma jednak swoje niezmiennie prawa wewnętrzne, ograniczenia i prawidłowości)¹³⁹.

Warto zauważyć, że skierowaną w dół przyczynowość wytworów ludzkiej myśli dostrzeżono, przy okazji poszukiwań rozwiązania problemu przyczynowości zaniechania, także w nauce prawa karnego. Jak to ujął I. Andrejew, w życiu społecznym związek przyczynowy może polegać nie tylko na oddziaływaniu energetycznym, ale również – i to coraz bardziej – na sterowaniu, którego istotną treścią jest przekazywanie informacji. Z tego punktu widzenia brak informacji jest również informacją¹⁴⁰.

Koncepcja ontologicznego emergentyzmu pozwala uniknąć materialistycznego monizmu przyjmującego tożsamość zjawisk społecznych i doznań mentalnych z procesami mózgowymi. Dzięki temu umożliwia nieredukcjonistyczną naturalizację nauk humanistycznych, która nie sprowadza zjawisk społecznych do poziomów organizacji materii badanych przez nauki przyrodnicze, wymaga jedynie uwzględnienia reguł rządzących zjawiskami bardziej elementarnymi przy wyjaśnianiu zjawisk usytuowanych na wyższych poziomach. W badaniach zjawisk psychicznych, społecznych i kulturowych konieczne jest dostrzeżenie ich biologicznego podłoża, a jednocześnie zachowanie autonomicznych i unikalnych perspektyw na struktury niewidoczne z punktu widzenia nauk przyrodniczych, jakie dają tradycyjnie zorientowane nauki humanistyczne¹⁴¹. Teorie opisujące zjawiska społeczne nie muszą być całkowicie sprowadzalne do wyjaśnień proponowanych przez nauki

¹³⁸ K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 193; idem, *Wiedza obiektywna*, op. cit., s. 209-211.

¹³⁹ K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 143-151 oraz 187-190.

¹⁴⁰ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 157; zob. także S. Ehrlich, *O przyczynowości normatywnej*, „Studia Filozoficzne” 1985, z. 2-3, s. 45; J. Paygert, *Przestępne zaniechanie. Studium z prawa karnego*, Lwów 1907, s. 351; S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933, s. 125 oraz W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 176; idem, *Uwagi o przyczynowości zaniechania*, PiP 1957, z. 11, s. 839-842.

¹⁴¹ Zob. P. Winkielman, *Psychologia...*, op. cit., s. 14-15.

przyrodnicze, nie mogą być jednak z nimi niespójne, ponieważ istnieje swoista „hierarchia eksplanacyjna”, w której wyjaśnienia zjawisk zachodzących na poziomach niższych (takich jak fizyka) są „kauzalnie uprzywilejowane” i wyznaczają ramy dopuszczalnych wyjaśnień zjawisk zachodzących na poziomach wyższych (np. biologicznym)¹⁴².

2. Teoria ewolucji

2.1. Uwagi wstępne

Teorię ewolucji w szerokim znaczeniu stanowi zbiór teorii obejmujący tzw. ogólną teorię ewolucji (teorię doboru naturalnego), teorie środkowego poziomu (w tym w szczególności sformułowane przez R. Triversa teorie: altruizmu wzajemnego, inwestycji rodzicielskiej oraz konfliktu pomiędzy rodzicami i potomstwem) oraz oparte na teorii doboru naturalnego i teoriach środkowego poziomu nauki zajmujące się wyjaśnianiem ewolucyjnie ukształtowanych podstaw zachowań ludzkich (psychologia ewolucyjna, socjobiologia, ekologia behawioralna, teoria koewolucji genetyczno-kulturowej)¹⁴³.

2.2. Teoria doboru naturalnego

Według teorii doboru naturalnego współdziałanie dziedzicznej fenotypicznej zmienności osobniczej w populacji, wynikającej z mutacji lub rekombinacji genów¹⁴⁴,

¹⁴² E. Singerland, *What Science Offers the Humanities. Integrating Body and Culture*, Cambridge-New York 2008, s. 261-262.

¹⁴³ W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 38-59.

¹⁴⁴ Gen to, ogólnie rzecz ujmując, jednostka dziedziczności. Pojęcie to jest różnie definiowane w zależności od przyjętego punktu widzenia (np. biologii molekularnej czy biologii populacyjnej), co związane jest z szeregiem trudności w wyodrębnieniu „jednostki dziedziczenia”. Na potrzeby analiz ewolucyjnych użyteczne jest, zaproponowane przez G.C. Williamsa, abstrakcyjne pojęcie genu (niekiedy nazywanego w tym niemorfologicznym ujęciu „optymonem”), zgodnie z którym jest to dowolna, dziedzicznie przekazywalna porcja informacji, dla której tempo zmian częstości jej występowania w wyniku pozytywnego bądź negatywnego doboru przewyższa kilkakrotnie lub wielokrotnie tempo modyfikacji zachodzących w obrębie tej jednostki informacji (zob. R. Dawkins, *Fenotyp rozszerzony. Dalekosiężny gen* [tyt. oryg. *The Extended Phenotype. The Long Reach of the Gene*], tłum. J. Gilewicz, Warszawa 2003 [wyd. oryg. Oxford-San Francisco 1982], s. 333-337 i 343; idem, *Samolubny gen* [tyt. oryg. *The Selfish Gene*], tłum. M. Skoneczny, Warszawa 2012 [wyd. oryg. Oxford 1976], s. 85 i 97-100). Fenotyp to cielesna manifestacja genu: cechy przejawiane przez organizm, będące wspólnym wytworem jego genów i środowiska, w którym zachodził proces rozwoju osobniczego (ontogeneza). Fenotypowym przejawem genu jest np. kolor oczu (R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 331 i 336). Każdy gen zajmuje swoje miejsce (*locus*) na chromosomie, a w każdym z tych miejsc genowych może występować w populacji kilka alternatywnych form genów (allelów), odpowiedzialnych za występowanie odmienności fenotypicznej (ibidem). Dobór naturalny przedkłada jedne geny nad inne nie z powodu właściwości samych genów, ale z powodu różnic w ich skutkach – efektach fenotypowych (R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 249). W klasycznym ujęciu pojęcie fenotypu ograniczone jest do wywołanych przez geny

oraz nadprodukcji potomstwa w stosunku do ograniczonej pojemności środowiska, która powoduje usunięcie w każdym pokoleniu znacznej liczby osobników tego samego gatunku (zróżnicowana przeżywalność osobników), skutkuje konkurencją pomiędzy osobnikami oraz zróżnicowaniem ich szans na sukces reprodukcyjny, co jest równoznaczne z selekcją warunkowanych różnicami genetycznymi cech fenotypowych. Dobór naturalny, faworyzujący płodność polegającą na pozostawieniu jak największej liczby potomstwa w możliwie długim ciągu pokoleń, stanowi podstawowy mechanizm odpowiedzialny za powstawanie adaptacji ewolucyjnych, tj. specyficznych właściwości anatomicznych, fizjologicznych, psychicznych i behawioralnych, przystosowujących organizm do wykonywania funkcji życiowych w określonych warunkach środowiskowych, a w konsekwencji zwiększających prawdopodobieństwo sukcesu reprodukcyjnego¹⁴⁵. Przystosowanie oznacza więc informacyjną zgodność pomiędzy organizmem a jego środowiskiem: organizm przystosowany do środowiska jest ucieleśnieniem informacji o nim¹⁴⁶.

Mechanizm doboru naturalnego polega na eliminacji genów odpowiedzialnych za występowanie nieprzystosowawczych cech fenotypicznych, samo natomiast powiększenie puli genów, a w konsekwencji wzbogacenie fenotypicznej różnorodności, z której dobór naturalny „wybiera” cechy adaptatywne, zależy wyłącznie od przypadkowych mutacji. Ewolucja przystosowań opiera się na dostępnej zmienności genetycznej i odbywa na drodze niewielkich, zachodzących stopniowo zmian w istniejących wcześniej strukturach lub zachowaniach, ponieważ każda „próba”¹⁴⁷ ukształtowania ich od podstaw musiałaby

właściwości samego organizmu, w którym ulokowane są geny. R. Dawkins zaproponował koncepcję fenotypu rozszerzonego, obejmującego wszelkie wpływy genu na otaczający świat, również za pośrednictwem właściwości i zachowań innych organizmów, jeżeli oddziaływania te mają wpływ na przeżywalność genu. Bezpośrednim efektem fenotypowym genu jest kodowane przez nie białko, natomiast wszelkie inne skutki oddziaływania genów mają charakter uboczny i połączone są z nimi za pośrednictwem niejednokrotnie bardzo długich i złożonych łańcuchów przyczynowo-skutkowych. Skutki fenotypowe genu w tej koncepcji to wszelkie jego narzędzia, niezależnie od długości i złożoności łańcucha kauzalnego, za pomocą których przenosi się on do następnej generacji (np. za fenotyp wirusa wścieklizny można uznać zmiany w zachowaniu zainfekowanego zwierzęcia, takie jak skłonność do wędrowek, brak płochliwości, wodowstręt czy agresja, które sprzyjają zarażaniu kolejnych zwierząt, zwiększając w ten sposób szanse przetrwania genu wścieklizny). Według R. Dawkinsa cała biosfera jest przetkana siecią nakładających się na siebie pól fenotypowych oddziaływań genów (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 431; idem, *Fenotyp...*, op. cit., passim).

¹⁴⁵ Już K. Lorenz zauważył, że na kształtowanie się wzorów zachowań można patrzeć podobnie jak na wykształcanie się narządów anatomicznych (zob. K. Lorenz, *Über die Bildung des Instinktbegriffes*, „Die Naturwissenschaften” 1937, H. 25, s. 289-300). Obecnie panuje niemal powszechna zgoda, że nie ma zasadniczych różnic między genetyczną determinacją cech morfologicznych i cech behawioralnych (zob. R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 254). Mózg człowieka, analogicznie jak inne części jego ciała, jest wiązką adaptacji (zob. M.T. Ghiselin, *The Economy of Nature and the Evolution of Sex*, Berkley 1974, s. 1).

¹⁴⁶ R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 223.

¹⁴⁷ Powszechnie występująca w pracach genetyków i ewolucjonistów antropomorfizacja, polegająca na używaniu sformułowań sugerujących intencjonalność genów, jest oczywiście jedynie użyteczną metaforą,

doprowadzić do głębokiej dysfunkcji organizmu, której konsekwencją byłaby eliminacja stojącej za nią mutacji na zasadzie doboru naturalnego¹⁴⁸. Oznacza to, że dobór naturalny jedynie „reaguje” na zastane właściwości środowiska eliminując byty do niego nieprzystosowane, nie zawiera natomiast mechanizmu sterującego wytwarzaniem określonych mutacji ze względu na antycypację przyszłych potrzeb. Z tego powodu kształtowanie się nowych adaptacji przebiega powoli, wymaga bowiem wystąpienia przypadkowej mutacji, a następnie jej rozprzestrzenienia się, co zależy od trwającej przez jakiś czas wymiany pokoleń.

2.3. Teoria doboru krewniaczego (łącnego)

Doniosłym uzupełnieniem teorii doboru naturalnego jest sformułowana przez W.D. Hamiltona teoria doboru krewniaczego (*kin selection*), zgodnie z którą przekazywanie cech (genów) danego osobnika odbywa się nie tylko przez własne potomstwo, ale również przez potomstwo jego krewnych¹⁴⁹. Na sukces reprodukcyjny osobnika składa się zatem nie tylko jego sukces indywidualny, którego miarą jest liczba pozostawionego przez niego samego potomstwa zdolnego do rozmnożenia się, ale wyznacza go także sukces innych osobników z nim spokrewnionych, przy czym w tym przypadku stopień tego sukcesu zależy m. in. od współczynnika pokrewieństwa. Ostatecznym elementem doboru okazuje się więc nie osobnik, ale sam gen, a ewolucja przebiega dzięki zróżnicowanej przeżywalności genów w puli genowej. Kluczowe jest tutaj pojęcie czynnego replikatora generatywnego – bytu zdolnego do samoreplikacji z minimalnymi niedokładnościami (replikator), który ze swej natury ma wpływ na prawdopodobieństwo, że zostanie skopiowany (replikator czynny), przy czym potencjalnie może on być przodkiem nieskończonej linii replikatorów potomnych (replikator generatywny)¹⁵⁰. Te właściwości umożliwiają jego ewoluowanie według mechanizmu darwinowskiego doboru naturalnego¹⁵¹. W tym ujęciu gen jest reprezentowany przez wszystkie swoje repliki rozproszone po całym świecie, zaś mechanizm

której użycie jest związane z tym, że mechanizm działania doboru naturalnego najłatwiej opisać w taki właśnie, przenośny sposób.

¹⁴⁸ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 139.

¹⁴⁹ Zob. W.D. Hamilton, *The Genetical Evolution of Social Behaviour*, cz. 1-2, „Journal of Theoretical Biology” 1964, Vol. 7, No. 1, s. 1-16 i 17-32.

¹⁵⁰ Zob. R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 114-115.

¹⁵¹ Zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 372; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 114. Jedynym rodzajem replikatora występującym w znanym nam świecie przed pojawieniem się *Homo sapiens* był gen, pojęciowo jest jednak możliwe istnienie innych bytów, które ewoluują na drodze zróżnicowanej przeżywalności, spełniając w ten sposób definicję replikatora (R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 358).

doboru naturalnego faworyzuje wszystkie te cechy fenotypowe, które sprzyjają sukcesowi reprodukcyjnemu genu, niezależnie od wpływu na zdolność przetrwania i reprodukcji jednostek usytuowanych na wyższych poziomach organizacji materii, tj. organizmu lub grupy (teoria „samolubnego genu”)¹⁵². Dobór genowy odpowiada za wytworzenie się i utrzymywanie w populacji różnych form altruizmu, pomimo że mogą one być szkodliwe, a nawet autodestrukcyjne na poziomie osobniczym. Osobniczy altruizm jest w istocie rzeczy genowym egoizmem¹⁵³.

Dla czytelności dalszych wywodów należy wspomnieć, że istnieją również teorie zakładające, że dobór naturalny może działać na wyższych niż gen lub organizm poziomach organizacji biosfery, takich jak gatunek albo grupa¹⁵⁴. Dominujące obecnie stanowisko odrzuca jednak koncepcję doboru gatunków oraz doboru grupowego. Przeczy jej fakt, że największe natężenie w przyrodzie osiąga rywalizacja wewnątrzgatunkowa. Poza tym za pomocą teorii doboru genowego możliwe jest wytłumaczenie wszystkich zjawisk, w tym różnych form altruizmu, dla wyjaśnienia których konstruowano teorie doboru wyższego poziomu¹⁵⁵. Jak to zwięźle ujął R. Dawkins, faworyzowane przez dobór nie są harmonijne grupy, ale geny w harmonijnych grupach¹⁵⁶. Spojrzenie na ewolucję przez pryzmat egoizmu genowego pozwala wyjaśnić przyczyny, z powodu których interakcje między osobnikami tego samego gatunku, także spokrewnionymi, wykazują tak wielką złożoność i sytuują się na *continuum* od altruizmu, wiążącego się niejednokrotnie nawet z poświęceniem własnego życia, poprzez bezwzględną manipulację aż do brutalnej agresji¹⁵⁷.

¹⁵² Postrzeganie doboru naturalnego z perspektywy genu sugerowane było już przez pionierów neodarwinizmu z wczesnych lat trzydziestych XX wieku, w tym R.A. Fishera. Wprost wyrażone zostało jednak dopiero przez W.D. Hamiltona i G.C. Williamsa, samo zaś pojęcie „samolubnego genu” opracował R. Dawkins w ramach kompleksowej teorii postrzegającej organizmy jako nośniki („maszyny przetrwania”) replikatorów (genów), które wyewoluowały jako fenotypowe przystosowania genów do przeżycia w kolejnych swoich kopiach (zob. R. Dawkins, *Przedmowa do drugiego wydania*, [w:] *Samolubny...*, op. cit., s. 23; idem, *Samolubny gen*, op. cit., s. 452-453; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 115).

¹⁵³ Zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 167-168 i 176.

¹⁵⁴ Obie koncepcje opierają się na założeniu, że grupa (gatunek lub populacja wewnątrz gatunku), której członkowie są skłonni do poświęcenia siebie dla jej dobra jest w mniejszym stopniu zagrożona wyginięciem niż grupy rywalizujące z nią, których członkowie przedkładają nad interes grupy własne, egoistyczne interesy. W konsekwencji w ogólnej populacji stopniowo zwiększa się liczebność tych grup, których członkowie wykazują zachowania altruistyczne (zob. F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 37).

¹⁵⁵ Ze względu na faworyzowanie przez dobór naturalny współdziałania genów ich zbiorowisko zaczyna przypominać zorganizowany pojedynczy byt (organizm) podlegający doborowi jako całość. Na tej samej zasadzie faworyzowane jest współdziałanie organizmów w grupie, które zwiększa szanse jej przetrwania jako całości. W konsekwencji dobór na poziomie genów może stwarzać złudzenie doboru na poziomie fenotypowej ekspresji genów (organizmu lub grupy) (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., passim; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 20-22, 241-242 oraz 333; F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 39).

¹⁵⁶ R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 300-302.

¹⁵⁷ Ibidem, s. 116.

Teoria doboru łącznego wyjaśnia, wszechstronnie potwierdzone empirycznie, zjawisko altruizmu krewniaczego¹⁵⁸, które polega na skłonności, tym bardziej nasilonej im bliższy stopień pokrewieństwa, do zachowań altruistycznych, także związanych z ponoszeniem wysokich kosztów osobniczych aż do rezygnacji z własnej reprodukcji, czy też poświęcenia własnego życia, na rzecz krewnych¹⁵⁹. Warunkiem wytworzenia się altruizmu krewniaczego jest istnienie rozpoznawalnych dla osobników danego gatunku wskaźników pokrewieństwa, którymi w przypadku ludzi są m. in. częstość interakcji, fizyczna bliskość i fenotypiczne podobieństwo¹⁶⁰. Mechanizm doboru naturalnego prowadzi do wykształcania się wśród osobników tworzących populację psychicznych adaptacji, takich jak pozytywne uczucia względem krewnych, które stoją za dyspozycjami do pomagania osobnikom noszącym cechy świadczące o pokrewieństwie. Altruizm krewniaczy najprawdopodobniej stanowi biologiczne podłoże dla zróżnicowanych wzorów zachowań altruistycznych, patriotycznych, etnicznych, reguł dziedziczenia itp.¹⁶¹, ale także zemsty

¹⁵⁸ Termin „altruizm” jest wieloznaczny i może być używany m.in. w znaczeniu psychologicznym albo biologicznym. W pierwszym z nich odpowiada potocznej intuicji językowej i definiowany jest jako działanie na korzyść innej jednostki, motywowane jej dobrem, w związku z którym altruista ponosi koszty przysporzenia tej korzyści. W sensie biologicznym pojęcie to w niewielki stopniu odpowiada intuicyjnemu znaczeniu tego słowa, definiowane jest bowiem wyłącznie behawioralnie w wyabstrahowaniu od pobudek, jako działanie zwiększające szanse przeżycia lub sukcesu reprodukcyjnego innej jednostki i jednocześnie zmniejszające je u altruisty. Choć pomiędzy altruizmem psychologicznym a altruizmem biologicznym istnieje silny związek, w niektórych przypadkach zachowania mogą spełniać kryteria tylko jednej z tych kategorii (np. zachowanie psychologicznie altruistyczne może być obojętne z punktu widzenia kryteriów altruizmu biologicznego, a nawet zmniejszać szanse przeżycia beneficjenta). W przypadku altruizmu biologicznego uwzględnić trzeba także możliwe różnice w interpretacjach danego zachowania z punktu widzenia różnych poziomów hierarchii układów biologicznych – zachowanie altruistyczne (także w sensie psychologicznym) na poziomie grupowym może być wynikiem „egoizmu” genowego. Zupełnie inaczej prezentuje się bowiem dane zachowanie w zależności od tego, czy za „korzyść” uznamy przeżycie danego osobnika (z tego punktu widzenia akty altruizmu są częste i należy do nich chociażby opieka rodzicielska), czy też sukces reprodukcyjny jego genów (w tym przypadku poświęcenia na rzecz krewnych nie może być uznane za prawdziwy altruizm). Nie można też pominąć, że zachowania altruistyczne często są stymulowane poprzez manipulację ze strony beneficjenta korzyści (wyabstrahowanie biologicznego pojęcia altruizmu od motywów psychologicznych nie pozwala wyłączyć tego rodzaju sytuacji z kategorii zachowań altruistycznych) (szerzej na ten temat zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 22-24; R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., 39-40 i 85; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 82-83 i 331-332).

¹⁵⁹ Należy pamiętać, że rozgraniczenie pomiędzy rodziną a nierodziną nie jest ostre, lecz opiera się na zasadach statystyki matematycznej, określony stopień pokrewieństwa nie implikuje bowiem ściśle określonego poziomu wspólności genetycznej, a jedynie określone prawdopodobieństwo posiadania tego samego genu. Dodatkowo prawdopodobieństwo to ma charakter subiektywny, opiera się bowiem na pokrewieństwie kulturowym, które w rzeczywistości często może nie pokrywać się z pokrewieństwem genetycznym (pozwala to wyjaśnić występujący w wielu kulturach „efekt brata matki” polegający na przejawianiu przez braci matki większego altruizmu wobec jej dzieci w porównaniu z jej partnerem, mają oni bowiem więcej podstaw do przekonania o swoim pokrewieństwie z dzieckiem, ponieważ jego matka jest co najmniej ich przyrodnią siostrą – zob. W.D. Hamilton, *The Genetical...*, op. cit., s. 1-52; R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 178-215).

¹⁶⁰ P.A. Wells, *Kin recognition in humans*, [w:] *Kin Recognition in Animals*, ed. by D.J.C. Fletcher, C.D. Michener, New York 1987, s. 395-415.

¹⁶¹ E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 210.

krwawej jako jednej z rudymenarnych form reakcji karnej¹⁶². Może również stanowić preadaptację prowadzącą do wytwarzania się altruizmu wobec osób niespokrewnionych¹⁶³.

2.4. Teoria altruizmu wzajemnego

Spośród teorii środkowego poziomu dla analizy zjawisk prawnych szczególnie istotne znaczenie ma teoria altruizmu wzajemnego (*reciprocal altruism theory*). Głosi ona, że w określonych warunkach jednostki niespokrewnione mogą wchodzić w relacje społecznej wymiany mającej, w odróżnieniu od prostego mutualizmu, w którym korzyści są wymieniane równocześnie, charakter mutualizmu opóźnionego (*delayed mutualism*), polegającego na przysporzeniu korzyści w oczekiwaniu na jej odwzajemnienie w przyszłości¹⁶⁴. Wraz z rozwojem altruizmu wzajemnego, oprócz jego bezpośredniej postaci, w której udzielona korzyść ma zostać odwzajemniona w przyszłości przez jej beneficjenta (*direct reciprocity*), wykształciła się także forma „wzajemności pośredniej” (*indirect reciprocity*), przy której altruista oczekuje korzyści od innych osób aniżeli beneficjent. Korzyści takie mogą mieć niematerialny charakter, np. polegać na podniesieniu statusu społecznego jednostki, a w konsekwencji poprawieniu jej pozycji w kolejnych aktach wymiany, a nawet na samym w sobie osiągnięciu sukcesu przez grupę jako całość, który pośrednio przyniesie korzyść dla samego altruisty oraz jego krewnych¹⁶⁵.

Altruizm wzajemny jest spotykany w świecie zwierząt, w którym nie ogranicza się zresztą do gatunków najbardziej inteligentnych i społecznych, a może nawet przybrać odroczonej formę negatywną (opóźniona zemsta)¹⁶⁶. Dopiero jednak w społecznościach ludzkich wzajemność przybiera niezwykle wyrafinowane formy i jest wszechobecna¹⁶⁷, stanowiąc „nieprześcignione streszczenie ludzkiej moralności”¹⁶⁸. Na pewnym etapie rozwoju

¹⁶² Zob. B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 55-56.

¹⁶³ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 41.

¹⁶⁴ Zob. np. R.L. Trivers, *The Evolution of Reciprocal Altruism*, „Quarterly Review of Biology” 1971, Vol. 46, No. 1, s. 35-54; W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 43-48.

¹⁶⁵ Tylko w tym ostatnim przypadku posłużenie się terminem „altruizm” jest w jakimś stopniu zgodne z intuicją językową, choć nawet w tego rodzaju zachowaniach można dostrzec przejawy wyrafinowanego altruizmu krewniaczego, a więc w ostatecznym rozrachunku egoizmu genowego. Pozostałe postaci pośredniego altruizmu wzajemnego w swej istocie stanowią przejaw intertemporalnego egoizmu, który lepiej oddają określenia „wzajemność” czy też „mutualizm” (zob. R. Alexander, *The Biology of Moral Systems*, New York 1987, s. 81-88).

¹⁶⁶ F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 41.

¹⁶⁷ Wśród uniwersaliów kulturowych na liście D. Browna nie mogło zabraknąć kategorii „Wymiany (pracy, dóbr i usług) oparte na zasadzie wzajemności” (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 620).

¹⁶⁸ Konfucjusz zapytany czy istnieje jedno słowo, które mogłoby służyć za receptę na życie sugerował, że jest nim „wzajemność” (zob. F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 75).

cywilizacyjnego uzyskała ona nawet swój sformalizowany nośnik – pieniądź¹⁶⁹. Wiele wskazuje, że odroczone formy wymiany były faworyzowane przez dobór naturalny (a zwłaszcza dobór łączny), stanowi więc adaptację biologiczną. Mogła ona jednak powstać dopiero po spełnieniu licznych warunków, związanych zarówno z wykształceniem się innych adaptacji (zwłaszcza określonych predyspozycji psychicznych), jak i pojawieniem się sprzyjających warunków środowiskowych. Do wykształcenia się altruizmu wzajemnego konieczne jest przede wszystkim by czas życia jednostek, a w konsekwencji ich „cień przyszłości” (*the shadow of the future*), tj. perspektywa przyszłych korzyści lub strat z podejmowanych w tej chwili działań¹⁷⁰, był na tyle długi by dobór naturalny nie faworyzował preferencji czasowej dla teraźniejszości (skłonności do silnego potrącania przyszłej użyteczności)¹⁷¹. Uczestnicy relacji wymiany muszą przy tym mieć na tyle rozwinięte zdolności poznawcze (zwłaszcza pamięć), by potrafili się wzajemnie rozpoznać, powiązać z poszczególnymi jednostkami otrzymane lub należne korzyści, komunikować własne i rozpoznawać cudze potrzeby, oszacować związane z wymianą korzyści i koszty, czy w końcu mieć zdolność wykrywania i karania oszustów¹⁷². Musi przy tym istnieć wysokie prawdopodobieństwo ponownych interakcji uczestników wymiany w przyszłości, a także wysokie prawdopodobieństwo, że beneficjent odwzajemni uzyskaną wcześniej

¹⁶⁹ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 342. Co ciekawe, przemiany w sposobie myślenia o wartości, towarzyszące rozwojowi gospodarki pieniężnej, można prześledzić na podstawie zmian w sposobie określania w różnych epokach przestępstw przeciwko mieniu. W średniowieczu kradzież była ujmowana kazuistycznie poprzez określenie przedmiotu czynności wykonawczej (mówiono osobno o kradzieży konia, wołu, jastrzębia, owcy, kozy, siana itp.). Z czasem do znamion przestępstwa przenikało coraz więcej liczebników (co jest dostrzegalne począwszy od pomników prawa późnego średniowiecza, poprzez *Carolinę* i kodeksy okresu absolutyzmu oświeconego, aż do np. kodeksu karnego bawarskiego z 1813 roku). Był to krok w kierunku syntetyzacji norm prawa karnego, który przyczynił się do wykształcenia się pojęć drobnej i wielkiej kradzieży. Trend ten utrzymywał się przez kilkadziesiąt lat, choć już Monteskiusz dostrzegał jego słabości. Ponieważ wyrażone liczbowo mierniki wagi przestępstwa były przejawem odpowiedzialności opartej na czynniku obiektywnym, częściowo niezależnym od zamiaru sprawcy, w połowie XIX w. – na tle postępującej subiektywizacji odpowiedzialności – pojawiła się tendencja do rezygnacji z nich i posługiwania się znamionami ocennymi, takimi jak „drobna”, „znaczna” czy też „wielka” wartość lub szkoda (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 137 i 237; idem, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 114; idem, *Oceny prawne drobnej kradzieży*, Pal. 1966, z. 1, s. 40-42).

¹⁷⁰ Zob. R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York 1984, s. 126-141 i 150-185.

¹⁷¹ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 28-35.

¹⁷² Zob. L. Cosmides, J. Tooby, *Cognitive Adaptations for Social Exchange*, [w:] *The Adapted...*, ed. by J.H. Barkow, L. Cosmides, J. Tooby, op. cit., s. 163-228. Szereg dowodów wskazuje, że w umyśle człowieka funkcjonuje wysoko rozwinięty, wyspecjalizowany, a przy tym pierwszorzędny wobec innych mechanizmów, moduł rozpoznawania oszustw (zob. ibidem). Zdaniem R. Triversa wiele z charakterystycznych dla ludzkiej psychiki uczuć, takich jak zawiść, poczucie winy, wdzięczność, czy współczucie ukształtowało się pod wpływem doboru naturalnego jako narzędzia oszukiwania, wykrywania oszustw i unikania podejrzeń o oszustwo (R.L. Trivers, *The Evolution...*, op. cit., s. 47-54). Jest to wyposażenie niezbędne do realizowania strategii „wet za wet”, która – jak pokazują modele teorii gier – jest co do zasady optymalnym sposobem rozgrywania relacji o sumie niezerowej. Przejawy jej stosowania oraz towarzyszących jej przeżyć afektywnych, analogicznych do ludzkich, obserwowano np. u szympanсів (zob. F.B.M. de Waal, *Chimpanzee Politics. Power & Sex among Apes*, New York 1982, s. 207).

korzyść (co jest równoznaczne z niskim odsetkiem oszustów w populacji). Jak się przyjmuje, tego rodzaju warunki w większym stopniu spełnione są w społecznościach stabilnych, małych i egalitarnych, aniżeli niestabilnych, dużych i silnie zhierarchizowanych, ponieważ w nich właśnie większe jest prawdopodobieństwo ponownych interakcji, sprzyjają one również rozwinięciu się mechanizmów (początkowo nieformalnych, jak np. reputacja czy ostracyzm), które zniechęcają do oszustwa. Z kolei egalitaryzm ułatwia osobie oszukanej ukaranie oszusta, podczas gdy w społeczeństwach silnie zhierarchizowanych może stanowić to trudność w sytuacji, gdy oszust zajmuje pozycję dominującą¹⁷³.

W środowisku ancestralnym, tj. w warunkach środowiskowych, ze względu na które ukształtowały się nasze biologiczne dyspozycje¹⁷⁴, wystąpiła kumulacja okoliczności sprzyjających ewolucji altruizmu wzajemnego, tj. długi czas życia, niski wskaźnik rozproszenia, życie w małych, wzajemnie zależnych i stabilnych grupach społecznych, w końcu zaś długi okres opieki rodzicielskiej prowadzący do licznych kontaktów z bliskimi krewnymi w ciągu wielu lat¹⁷⁵. Opuszczenie pierwotnego habitatu leśnego i zasiedlenie sawanny oraz związane z tym przestawienie się na padlinę wielkich zwierząt jako źródło pokarmu, przy jednoczesnym braku wykształconych indywidualnych adaptacji chroniących przed zagrożeniami występującymi w nowym środowisku, wymusiło rozwój kooperacji i komunikacji. Tylko w ten sposób możliwe było nadrobienie braków adaptacyjnych i stworzenie niszy umożliwiającej przetrwanie¹⁷⁶. Pojawienie się na szeroką skalę relacji

¹⁷³ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 44. Co do przyczyn i warunków wykształcenia się wśród pierwotnych społeczeństw ludzkich stosunków opartych na egalitaryzmie zob. Ch. Boehm, *Hierarchy in the Forest. The Evolution of Humanitarian Behavior*, Cambridge [USA, Mass.] 1999.

¹⁷⁴ Środowisko ancestralne człowieka (inaczej nazywane „środowiskiem ewolucyjnej adaptacyjności” – *environment of evolutionary adaptedness; EEA*) obejmuje okres, który rozpoczął się ok. 2 mln lat temu, a zakończył w okresie rewolucji neolitycznej ok. 10 tys. lat temu, kiedy to zapoczątkowany został proces szybkich zmian i różnicowania się habitatu człowieka, związany najpierw z rewolucją rolniczą, a później rewolucją przemysłową. Obraz ludzkiego EEA wciąż jest fragmentaryczny i nie do końca jednoznaczny. Istnieją również przesłanki sugerujące, że nie miało ono charakteru monolitycznego, zaś poszczególne adaptacje mogły ukształtować się pod wpływem zróżnicowanych warunków środowiskowych. Przyjmuje się jednak, że wiedza o EEA jest sprecyzowana w stopniu wystarczającym do formułowania hipotez o jego wpływie na ukształtowanie się adaptacyjnych cech mentalnych (zob. np. R. Foley, *Zanim człowiek stał się człowiekiem* [tyt. oryg. *Humans before Humanity*], tłum. K. Sabbath, Warszawa 2001 [wyd. oryg. Oxford 1995]; I. Tattersall, *Becoming Human, Evolution and Human Uniqueness*, New York-London-San Diego 1998; A. Badcock, *Evolutionary Psychology. A Critical Introduction*, Cambridge 2000, s. 11 i nast.).

¹⁷⁵ R.L. Trivers, *Social Evolution*, Menlo Park 1985, s. 386.

¹⁷⁶ Zob. D. Bickerton, *Adam's Tongue: How Humans Made Language, How Language Made Humans*, New York 2010, s. 92-128. Koncepcja niszy, w przeciwieństwie do wcześniejszych ujęć relacji gatunek-środowisko, postrzegających adaptację asymetrycznie, tj. jako relację polegającą wyłącznie na dostosowaniu się organizmu do środowiska, uwzględnia, że gatunki nie tylko dostosowują się do zastanych środowisk, ale równolegle same je zmieniają, tworząc nowe warunki środowiskowe wymagające od nich dalszych adaptacji. Wywodzi się ona od J. Deweya, który wyjaśniając mechanizm wykształcenia się moralności w drodze doboru

wymiany o charakterze niejednoczesnym, jak również złożonych form wzajemności pośredniej, które również mogły mieć postać odroczonej, prowadziło do generowania użyteczności o skali i stopniu złożoności niemożliwym do osiągnięcia przy prostym mutualizmie równoczesnym. Uczestnictwo ludzi w takich relacjach sprzyjało ewolucji adaptacji o charakterze psychicznym, związanych z rozwojem inteligencji, zdolności poznawczych, komunikacji, jak również wspierających mutualizm emocji (zazdrość, wdzięczność, instynkt odwetu, poczucie winy)¹⁷⁷. Według E. Wilsona dynamiczna relacja pomiędzy współpracą a jej odmową mogła być pierwotnym źródłem uczuć moralnych, na co wskazują protoetyczne zachowania szympanów związane z karaniem osobników odmawiających współpracy¹⁷⁸. Zdaniem wielu etnologów, w tym B. Malinowskiego, zasada wzajemności¹⁷⁹ jest fundamentem, na którym opierają się stosunki w społeczeństwach, w których nie doszło do wytworzenia się warstw czy jednostek dysponujących przywilejem rozporządzania cudzym dorobkiem¹⁸⁰. To właśnie dzięki precyzyjnemu i skomplikowanemu systemowi wzajemnej wymiany, w którym każdy akt ma swoje miejsce i musi być niezawodnie wykonany, nie zaś w wyniku działania jakiegoś instynktu czy „poczucia grupowego”, mechanizm społeczny w grupach pierwotnych ma właściwości samoregulacyjne¹⁸¹.

naturalnego, posłużył się przekształconą Huxleyowską metaforą ogrodu – własnego środowiska, którego budowa przez człowieka jest środkiem „walki o byt” (zob. J. Dewey, *Evolution and ethics*, [w:] *The early works of John Dewey 1882-1898. Vol 5 (1895-1898)*, Carbondale-Edwardsville 1972, s. 39). Przez „warunki środowiskowe” należy zatem rozumieć nie tylko czynniki zastane, zarówno abiotyczne o charakterze ekologicznym (temperatura, stężenie tlenu, nasłonecznienie itp.), jak i biotyczne, związane w szczególności z konkurencją wewnątrz- i międzygatunkową, ale także wytwory oddziaływania przez gatunek na zastane środowisko. W przypadku człowieka wytwory te, to przede wszystkim *man-made environment*, czyli kultura, która łącznie ze środowiskiem przyrodniczym tworzy habitat człowieka (zob. S. Ehrlich, *Wiążące wzory zachowania. Rzecz o wielości systemów norm*, Warszawa 1995, s. 49; E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 206-208; R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 79).

¹⁷⁷ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 46. O tym, jak silnie instynkt kooperacji zakorzeniony jest w naturze ludzkiej świadczą obserwacje wskazujące, że już w przedszkolu w kształtującej się hierarchii statusu usytuowanie poszczególnych dzieci zależy od zróżnicowania ich zdolności do współpracy (na wcześniejszym etapie, gdy dostrzegalne są pierwsze symptomy wytwarzania się hierarchii, wśród nie mówiących jeszcze maluchów, pierwszorzędną rolę ma z kolei nieustępliwość, co – jak można sądzić – odzwierciedla inny składnik ludzkiej natury, skądinąd również ściśle powiązany z predyspozycjami do korzystnego uczestnictwa w relacjach wymiany, jakim jest poczucie własnej godności) (zob. R. Wright, *Moralne zwierzę. Dlaczego jesteśmy tacy, a nie inni: psychologia ewolucyjna a życie codzienne* [tyt. oryg. *The Moral Animal. Evolutionary Psychology and Everyday Life*], tłum. H. Jankowska, Warszawa 2004 [wyd. oryg. New York 1994], s. 222).

¹⁷⁸ E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 311.

¹⁷⁹ Definiowana przez psychologów społecznych jako oczekiwanie, że pomoc innym zwiększy prawdopodobieństwo uzyskania od nich pomocy w przyszłości (zob. R.M. Akert, E. Aronson, T.D. Wilson, *Social Psychology. The Heart and the Mind*, Boston 2010, s. 325).

¹⁸⁰ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 22.

¹⁸¹ B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj i zbrodnia w społeczności dzikich* [tyt. oryg. *Crime and Custom in Savage Society*], tłum. J. Chałasiński, A. Waligórski, Warszawa 1984 [wyd. oryg. London 1926], s. 37.

Rozwój stosunków gospodarczych prowadził w kierunku, w którym osiągnięcie darwinowskiego sukcesu wymagało współdziałania pomiędzy jednostkami coraz bardziej odległymi biologicznie. Początkowo służyć temu mógł coraz bardziej rozbudowywany system pokrewieństwa, jednak wraz z postępami w rozwoju złożoności społecznej ostatecznie konieczne okazało się wykroczenie poza solidarność rodową¹⁸². Niewątpliwie nie jest przypadkiem, że w społeczeństwach prymitywnych im mniejsza odległość dzieli jednostki lub grupy i im silniejsze są więzi gospodarcze pomiędzy nimi, tym bardziej prawdopodobne jest koncyliacyjne rozwiązania konfliktu, a wraz z narastaniem odległości i słabnącymi powiązaniami ekonomicznymi wzrasta prawdopodobieństwo agresji indywidualnej lub grupowej¹⁸³. Ludzie pierwotni dzielą świat na dwie wyraźne części – otoczenie zamieszkane przez przyjaciół, których nie można atakować i zabijać oraz dalszy świat zamieszkały przez wrogów, uznawanych za istoty przerażające, a nawet podludzi, i traktowanych niekiedy na równi ze zwierzyną łowną¹⁸⁴. Rozwój relacji mutualistycznych, nieuchronny ze względu na skalę generowanych korzyści, prowadził do stopniowej ekspansji „moralnej troski” poza krąg najbliższych krewnych, poszerzając obszary, w których agresja ustępowała miejsca współpracy. Towarzyszyło temu wykształcanie się adekwatnych wytworów mentalnych, na początkowym etapie takich, jak np. pokrewieństwo fikcyjne¹⁸⁵, które rozwinęły się stopniowo do poziomu ideologii i systemów religijnych obejmujących moralnym obowiązkiem współpracy całą ludzkość.

Trzeba zaznaczyć, że oddziaływanie reguły wzajemności nie ogranicza się do relacji uznawanych współcześnie za cywilnoprawne. Odgrywa ona rolę we wszystkich kategoriach relacji międzyludzkich, w tym w reakcji karnej, w której za bezsporny przejaw oddziaływania negatywnego zasady *do ut des* uważana jest, powszechnie stosowana na pewnych etapach rozwoju prawa karnego, zasada talionu¹⁸⁶. Związek prawa karnego z zasadą

¹⁸² J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 282-283. Przeciwwstawienie sobie grup rodowych, wynikające z logiki doboru łącznego, nigdy nie mogło przy tym być całkowite ze względu na uwarunkowaną biologicznie egzogamię rodową, znajdującą swoje odzwierciedlenie w takich zjawiskach, jak awersja do kazirodztwa i jego tabu (zob. ibidem, s. 22).

¹⁸³ Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 178-180.

¹⁸⁴ E.O. Wilson, *O naturze ludzkiej* [tyt. oryg. *On Human Nature*], tłum. B. Szacka, Warszawa 1988 [wyd. oryg. Cambridge 1978], s. 146-147.

¹⁸⁵ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 22.

¹⁸⁶ *Ius talionis* często określa się jako zasadę odwetu lub po prostu odwet (zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 49). Ponieważ za słuszne uznać należy stanowisko J. Makarewicza, że każda kara sama w sobie jest formą odwetu za antyspołeczne zachowanie, a element retrybucyjny należy do jej istoty, pojęcie karnoprawnego odwetu używane jest w rozprawie w szerokim znaczeniu na określenie każdej reakcji karnej, czyli potępiającej odpłaty za zawinione wyrządzenie zła. Z tego względu zrezygnowano w niej z posługiwania się określeniami „zasada odwetu” i „odwet” jako synonimami „zasady talionu” (z perspektywy stanowiska reprezentowanego w rozprawie bardziej trafna jako polski odpowiednik słowa *talio* byłaby nazwa „odwet tożsamościowy”).

wzajemności jest jednak bez wątpienia znacznie głębszy, można wręcz powiedzieć, że reakcja karna jako taka stanowi jeden z podstawowych mechanizmów ochrony tej zasady, a jednocześnie przejaw jej realizacji poprzez odwzajemnienie negatywne wobec sprawcy, który wyrządził innej jednostce lub grupie najszerzej rozumianą szkodę¹⁸⁷. Wystarczy tu wskazać choćby na stopniowanie surowości kar w zależności od wagi popełnionego przestępstwa, co bez wątpienia odzwierciedla fundamentalne intuicje dotyczące sprawiedliwości korektywnej. Dodać trzeba, że to właśnie w odniesieniu do tej odmiany sprawiedliwości intuicje ludzkie wykazują największą homogeniczność, co silnie przemawia za ich wrodzonym charakterem¹⁸⁸.

3. Ewolucyjne wyjaśnienie ludzkich wytworów behawioralnych i mentalnych

3.1. Uwagi wstępne

Istnieją cztery główne obszary badawcze, których przedmiotem jest wgląd w ludzkie zachowania przy wykorzystaniu wyjaśnień dostarczanych przez teorię doboru naturalnego oraz teorie środkowego poziomu: socjobiologia, ekologia behawioralna, psychologia ewolucyjna oraz teoria genetyczno-kulturowej ewolucji¹⁸⁹. Dziedziny te nie są wzajemnie w pełni spójne, co ma swoje podłoże w tym, że socjobiologia i ekologia behawioralna pomijają rolę wytworów mentalnych, zakładając, że selekcja drogą doboru naturalnego dotyczy bezpośrednio zachowań. Z tego powodu wykazują one mniejszą przydatność, jeżeli chodzi o ewolucyjne wyjaśnienie zjawisk kulturowych, w tym prawa, i zostaną tu pominięte. Szczególne walory eksplanacyjne na tym obszarze mają natomiast psychologia ewolucyjna i teoria genowo-kulturowej koewolucji, nazywana także teorią podwójnego dziedziczenia (*dual-inheritance theory*). Obie te perspektywy są wzajemnie komplementarne: psychologia ewolucyjna koncentruje się na biologicznie ukształtowanej w *EEA* naturze funkcji psychicznych człowieka, która w skali dziejów ludzkości ma statyczny charakter¹⁹⁰,

¹⁸⁷ Odwzajemnienie negatywne (odwet, zemsta), a także zadośćuczynienie za doznane zło należą do uniwersaliów kulturowych (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 619-621).

¹⁸⁸ Zob. np. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 139-142; E. Kostuj-Tokarczyk, *Funkcjonowanie norm jako element kontroli zachowania jednostki*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1986, t. 17, s. 139 oraz P.H. Robinson, R. Kurzban, O.D. Jones, *The Origins of Shared Intuitions of Justice*, *Vanderbilt Law Review*, November 2007, Vol. 60, No. 6, s. 1639 (publikacja dostępna online pod adresem: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952726 [data dostępu: 15 września 2019 r.]).

¹⁸⁹ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 50.

¹⁹⁰ Konsekwencją jest zjawisko tzw. opóźnienia adaptacyjnego („obciążenia przeszłością”), polegające na tym, że mechanizmy psychiczne ukształtowane jako odpowiedź na typowe problemy adaptacyjne w środowisku

natomiast teoria koewolucji uzupełnia ten wgląd o dynamikę wynikającą ze współdziałania czynników wrodzonych i ewoluujących równolegle zjawisk kulturowych. Pełne wyjaśnienie ewolucyjnego tła zjawisk prawnych wymaga uwzględnienia obu perspektyw.

3.2. Psychologia ewolucyjna

Zgodnie z założeniami psychologii ewolucyjnej ludzki umysł składa się z wbudowanych mechanizmów psychicznych, przynajmniej częściowo o charakterze modułowym¹⁹¹, które – analogicznie jak inne cechy fenotypiczne, np. budowa anatomiczna czy też czynności fizjologiczne – stanowią biologiczne przystosowania w zakresie struktur nerwowych i ich czynności, ukształtowane w drodze doboru naturalnego zachodzącego w środowiskach ancestralnych i zwiększające szanse sukcesu reprodukcyjnego w warunkach tam istniejących¹⁹². Zaliczając do reguł epigenetycznych¹⁹³ dziedziczne uwarunkowania procesów mentalnych, psychologia ewolucyjna przeciwstawia się tym samym SSSM, zgodnie z którym ludzki umysł w chwili narodzin stanowi „czystą kartę” – pozbawioną jakichkolwiek biologicznych ukierunkowań neutralną predyspozycję do wytwarzania, odbioru i transmisji dowolnych treści kulturowych, w równym stopniu podatną na dowolne wpływy kulturowe. SSSM uznaje, że osobowość człowieka jest wyłącznym produktem kultury ukształtowanym w procesach socjalizacji i uczenia się. Ostateczną przyczyną postaw i zachowań człowieka jest więc wyłącznie jego otoczenie kulturowe, w związku z czym ich wyjaśnienie nie wymaga uwzględnienia przedkulturowych, biologicznych dyspozycji umysłu ludzkiego (natury ludzkiej)¹⁹⁴.

Psychologia ewolucyjna nie wyklucza, co oczywiste, wpływu czynników pozagenetycznych na zachowania człowieka, dowodzi jedynie, że niektóre z psychicznych właściwości ludzkich stanowią dziedziczne adaptacje biologiczne, w których rozwoju kluczową rolę odgrywają geny. Zachowanie człowieka jest wynikiem niezwykle złożonej

ancestralnym i w nim adaptatywne, funkcjonując w niezmienionej istotnie postaci w dynamicznie zmieniającym się w wyniku działalności ludzkiej środowisku, skutkują niedopasowaniem adaptatywnym w nowych warunkach.

¹⁹¹ Oznacza to, że istnieją odrębne mechanizmy służące rozwiązywaniu poszczególnych problemów adaptatywnych.

¹⁹² Zob. np. L. Cosmides, J. Tooby, *Cognitive...*, op. cit., s. 163-228; W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 50-59.

¹⁹³ Teoria epigenezy przyjmuje, że dorosła postać organizmu kształtowana jest w trakcie rozwoju jednokomórkowej zygoty pod wpływem interakcji genów ze środowiskiem. Przeciwna jej teoria preformacji głosi, że forma dorosła jest w pełni zaprogramowana już w zygocie (zob. R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 335 i 342).

¹⁹⁴ T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 19.

interakcji czynników genetycznych i pozagenetycznych (*nature-nurture*), teoria ta nie implikuje więc genetycznego determinizmu i nie ma charakteru redukcjonistycznego.

Charakterystyczna dla człowieka zdolność abstrakcyjnego rozumowania wykształciła się na bardziej pierwotnym ewolucyjnie podłożu spontanicznych i pozaświadomych czynności układu nerwowego, które składają się na procesy postrzegania i rozpoznawania bodźców, ich zapamiętywania, kategoryzacji oraz uruchamiania przyporządkowanych im fizjologicznych, somatycznych i behawioralnych reakcji organizmu¹⁹⁵. Powstające w wyniku działania doboru naturalnego adaptacje nigdy nie są tworami całkowicie nowymi, lecz rozwinięciem lub przekształceniem starych struktur¹⁹⁶. Także mózg ludzki złożony jest z elementów o zróżnicowanej genezie ewolucyjnej i adaptacyjnej: jego ewolucyjnie starsze struktury nie zostały wyeliminowane, lecz włączone w ramy bardziej złożonych procesów psychicznych, których istnienie i przebieg w znacznym stopniu warunkują¹⁹⁷. Całość procesów przetwarzania informacji prowadzących do podjęcia określonych decyzji współkształtowana jest więc zarówno przez nowsze ewolucyjnie obszary mózgu odpowiedzialne za świadome rozumowanie, jak i operacje realizowane przez jego starsze ewolucyjnie struktury¹⁹⁸. Szczególne znaczenie mają tu procesy afektywne, oparte na mechanizmach „przyciągania-odpychania” oraz „walki-ucieczki”¹⁹⁹, które mają określony ładunek – dodatni lub ujemny²⁰⁰. Emocje²⁰¹ są istotnym składnikiem procesów decyzyjnych, pozwalającym na szybką eliminację części spośród możliwych wariantów

¹⁹⁵ T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 88-89.

¹⁹⁶ F. Jacob, *Gra możliwości. Esej o różnorodności życia* [tyt. oryg. *Le Jeu des possibles: Essai sur la diversité du vivant*], tłum. M. Kunicki-Goldfinger Warszawa 1987 [wyd. oryg. Paris 1981], s. 59. Ewolucja przystosowań zawsze odbywa się na drodze niewielkich, zachodzących krok po kroku, zmian w istniejących już wcześniej strukturach, ponieważ stadia pośrednie prowadzące do w pełni nowego rozwiązania optymalnego byłyby zbyt upośledzone, by przetrwać mechanizm selekcyjny. Z tego powodu adaptacje są „zlepkiem prowizorycznych rozwiązań” (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 139; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 61).

¹⁹⁷ Zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 103-107.

¹⁹⁸ Ibidem, s. 138.

¹⁹⁹ J. LeDoux, *Mózg emocjonalny. Tajemnicze podstawy życia emocjonalnego* [tyt. oryg. *The Emotional Brain. The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*], tłum. A. Jankowski, Poznań 2000 [wyd. oryg. New York 1996], s. 120 i nast. Z perspektywy współczesnej wiedzy co do zasady trzeba przyznać rację L. Petrażyckiemu, który uważał, że to właśnie emocje stanowiły ewolucyjnie pierwotną podstawę rozwoju psychiki, natomiast przeżycia poznawcze i uczuciowe oraz przeżycia woli są dalszymi wytworami ewolucji i zróżnicowania emocji (zob. L. Petrażycki, *Wstęp do nauki prawa i moralności. Podstawy psychologii emocjonalnej*, Warszawa 1959, s. 403).

²⁰⁰ Zob. B. Weiner, *Emocje moralne, sprawiedliwość i motywacje społeczne* [tyt. oryg. *Social Motivation, Justice and The Moral Emotions*], tłum. Z. Mijkowska, Sopot 2012 [wyd. oryg. New Jersey 2006], s. 109.

²⁰¹ Psychologia nie wypracowała jednej, powszechnie akceptowanej definicji emocji. Nie wdając się w wykraczające poza przedmiot rozprawy, szczegółowe rozważania na ten temat można przyjąć, że emocja jest epizodem „w którym wszystkie modalności funkcjonowania organizmu są zsynchronizowane celem poradzenia sobie z jakimś istotnym zdarzeniem” (zob. A. Kleszczewska-Albińska, R. Albiński, *Wstyd i poczucie winy w teorii i badaniach*, „Psychologia Jakości Życia” 2009, t. 8, z. 1, s. 84).

działania, w sytuacji niemożności dokładnego rozważenia wszystkich możliwości i wszelkich ich potencjalnych konsekwencji, co pozwala skoncentrować się tylko na niektórych z nich²⁰².

Współczesna psychologia moralności oraz neuronauki dostarczają dowodów, że procesy afektywne stanowią również podłoże przeżyć i zachowań moralnych, a także wszelkich reguł społecznych. Ukształtowanie się rozwiniętych przeżyć o charakterze normatywnym wymaga współdziałania operacji świadomego, krytycznego rozumowania, jednakże ich emocjonalno-intuicyjny fundament stanowią doznania takich emocji, jak strach, instynkt odwetu, gniew, wdzięczność, poczucie winy, empatia, podziw czy wstręt. W podejmowaniu decyzji moralnych współdziałają również bardzo stare ewolucyjnie obszary mózgu, co pokazuje neuroobrazowanie²⁰³ oraz przypadki osób, u których uszkodzenie określonych obszarów mózgu spowodowało zmiany w zachowaniach moralnych²⁰⁴. Neuronauka potwierdza hipotezę, że ludzka moralność jest ewolucyjnie zakorzeniona w charakterystycznych dla ssaków tendencjach prospołecznych²⁰⁵.

Rudymentalne formy przeżyć i zachowań protomoralnych występują już u najbardziej rozwiniętych pod względem funkcji umysłowych hominidów²⁰⁶. Na wrodzony, a nie społecznie wyuczony, charakter tych przeżyć u ludzi wskazuje ich uniwersalność²⁰⁷,

²⁰² Oprócz funkcji sygnalizacyjnej i motywacyjno-aktywacyjnej, emocje pełnią więc również funkcję „wyszukiwania” (zob. np. D. Evans, *The Search Hypothesis of Emotions*, [w:] *Evolution, Rationality and Emotion*, ed. by D. Evans, P. Cruse, Oxford 2004, s. 179-191).

²⁰³ Zob. J. Greene, J. Haidt, *How (and Where) Does Moral Judgement Work?*, „Trend in Cognitive Sciences” 2002, Vol. 16, No. 12, s. 517-523; F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 1-82; T. Pietrzykowski, *The Roots of Normativity. From Neuroscience to Legal Theory*, [w:] *Studies in the Philosophy of Law. Legal Philosophy and Challenges of Biosciences*, ed. by J. Stelmach, M. Soniewicka, Kraków 2010, s. 97-123.

²⁰⁴ Można przytoczyć tu znany przykład XIX-wiecznego amerykańskiego robotnika Phineasa Gage’a (zob. H. Damasio, T. Grabowski, R. Frank, A.M. Galaburda, A.R. Damasio, *The Return of Phineas Gage: Clues About the Brain from the Skull of a Famous Patient*, „Science” 1994, Vol. 265, s. 1102-1105; A.R. Damasio, *Błąd Kartezjusza. Emocje, rozum i ludzki mózg* [tyt. oryg. *Descartes’ Error. Emotion, Reason and the Human Brain*], tłum. M. Karpiński, Poznań 2019 [wyd. oryg. New York 1994], s. 21-51; K. Jodzio, *Neuropsychologia intencjonalnego działania*, Warszawa 2008, s. 149).

²⁰⁵ F. B. M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 81-82.

²⁰⁶ Zob. T. Pietrzykowski, *The Roots...*, op. cit., s. 102-103. De Waal odwołując się do wyników badań wskazujących na występowanie u kapucynek reakcji negatywnych – zarówno pasywnych (np. ignorowanie nagrody niższej wartości, np. kawałka ogórka), jak i aktywnych (agresja w kierunku przedmiotu nagrody) – gdy inna małpa otrzymywała za wykonanie tego samego zadania nagrodę wyższej wartości (winogrono), przyjął, że mogą one posiadać niepełne, egocentryczne (awersja dotyczy wyłącznie nierówności niekorzystnej) poczucie sprawiedliwości (F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 70-74; idem, *Małpa w każdym z nas* [tyt. oryg. *Our Inner Ape*], tłum. K. Kornas, Kraków 2017 [wyd. oryg. London 2005], s. 290-293.). Podobne wyniki osiągnięto w badaniach z udziałem szympanów (zob. T. Zaleskiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 339-340; zob. także S. Brosnan, *Nonhuman Species’ Reactions to Iniquity and their Implications for Fairness*, „Social Justice Research” 2006, Vol. 19, No. 2, s. 153-185).

²⁰⁷ Uniwersalium kulturowym są uczucia moralne same w sobie, a ponadto np. sprawiedliwość (równość), odwzajemnienie, zarówno pozytywne jak i negatywne, rozróżnianie dobra i zła oraz dobrych i złych uczynków, zadośćuczynienie za wyrządzone zło (S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 619-621; zob. także J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 10-12). Świadomość, że „ludzkość stanowi zwartą wspólnotę tych samych zalet i wad”, obejmującą również uczucia moralne, istniała już w starożytności (zob. Cyceon, *O prawach* [tyt. oryg. *De legibus*], tłum. I. Żółtowska, Kęty 2016, s. 109-110).

a także znaczna interpersonalna homogeniczność ludzkich intuicji sprawiedliwościowych, fakt wykształcania się ich na bardzo wczesnym etapie rozwoju dziecka²⁰⁸ oraz silne ugruntowanie przejawiające się intuicyjnym i „szybkim” dostępem do podstawowych norm sprawiedliwościowych bez potrzeby intensywnego uczenia²⁰⁹.

Wykształcone u człowieka zjawisko moralności nie jest więc wynikiem zwycięstwa rozumu nad okrutnym procesem ewolucji²¹⁰, ale wprost przeciwnie – stanowi ono naturalne rozwinięcie wykształconych w jej toku predyspozycji emocjonalno-poznawczych do empatii, altruizmu krewniaczego i wzajemnego, kooperacji, wykrywania i karania oszustów itp.²¹¹ Już u schyłku XIX wieku J. Dewey podważył trafność przedstawionej przez T. Huxleya wizji, opartej na przeciwstawieniu dwóch stanów: naturalnego z „czerwonymi od krwi kłami i pazurami” oraz etycznego, opisywanego metaforą ogrodnika, który z trudem plewi chwasty, by trzymać naturę w ryzach. Dewey dostrzegł, że proces etyczny nie jest nieustannym podważaniem procesu kosmicznego, ale niczym innym jak tylko dalszym ciągiem „walki o byt”, który polega na tym, że człowiek „wykorzystuje jedną część stanu natury celem kontrolowania innej części”²¹². Dzięki kulturze człowiek przestaje być istotą biernie przystosowującą się do środowiska przyrodniczego, lecz tworzy własne środowisko społeczne, z którego może czerpać większe i bardziej długotrwałe korzyści, ale do którego również musi się dostosować. W warunkach presji selekcyjnej ze strony tego środowiska „niedostosowany” oznacza „antyspołeczny”²¹³.

Błędny byłby jednak wniosek, że biologicznie ukształtowana w drodze doboru naturalnego natura ludzka przedstawia się jako prawdziwie moralna z perspektywy powszechnie akceptowanych współcześnie norm i postaw. Kłóciłby się on z codzienną

²⁰⁸ Liczne badania pokazują, że trzy-, czteroletnie dzieci, niezależnie od różnic środowiskowych, rozumieją różnicę między moralnymi a konwencjonalnymi wykroczeniami i potrafią dokonać kwantyfikacji wagi wykroczeń, choć nie są w stanie uzasadnić swoich reakcji i sądów, a na zachowania istotne moralnie reagują po prostu silnymi emocjami (zob. J. Prinz, *The emotional basis of moral judgements*, „Philosophical Explorations” 2006, No. 1, s. 36-27; cyt. za: M. Kowalewska-Lukuć, *Wina...*, op. cit., s. 112-113).

²⁰⁹ W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 142.

²¹⁰ T.H. Huxley, *Evolution and ethics*, [w:] *Evolution and ethics and other essays*, T.H. Huxley, New York 1896, s. 49-52 i 83.

²¹¹ R. Dawkins uważa, że oszustwo (rozumiane w sposób zobiektywizowany jako wprowadzenie w błąd w oderwaniu od intencjonalności możliwej dopiero po wykształceniu się wyższych funkcji mózgu) prawdopodobnie jest wpisane w istotę wszelkiej komunikacji od samego jej początku, to jest od momentu kiedy organizmy zaczęły wzajemnie wpływać na swoje zachowania i stany układu nerwowego. Przyczyną jest immanentny konflikt interesów z innymi osobnikami, zarówno tego samego, jak i innych gatunków. Ponieważ stanowią one szczególnie niebezpieczny, bo aktywny i zdolny do odwetu, składnik środowiska, szansę sukcesu zwiększa skuteczna manipulacja nimi (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 127-140).

²¹² Jak to wcześniej wspomniano, sam K. Darwin uważał, że jego teoria może wyjaśnić genezę moralności i nie dostrzegał konfliktu pomiędzy „szorstkością” procesów ewolucyjnych a łagodnością niektórych ich tworów”. Podobne myśli wypowiadał E. Westermarck (zob. F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 36-44).

²¹³ J. Dewey, *Evolution...*, op. cit., s. 36-39.

obserwacją oraz niezliczonymi historycznymi przykładami zachowań egoistycznych, złośliwych, agresywnych i okrutnych. Przede wszystkim jednak wniosek taki nie miałby oparcia w samej teorii ewolucji. Po pierwsze, dobór łączny zawiera w sobie mechanizm zawężający altruistyczne skłonności człowieka do jednostek rozpoznawanych – niekiedy błędnie – jako bliskie mu genetycznie. Jego konsekwencją jest skłonność do nepotyzmu, rasizmu, ksenofobii, etnocentryzmu i nacjonalizmu, a także zjawisko wojny jako nieodłącznie towarzyszącej ludzkości formy międzygrupowej agresji²¹⁴. Przyjaźń wewnątrz grupy i agresja międzygrupowa są dwoma przejawami jednego i tego samego zjawiska²¹⁵. Systemy moralne są w swej genezie stronnicze w skłonności do faworyzowania własnej grupy, ponieważ moralność wyewoluowała jako spoiwo wewnątrzgrupowe, a dopiero niedawno zaczęła obejmować członków innych grup, całą ludzkość, w końcu zaś także zwierzęta²¹⁶. Ma ona przy tym charakter warunkowy, aktualizuje się bowiem dopiero wtedy, gdy zabezpieczone są podstawowe potrzeby własne i najbliższych krewnych. F. de Waal dla zobrazowania sposobu w jaki moralność obejmuje coraz to szersze kręgi podmiotów, posłużył się metaforą pływającej w wodzie piramidy, na której szczycie znajduje się jednostka i jej najbliższa rodzina, a poniżej kolejne, coraz odleglejsze pod względem genetycznym, kręgi moralnej troski. „Pływalność” piramidy, zależna od dostępnych zasobów, decyduje, jaka jej część wyłoni się z wody²¹⁷.

²¹⁴ Zob. E.O. Wilson, *O naturze...*, op. cit., s. 146-147. D. Brown do uniwersaliów kulturowych zaliczył m.in. etnocentryzm, faworyzowanie własnych dzieci i bliskich krewnych, czy faworyzowanie własnej grupy (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 617). Tego rodzaju zachowania nie są zresztą wyłącznie ludzką właściwością, wykazuje je szereg innych gatunków, w tym zwłaszcza małpy człekokształtne (zob. np. R. Wrangham, D. Peterson, *Demonic samce. Małpy człekokształtne i źródła ludzkiej przemocy* [tyt. oryg. *Demonic Males. Apes and the Origins of Human Violence*], tłum. M. Auriga, Warszawa 1999 [wyd. oryg. New York 1996], passim). Siłę tych skłonności pokazują badania psychologa G. Tamarina przeprowadzone współcześnie na grupie izraelskich uczniów. Splądrowanie miasta i wymordowanie jego mieszkańców, w tym kobiet, starców i dzieci, zostało uznane za słuszne przez zdecydowaną większość badanych (66%), gdy byli oni świadomi, że przedstawiony im opis pochodzi z księgi Jozuego i odnosi się do zniszczenia Jerycha przez Izraelitów działających z „woli Pana”. Natomiast w grupie kontrolnej, której zaprezentowano tę samą opowieść ze zmienionym kontekstem historycznym (Jozuego zastąpiono „generałem Li”, a Izrael „cesarstwem chińskim sprzed trzech tysięcy lat”), 75% badanych uznało to samo zachowanie za moralnie naganne (zob. R. Dawkins, *Bóg urojony* [tyt. oryg. *The God Delusion*], tłum. P.J. Szwajcer, Warszawa 2007 [wyd. oryg. London 2006], s. 347-349). Ograniczony zakres faktyczny uczuć moralnych należy, obok uczuć tych samych w sobie, do uniwersaliów kulturowych (S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 621). Nie może więc być zaskoczeniem, że rudymenarne postacie prawa karnego w społecznościach pierwotnych obejmowały, jak się powszechnie przyjmuje, w istocie rzeczy dwa odrębne porządki reakcji: wewnątrzrodowy, w którym najprawdopodobniej funkcjonowały mechanizmy ograniczające jej natężenie, oraz skierowany na zewnątrz rodu, w którym podstawową zasadą była zemsta krwawa (zob. B. Sygit, *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007, s. 46-49 i 344 oraz literatura tam powołana).

²¹⁵ Zob. R. Alexander, *Darwinism and Human Affairs*, Washington 1979; a także T.E. Kuczma, *Genetyczne ujęcie przestępstwa*, Poznań 1939, s. 185.

²¹⁶ F.B.M. de Waal, *Odpowiedź na komentarze. Wieża moralności*, [w:] *Małpy...*, red. S. Macedo, J. Ober, op. cit., s. 196-197.

²¹⁷ F.B.M. de Waal, *Odpowiedź...*, op. cit., s. 196-197.

Po drugie, jak to już zasygnalizowano, jedną z wrodzonych cech człowieka jest skłonność do agresji przybierającej postać zarówno działania indywidualnego, jak i społecznego. Ludzka przemoc ma charakter reaktywny i instrumentalny, nie zaś spontaniczny i destrukcyjny, i stanowi adaptację odpowiadającą na potrzeby związane z przetrwaniem i reprodukcją (wliczając w to ochronę posiadanych przedmiotów, rywalizację o status itp.) w warunkach istniejących w środowiskach ancestralnych²¹⁸. Jak wynika z badań L. Keeley'a oraz S. LeBlanca'a i K. Register, krwawe wojny, które mogły wyewoluować z grupowych polowań i występują także wśród szympanów²¹⁹, stanowiły nieodłączny element życia społeczności prymitywnych²²⁰. Wysoki poziom na wczesnych etapach rozwoju społecznego wykazuje również przemoc wewnątrzgrupowa²²¹. De Waal obrazowo oddał złożoną naturę człowieka nazywając go „małą dwubiegunową” (*bipolar ape*) – istotą o skłonnościach społecznych, ale również aspołecznych, której natura stanowi swoistą kombinację cech pokojowo usposobionych bonobo i z natury agresywnych szympanów, przy czym skala zachowań człowieka wykracza poza granice predyspozycji obu tych małp i na obu biegunach potrafi osiągnąć poziom niespotykany u żadnej z nich²²².

Po trzecie, oparte głównie na przeżyciach afektywnych, rudymantarne poczucie sprawiedliwości, stanowiące składnik adaptacyjnego wyposażenia biologicznego człowieka ma charakter egocentryczny i wynika z zachłanności ograniczonej przewidywaniem zachowań innych osób²²³, sprzężonej z wiązką emocji takich jak zazdrość, instynkt odwetu, wdzięczność i poczucie winy²²⁴. Egocentryczne podłoże przeżyć moralnych stanowi integralny składnik ludzkiej natury, a do jego przejawów należy ograniczona skala dzielenia się we wspólnotach ludzkich i znacznie bardziej rozpowszechniony etos odwzajemniania się, zjawisko próżniactwa społecznego oraz uchylania się od osobistego wkładu w dobro

²¹⁸ Do kulturowych uniwersaliów należy, według D. Browna, m.in. konflikt, gwałt, zemsta, zazdrość, dominacja oraz zbiorowa męska przemoc (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 92).

²¹⁹ S.A. LeBlanc, K.E. Register, *Constant Battles: The Myth of the Noble Savage*, New York 2003, s. 90; R. Wrangham, D. Peterson, *Demoniczne...*, op. cit., s. 87-89.

²²⁰ L.H. Keeley, *War Before Civilisation*, Oxford 1996; S.A. LeBlanc, K.E. Register, *Constant...*, op. cit., passim.

²²¹ L.H. Keeley, *War...*, op. cit., s. 29.

²²² Zob. F. B. M. De Waal, *Małpa...*, op. cit., s. 303-334.

²²³ Dobór naturalny mógł faworyzować zdolność ograniczenia zachłanności w związku antycypacją negatywnych reakcji innych osobników na nadmierną agresywność w dążeniu do zdobycia pożądanych dóbr, która w ostatecznym rozrachunku mogła zmniejszać szansę ich uzyskania (zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 142).

²²⁴ W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 141.

publiczne²²⁵, powszechność mechanizmów obronnych i korzystnych dla „Ja” zniekształceń poznawczych itp²²⁶.

W końcu, bezpodstawne byłoby wywodzenie z faktu istnienia biologicznie ukształtowanej, afektywnej podstawy przeżyć moralnych ich etycznej słuszności²²⁷. Na swym podstawowym poziomie stanowią one bowiem w dużym stopniu jedynie swoistą „procedurę”, która – co prawda – jest jednolita pod względem istoty operacji umysłowych (programów afektywnych) typu „jeżeli-to”, ale może być wypełniona zróżnicowanym „wkładem” treści kulturowych²²⁸, nie wyłączając krwawych ofiar z ludzi, powszechnie występujących na przestrzeni dziejów i w każdym zakątku świata okrutnych form karania, których „moralną słuszność” uchyliły dopiero humanitarne idee Oświecenia²²⁹, rasizmu i antysemityzmu ustaw norymberskich, czy w końcu występujących także i dzisiaj usprawiedliwień, a nawet afirmacji, aktów przemocy i zabójstw w relacjach międzygrupowych, zwłaszcza podczas konfliktów zbrojnych²³⁰. Podobną elastyczność wykazuje sama idea sprawiedliwości, w której stała jest jedynie podstawa nakazująca jednakowo traktować podobne przypadki, jednakże już kryterium podobieństwa wykazuje daleko idącą zmienność w czasie i przestrzeni²³¹.

²²⁵ J. Makarewicz słusznie uznał za zdumiewające twierdzenia R. Stammlera, który wykluczał możliwość „walki o byt rozgrywającej się wewnątrz organizmu prawnego, wśród członków wspólnoty” (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 267). Współcześnie wiadomo, że „walka o byt” toczy się nawet pomiędzy różnymi strukturami składającymi się na jeden organizm w znaczeniu przyrodniczym (zob. R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 205-229 i 281-282).

²²⁶ S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 415-416.

²²⁷ A. Elżanowski nazywa to podejście błędem moralistycznym (zob. A. Elżanowski, *Etyczne konsekwencje ewolucji*, „Kosmos” 2009, z. 3-4, s. 590-591; idem, *Prawdziwie...*, op. cit., s. 48-49).

²²⁸ Choć np. ludzie z mikronezyjskiego plemienia Ifaluku nie odróżniają się od przedstawicieli społeczeństw naszego kręgu kulturowego i doświadczają silnych, nieprzyjemnych uczuć motywujących do ukarania osób, które je wywołały, jednak ich kultura decyduje, że emocje te wywołują zupełnie inne sytuacje (kobieta pracująca w polu podczas menstruacji, mężczyzna wchodzący do domu, w którym odbywa się poród itp.). Wyposażeniem wspólnym dla wszystkich ludzi jest przede wszystkim sam program uruchamiający afektywną reakcję o znaku ujemnym na wszystko to, co w danej kulturze uważane jest za zagrożenie dla interesów grupy bądź jednostki lub uwłacza jej godności (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 65).

²²⁹ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 51; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 22.

²³⁰ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 301-304. Jako znamienny przykład warto przytoczyć, przywołaną również przez J. Makarewicza, relację Darwina o Aborygenie z Australii Zachodniej, którego żona umarła „z choroby”, wobec czego odczuwał on powinność by „udać się do jednego z oddalonych plemion i tam zamordować którąkolwiek kobietę dla uczynienia zadość obowiązkom, które zaciągnął względem zmarłej żony”. Zagrożony karą na wypadek realizacji swoich planów mężczyzna ten na jakiś czas z nich zrezygnował, prześladował go jednak „duch żony”, który „męczył go za to, że dla powetowania jej śmierci nie zgładził dotąd z tego świata żadnej innej kobiety”. Dyskomfort z tym związany był tak silny, że po jakimś czasie Aborygen zniknął, a kiedy wrócił po roku był „zmieniony do niepoznanienia, zdrowy i wesoły”. Z informacji przekazanych przez jego drugą żonę wynikało, że faktycznie dopuścił się on morderstwa „jakiejś kobiety z oddalonych plemion” (zob. K. Darwin, *O pochodzeniu człowieka* [tyt. oryg. *The Descent of Man, and Selection in Relation to Sex*], tłum. M. Ilecki, Warszawa 1929 [wyd. oryg. London 1871], s. 143-144).

²³¹ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 217-218.

Nie wyklucza to jednak biologicznego podłoża niektórych zasad etycznych. Bardzo dobrze jest to udokumentowane np. dla tabu kazirodztwa, które stanowi normatywne wsparcie dla ukształtowanej w drodze doboru naturalnego reguły epigenetycznej odpowiadającej za awersję do nawiązywania kontaktów seksualnych z osobami blisko związanymi we wczesnym okresie życia (tzw. efekt Westermarcka)²³². W każdej kulturze występują normy wspierające mechanizm „kontrolowania wkładu” w relacje mutualistyczne oraz powstrzymywania „oszustw”²³³. Do uniwersaliów kulturowych należą też takie kategorie, jak np. morderstwo jako czyn zakazany, gwałt jako czyn zakazany czy zakaz używania niektórych form przemocy²³⁴. Natura człowieka – „małpy dwubiegunowej” – nie jest jednak jednostronna i składają się na nią także przeciwstawne instynkty. Złożoność tę odzwierciedla także moralność, której normy często zależą od kontekstu sytuacyjnego: zakaz popełniania takich czynów jak zgwałcenie czy zabójstwo może obowiązywać wewnątrz grupy, a popełnione wobec obcych mogą one być moralnie czy prawnie indyferentne, a nawet wartościowane pozytywnie, jako prestiżowe albo związane z realizacją nakazów religijnych²³⁵. Również wewnątrz „kręgu moralnej troski” zachowania jednostek są wynikiem gry pomiędzy kooperatywnymi a antyspołecznymi instynktami, a to która z przeciwstawnych sobie sił przeważy i znajdzie odzwierciedlenie w podjętym zachowaniu jest wypadkową oddziaływania różnych czynników. Rozumiał to doskonale J. Makarewicz konstatując, że do popełnienia przestępstwa dochodzi, gdy oddziaływanie niskich instynktów, w większym lub mniejszym stopniu występujących u każdego człowieka i niemożliwych do całkowitego wykorzenienia, takich jak żądza zysku, mściwość, próżność itp., nie zostaje – z różnych przyczyn – zniwelowane działaniem szlachetnych pobudek lub obawą przed karą²³⁶. Polemizując z koncepcjami C. Lombroso²³⁷ i wyprzedzając, jak w wielu innych kwestiach, swoją epokę, lwowski uczony odrzucał przy tym tezę o pełnym zdeterminowaniu człowieka przez tkwiące w nim instynkty i przyjmował, że możliwe jest skuteczne

²³² E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 216-225; zob. także A. Elżanowski, *Prawdziwie...*, op. cit., s. 48.

²³³ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 266-267.

²³⁴ S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 617-619.

²³⁵ Jako obowiązek religijny w społeczeństwach pierwotnych często traktowane było zabójstwo członka obcego plemienia (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 301).

²³⁶ J. Makarewicz, *Zbrodnia i kara*, Lwów 1922, s. 62.

²³⁷ Zarzucając koncepcji C. Lombroso jednostronność i pomijanie złożoności zjawiska przestępstwa, J. Makarewicz nie odrzucił jej jednak w całości, uznając zawarte w niej spostrzeżenia za przydatne w realizacji polityki socjalnej i kryminalnej (zob. J. Makarewicz, *Klasycyzm i pozytywizm w nauce prawa karnego*, PPA 1896, t. 21, s. 849-850).

wzmacnianie tego, co w nim szlachetne²³⁸. Za jedno z narzędzi do realizacji tego celu uważał prawo karne.

Jak się wydaje, uchwytne na przestrzeni dziejów zmiany kulturowych rozwinięć reguł epigenetycznych wykształconych w środowiskach ancestralnych są konsekwencją tego, że ludzka moralność ewoluuje w złożonym procesie, który w dużej mierze oderwał się już od podłoża biologicznego i odbywa na obszarze kultury, przebiegając od rudymentalnych, egocentrycznych zjawisk protomoralnych ku formom coraz bardziej złożonym i dostosowanym do potrzeb narastającej złożoności społecznej. Hipoteza ta nie kłóci się z założeniami psychologii ewolucyjnej, która koncentrując się na wyjaśnieniu procesów psychicznych oraz realizowanych w ich wyniku zachowań z punktu widzenia ich znaczenia dla zwiększenia dostosowania darwinowskiego, nie zakłada wyłącznego wpływu na nie czynnika genetycznego. Zjawiska kulturowo-społeczne, jak to określił E.O. Wilson, przywiązane są do „genetycznej smyczy” (*genetic leash*)²³⁹, z różnych względów jest ona jednak bardzo elastyczna i w żadnym wypadku nie oznacza ścisłego biologicznego zdeterminowania ludzkich zachowań. Geny nie determinują cech fenotypicznych, w tym zachowania, w sposób ostateczny i nieodwracalny, ich wpływ ma bowiem jedynie statystyczny charakter i możliwe jest odwrócenie skutków ich działania przez inne czynniki, w szczególności przez oddziaływanie środowiska²⁴⁰. Przekonująca wydaje się hipoteza R. Dawkinsa, że przyczyną ewoluowania układu nerwowego w kierunku coraz większego jego uniezależnienia od podłoża genetycznego jest presja selekcyjna oddziałująca na współzawodniczące o przetrwanie geny. Z punktu widzenia doboru genowego, organizmy żywe nie są niczym innym jak zaprogramowanymi przez geny „maszynami przetrwania”, przy czym bezpośrednie działanie genów ogranicza się, jak wiadomo, do kierowania syntezą białek. Jest to, co prawda, potężny środek oddziaływania, jednakże nie daje on możliwości bezpośredniej reakcji na zmienność środowiskową, a tym bardziej jej antycypacji. Geny programując plan budowy organizmu, nie mają możliwości bezpośredniego wpływania na przebieg wydarzeń, w których uczestniczy skonstruowana według tego planu „maszyna przetrwania”. Z tego powodu dobór naturalny preferuje te geny, które przyznają wysoki stopień swobody decyzyjnej swoim fenotypowym produktom, zaopatrując je jedynie w najbardziej podstawowe instrukcje, dzięki czemu możliwa jest elastyczna reakcja na zamiany zachodzące w środowisku, a nawet ich uprzedzanie. W konsekwencji wraz

²³⁸ J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 62.

²³⁹ E.O. Wilson, *O naturze...*, op. cit., s. 208.

²⁴⁰ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 49; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 30.

z postępami ewolucji złożoność tych bytów zwiększa się, między innymi poprzez wyposażenie ich w coraz sprawniejsze mechanizmy autonomicznego reagowania na warunki środowiskowe, a także prognozowania jego zmian, co powoduje, że w coraz mniejszym stopniu ich zachowania są prostą i bezpośrednią realizacją instrukcji zaprogramowanych przez geny, a w coraz większym wynikiem „przyznanej” im w tych instrukcjach autonomii decyzyjnej oraz zdolności uczenia się²⁴¹. Zachodzi tu potężne sprzężenie zwrotne, wynikające z faktu, że środowisko, którego zmiany osobnik stara się przewidzieć i kształtować, tworzą w dużej mierze inne istoty żywe. Interakcja z nimi wywiera presję selekcyjną, której wynikiem są adaptacje w budowie i funkcjonowaniu układu nerwowego oraz superwenujących na nich stanach mentalnych i zachowaniach. Coraz większa ich złożoność czyni ich antycypację coraz trudniejszą, stawiając w związku z tym coraz większe wymagania dla uczestniczących w tych interakcjach układów nerwowych. Powoduje to kolejny wzrost ich złożoności, a w jego wyniku dalsze utrudnienie prognozowania przebiegu interakcji, w których uczestniczą. Wykształcenie się świadomości refleksyjnej zdolnej do celowego dostosowywania środowiska do własnych potrzeb można uznać za kulminację trendu ewolucyjnego polegającego na przenoszeniu punktu ciężkości w zakresie wyboru zachowania z uwarunkowań genetycznych na emergentne funkcjonalności wytworzone w procesie ewolucji układu nerwowego²⁴².

Uwolnienie się *Homo sapiens* od determinującego wpływu czynników genetycznych w pierwszej kolejności związane jest z wytworzeniem się wyższych form zdolności umysłowych, w szczególności świadomości refleksyjnej obejmującej również samoświadomość (świadomość introspekcyjną)²⁴³. Doznania świadome nie są właściwością wyłącznie ludzką, ich przejawy są obserwowane u różnych zwierząt, zwłaszcza takich (choć nie tylko), które posiadają bardziej złożony układ nerwowy²⁴⁴. Dopiero jednak dysproporcjonalny rozrost tzw. kory nowej (a zwłaszcza jej obszarów przedczołowych)

²⁴¹ Zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 54-62 oraz 114-123; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 19-20 oraz 112-130. Prekursorem współczesnego sposobu myślenia o wartości przystosowawczej, podkreślającego znaczenie elastyczności w dostosowywaniu się do zmiennych warunków środowiskowych, był J. Dewey (zob. D.K. Tabasz, *Etyka ewolucji, ewolucja etyki. Czy drobne różnice w wizji ewolucji człowieka mogą skrywać przepaść w stanowiskach metaetycznych i metafizycznych*, „Folia Philosophica” 2018, Vol. 40, s. 128).

²⁴² R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 114-123.

²⁴³ Samoświadomość to zdolność do nazywania i analizowania procesów zachodzących w sferze świadomości percepcyjnej, a więc zdolność do kontrolowania samych procesów poznawczych, co pozwala skonstatować ewentualną różnicę pomiędzy otaczającą rzeczywistością a subiektywnym jej odbiciem i obrazem (zob. Z. Ćwiąkalski, *Błąd...*, op. cit., s. 26 i powołana tam literatura).

²⁴⁴ Ch. Koch, *Neurobiologia na tropie świadomości* [tyt. oryg. *The Quest for Consciousness: A Neurobiological Approach*], tłum. G. Hess, Warszawa 2004 [wyd. oryg. Englewood 2004], s. 26, 327-328; T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 100; zob. także K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 183.

wraz z niezwykle dużym zwiększeniem się jej gęstości i stopnia złożoności organizacji, do którego doszło u człowieka²⁴⁵, doprowadził do ukonstytuowania się jakościowo nowej funkcjonalności mózgu, polegającej na „odgórnej” kontroli (hamowaniu lub wzmacnianiu) nad procesami przebiegającymi w ewolucyjnie bardziej pierwotnych strukturach podkorowych²⁴⁶. Dzięki temu możliwe stało się tłumienie spontanicznych reakcji z powodu uwarunkowań społecznych i kulturowych, uwzględnienie perspektywy intertemporalnej czy też konstruowanie alternatywnych scenariuszy przyszłych zachowań oraz dokonywanie wyborów pomiędzy nimi na podstawie skomplikowanych i zróżnicowanych kryteriów²⁴⁷. Wyjaśnieniem sposobu „nadbudowania” świadomości refleksyjnej nad funkcjami starszych ewolucyjnie struktur mózgu może być sposób anatomicznego zintegrowania z nimi obszarów kory przedczołowej, która nie ma bezpośrednich połączeń synaptycznych z receptorami odbierającymi sygnały spoza mózgu, a jedynie z innymi strukturami korowymi i podkorowymi, w związku z czym sygnały pochodzące ze świata zewnętrznego oraz wnętrza organizmu docierają do niej wyłącznie za ich pośrednictwem²⁴⁸. Istnieją hipotezy zakładające, że na świadomość refleksyjną składają się metareprezentacje mentalne stanów innych struktur mózgu, które są tworzone bez bezpośrednich reprezentacji w tych strukturach, i właśnie tego rodzaju reprezentacje drugiego stopnia stanowią mechanizm myślenia abstrakcyjnego, kontrfaktycznego oraz podłoże zdolności do kreatywnego łączenia fragmentów zapisanych w pamięci reprezentacji sensorycznych²⁴⁹. R. Dawkins wyraził przypuszczenie, że świadomość pojawia się wtedy, gdy symulacja rzeczywistości

²⁴⁵ Przyczyny gwałtownego przyspieszenia, w porównaniu z innymi gatunkami, nie wyłączając pozostałych hominidów, ewolucyjnych przekształceń struktur mózgowych człowieka, próbują wyjaśnić różne hipotezy, które upatrują ich np. w zmianie warunków ekologicznych, zmianie sposobu zdobywania i przygotowywania pożywienia czy wpływie złożonych zachowań społecznych, w szczególności coraz bardziej wyrafinowanych form kooperacji. Według R. Dawkinsa jest możliwe, że rozrośnięty mózg człowieka wraz z jego predyspozycjami wyewoluował jako narzędzie dla coraz bardziej przebiegłych oszustw i coraz bardziej wnikliwego ich wykrywania (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 342; zob. także N.K. Humphrey, *The Social Function of Intellect*, [w:] *Growing Points in Ethology*, ed. by P.P.G. Bateson, R.A. Hinde, New York 1976, s. 303-317; R. Alexander, *How Did Humans Evolve? Reflections on the Uniquely Unique Species*, Ann Arbor 1990, s. 4-7). W tym samym kontekście eksponuje się znaczenie zalotów jako rodzaju kooperacji o szczególnie dużej wartości selekcyjnej, a jednocześnie silnie motywującego do oszustwa ze względu na odmienne strategie reprodukcyjne mężczyzn i kobiet (zob. np. G. Miller, *Umysł w zalotach: jak wybory seksualne kształtowały naturę człowieka* [tyt. oryg. *The Mating Mind. How Sexual Choice Shaped the Evolution of Human Nature*], tłum. M. Koraszewska, Poznań 2004 [wyd. oryg. New York 2001]). Należy jednak odnotować, że reprezentowane jest również stanowisko, że rozwój mózgu człowieka nie stanowi adaptacji ewolucyjnej, lecz tzw. egzaptację, czyli przypadkowy efekt uboczny innych zmian adaptacyjnych, który uzyskał nową nieoczekiwaną użyteczność, nie wynikającą z jego ewolucyjnej genezy (zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 97-98).

²⁴⁶ T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 98.

²⁴⁷ Ibidem; zob. także K. Jodzio, *Neuropsychologia...*, op. cit., s. 32-68.

²⁴⁸ A. Damasio, *Błąd...*, op. cit., s. 204-205.

²⁴⁹ Ibidem, s. 205-206; T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 100.

przeprowadzona przez mózg staje się tak pełna, że zawiera w sobie również model samego mózgu. Samoświadomość jest szczytem zdolności symulacji, do jakiego doszła ewolucja²⁵⁰.

Zdolność przewidywania przyszłości bez wątpienia ma ogromny walor adaptacyjny, nie może zatem dziwić fakt, że próby jej prognozowania są wszechobecne w ludzkich społecznościach (co odzwierciedla liczna ich reprezentacja wśród kulturowych uniwersaliów)²⁵¹. Sukces reprodukcyjny w otoczeniu potencjalnych partnerów seksualnych, kooperantów w wymianie dóbr, czy wreszcie wrogów, uzależniony jest od umiejętności przewidywania nie tylko przebiegu zdarzeń w świecie nieożywionym, ale przede wszystkim od trafnego prognozowania przyszłych zachowań innych osobników własnego gatunku. Stwarza to presję selekcyjną na skuteczność odgadywania przebiegu ich procesów psychicznych na podstawie dostrzegalnych, często bardzo subtelnych symptomów²⁵², takich jak np. mimika. Samoświadomość mogła ukształtować się właśnie w ramach rozwoju zdolności do symulacji stanów mentalnych innych jednostek, ponieważ wgląd we własne uczucia i emocje ułatwia zrozumienie uczuć i emocji innych²⁵³. Wszystko to sugeruje, że świadomość nie jest jedynie bezużyteczną egzaptacją i można ją rozpatrywać, jak gdyby była organem cielesnym²⁵⁴.

Wykształcenie się świadomości refleksyjnej, która może być uważana za zjawisko superwenujące na czynnościach ludzkiego układu nerwowego²⁵⁵, oraz związanych z nią wyższych czynności psychicznych, pozwalających na rozumowania o charakterze abstrakcyjnym i bezstronnym, doprowadziło do wyłonienia się jakościowo nowych, niespotykanych u żadnego innego gatunku, bytów Popperowskiego Świata 3,

²⁵⁰ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 120-123.

²⁵¹ Zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 617-621. I. Kant uważał rozmyślne oczekiwanie przyszłości za jedną z najistotniejszych cech odróżniających człowieka od zwierząt, dzięki której może on osiągać oddalone cele, ale jednocześnie jest ona źródłem niekończących się trosk i zmartwień (I. Kant, *Przypuszczalny początek ludzkiej historii* [tyt. oryg. *Muthmaßlicher Anfang der Menschengeschichte*, wyd. oryg. „Berlinische Monatschrift”, Januar 1786, s. 1-27], tłum. M. Żelazny, [w:] *Przypuszczalny początek ludzkiej historii i inne pisma historiozoficzne*, I. Kant, Toruń 1995, s. 32).

²⁵² Ewolucji atrybucji intencji niewątpliwie towarzyszy trend przeciwny: udoskonalanie mechanizmów skutecznego ich ukrywania. Na liście uniwersaliów kulturowych D. Browna nie zabrakło takich kategorii, jak „Interpretowanie zachowań”, „Maskowanie/modyfikowanie wyrazów twarzy” oraz „Obraz Ja, manipulowanie” (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 617-621).

²⁵³ Zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 137-138.

²⁵⁴ K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 183.

²⁵⁵ Zwolennikiem stanowiska, że świadomość jest przyczynowo emergentną własnością systemową pewnych układów neuronów, którą można wyjaśnić przyczynowymi interakcjami zachodzącymi pomiędzy różnymi elementami mózgu na poziomie mikroskopowym, ale której nie da się wyliczyć, ani wywieść na podstawie czysto fizycznej struktury neuronów, był m.in. J. Searle (zob. J.R. Searle, *Umysł na nowo odkryty* [tyt. oryg. *The Rediscovery of the Mind*], tłum. T. Baszniak, Warszawa 1999 [wyd. oryg. London-Cambridge, Mass. 1992], s. 155; idem, *Umysł. Krótkie wprowadzenie* [tyt. oryg. *Mind: A Brief Introduction*], tłum. J. Karłowski, Poznań 2010 [wyd. oryg. Oxford 2004], s. 151-152).

mających postać abstrakcyjnych teorii²⁵⁶. Dzięki nim człowiek niejako „wyzwolił się” z kauzalnego wpływu swoich biologicznie ukształtowanych skłonności (a przynajmniej dysponuje taką potencjalnością), stając się w ten sposób istotą w jakiś sposób „oddzieloną” od zewnętrznego świata, funkcjonującą w wewnętrznej rzeczywistości symbolicznych metareprezentacji²⁵⁷.

Do składników tej rzeczywistości zaliczyć można m. in. funkcjonowanie intertemporalne, uwzględniające perspektywę czasową, oraz zdolność postrzegania świata w kategoriach przyczynowych. Teoria czasu pozwala ujrzeć siebie jako istotę o osobistej historii, posiadającą przeszłość, teraźniejszość i przyszłość, a dzięki temu świadomą własnej tożsamości, zdolną do świadomego przypominania sobie minionych wydarzeń (a nie tylko podlegającą ich wpływowi) oraz prognozowania i planowania na przyszłość²⁵⁸. Dzięki odpowiednio wysokiemu poziomowi inteligencji możliwe jest dokonywanie oceny napięć powstających w relacji z innymi osobnikami oraz manipulowanie tymi relacjami w oparciu o złożone scenariusze mentalne, które wybiegają daleko w przyszłość²⁵⁹. Zdolność postrzegania świata w kategoriach przyczynowych pozwala na atrybucję intencji i odpowiedzialności wynikającej ze sprawstwa²⁶⁰, a w konsekwencji na wykształcenie się przeżycia moralnej powinności określonych zachowań wobec siebie i innych²⁶¹. Nie chodzi tu oczywiście o każdorazową prawdziwość rozumowań przyczynowych, ale o wykształcenie się procedury przypisywania określonych zdarzeń określonym osobom (choćby na podstawie fałszywych przesłanek wynikających z zabobonu, wiary w magiczne zdolności albo czary, jednakże z zastosowaniem mniej więcej logicznych testów i reguł wnioskowania²⁶²), która utorowała drogę rozwojowi przeżyć o charakterze normatywnym²⁶³.

Z kolei rozwój zdolności do atrybucji intencji, zapewne pod wpływem presji selekcyjnej związanej ze wzrostem złożoności grup społecznych, który wymagał coraz doskonalszej

²⁵⁶ K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 191; zob. także F. Fukuyama, *Historia ładu politycznego. Od czasów przedludzkich do rewolucji francuskiej* [tyt. oryg. *The Origins of Political Order. From Prehuman Times to the French Revolution*], tłum. N. Radomski, Poznań 2012 [wyd. oryg. London 2011], s. 53.

²⁵⁷ E. Cassirer uważał, że człowieka można określić mianem *animal symbolicum* (zob. E. Cassirer, *Esej o człowieku. Wstęp do filozofii kultury* [tyt. oryg. *An Essay on Man: An Introduction to a Philosophy of Human Culture*], tłum. A. Staniewska, Warszawa 1977 [wyd. oryg. New York 1944], s. 77-83).

²⁵⁸ K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 191.

²⁵⁹ E. O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 311.

²⁶⁰ Jedną z kategorii na liście uniwersaliów kulturowych D. Browna jest „Ja obarczone odpowiedzialnością” (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 617).

²⁶¹ Zob. J. Haidt, *Emotional Dog and Its Rational Tail*, „Psychological Review” 2001, No. 108, s. 814-834.

²⁶² Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 300-301, a także np. F. Fukuyama, *Historia...*, op. cit., s. 162.

²⁶³ Także niektóre z pozaludzkich hominidów mają omawiane funkcje umysłowe rozwinięte w stopniu umożliwiającym wykształcenie się rudymentalnych przeżyć i zachowań protomoralnych (zob. T. Pietrzykowski, *The Roots...*, op. cit., s. 100-102).

umiejętności przewidywania zachowań innych jej członków, umożliwił rozwinięcie się teorii umysłu (zdolności interpretacji stanów mentalnych innych osób) do poziomu pięciu rzędów intencjonalności²⁶⁴. Według W. Załuskiego dopiero tak rozwinięta teoria umysłu pozwala na wykształcenie się aspektu internalnego, stanowiącego jeden z warunków koniecznych fenomenu prawa, który polega na uznaniu przez członków społeczeństwa, że regularnie powtarzane zachowania stanowią wzorce powiniennych zachowań²⁶⁵.

Dla karnisty centralne miejsce zajmuje problem autonomii – zarówno osobistej, polegającej na zdolności posiadania, niespotykanych u zwierząt, preferencji drugiego rzędu, tj. preferencji odnośnie do preferencji, które dotyczą przedmiotów realnych, jak i moralnej, polegającej na wydawaniu sądów normatywnych i działaniu na ich podstawie²⁶⁶. Zasadniczą kwestią jest, czy można uznać człowieka za istotę, choćby potencjalnie, autonomiczną względem własnych przeżyć afektywnych, co pozwoliłoby utrzymać – fundamentalną z punktu widzenia filozofii represji karnej – kategorię wolnej woli. Jej wstępnym warunkiem jest indeterminizm²⁶⁷ oraz niepełny charakter świata zjawisk fizycznych i mentalnych, oznaczający jego otwarcie na przyczynowe oddziaływanie ze strony świata wytworów umysłu ludzkiego²⁶⁸. Tego rodzaju interakcje są możliwe jedynie przy założeniu realnego istnienia świata myśli sformułowanych w języku i jego częściowej autonomii względem świata zjawisk fizycznych, oznaczającej brak możliwości jego pełnej redukcji do zjawisk fizycznych i psychicznych zachodzących w mózgu. Współczesna wiedza o człowieku w coraz większym stopniu podważa deterministyczną myśl, że dysponując

²⁶⁴ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 86.

²⁶⁵ Podzielić należy również stanowisko, że o prawie w jego aspekcie internalnym możemy mówić dopiero wtedy, gdy oprócz odpowiednio rozpowszechnionej w społeczeństwie świadomości normatywnego charakteru powtarzalnych zachowań, istnieje wspólna świadomość tej wspólnej świadomości (zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 159-160).

²⁶⁶ Spośród niezliczonych historycznych przykładów zachowań ukazujących w jak wielkim stopniu człowiek może być autonomiczny względem biologicznie ukształtowanych instynktów, warto tu przytoczyć jeden – rzymskiego jurysty Papiniana (142 – 212 n.e.), który według tradycji, gdy cesarz Karakalla zażądał od niego przedstawienia prawniczego wyводу usprawiedliwiającego dokonane przez cesarza bratobójstwo miał odpowiedzieć „*non tam facile perricidium excusari posse quam fieri*” („morderstwo nie tak łatwo może być usprawiedliwione jak popełnione”), za co oczywiście został stracony (zob. H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Kraków 2013, s. 54).

²⁶⁷ Gruntowną krytykę determinizmu (zarówno metafizycznego, jak i naukowego, opartego na tezie Laplace’a o deterministycznych implikacjach fizyki klasycznej), odwołującą się do osiągnięć współczesnej nauki, także w takich dziedzinach, jak np. mechanika kwantowa, fizyczna teoria skłonności, czy arytmetyka sformalizowana, przedstawił K. Popper, według którego Wszechświat ma częściowo charakter przyczynowy, częściowo probabilistyczny, a częściowo otwarty – emergencyjny. Właściwości te nie uchylają praw fizyki: świat fizyczny jest częściowo, ale niezupełnie zdeterminowany, co oznacza, że zdarzenia następują po sobie według praw fizyki, ale w ich wzajemnym powiązaniu występuje pewien luz wypełniony nieprzewidywalnymi sekwencjami podobnymi do sekwencji zdarzeń, jakie znamy z ruletki, gry w kości, rzucania monetą lub mechaniki kwantowej (K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., passim).

²⁶⁸ Ibidem, s. 156-161.

pełnym wglądem w „sposób myślenia” określonego człowieka moglibyśmy jego „zachowanie się w przyszłości obliczyć z taką pewnością jak zaćmienie Księżyca lub Słońca”²⁶⁹, niezależnie od tego, czy narzędzi do dokonywania z dowolnym stopniem ścisłości tego rodzaju prognoz będziemy poszukiwać w metodach psychologicznych, czy też w badaniu procesów fizycznych i chemicznych zachodzących w ludzkim mózgu. Pomimo ogromnego postępu naukowej psychologii przewidywanie, nawet ogólne, ludzkich zachowań na tej podstawie nadal sprawia zasadnicze trudności²⁷⁰, podczas gdy zadziwiającą skuteczność w tego typu prognozach oraz odgadywaniu ludzkich myśli wykazuje „psychologia naturalna”, oparta na predyspozycjach należących do społecznego wyposażenia człowieka²⁷¹.

Zdolność do abstrakcyjnego i nieegocentrycznego myślenia oraz przejawy autonomii osobistej i moralnej umożliwiły wykształcenie się rozwiniętego poczucia sprawiedliwości, przy czym, co już sygnalizowano, nie jest ono produktem wyłącznie wyższych funkcji psychicznych, ale wynikiem ich współdziałania z realizowanymi przez starsze ewolucyjnie struktury mózgu procesami afektywnymi wspierającymi kooperatywne dyspozycje ukształtowane przez dobór naturalny²⁷². Dopiero jednak „nadbudowanie” nad tymi emocjami zdolności do abstrakcyjnego myślenia umożliwiło wykształcenie się zdolności do formułowania bezstronnych sądów moralnych oraz wykroczenie umysłu ludzkiego poza teraźniejszość, a w konsekwencji tworzenie alternatywnych scenariuszy przyszłych wydarzeń oraz dokonywanie z ich uwzględnieniem wyborów własnych zachowań.

Jak trafnie zauważył R. Hare, istnieją dwa poziomy myślenia moralnego – pierwszy z nich ma charakter intuicyjny, a składają się na niego spontaniczne reakcje i przeświadczenia moralne, natomiast drugi to świadoma refleksja krytyczna nad ich zasadnością i konsekwencjami, która jest niezbędna do ich uzasadnienia, selekcjonowania i rozwiązywania pojawiających się między nimi konfliktów²⁷³. Jak wskazują współczesne

²⁶⁹ I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu* [tyt. oryg. *Kritik der praktischen Vernunft*], tłum. J. Gałęcki, Warszawa 1984 [wyd. oryg. Riga 1788], s. 163.

²⁷⁰ Prawdopodobnie ze względu na fakt, że efekty oddziaływania wrodzonych reguł epigenetycznych kształtujących ludzkie przeżycia psychiczne polegają nie tyle na wytworzeniu się wiązki kilku odrębnych i prostych instynktów, ale raczej rozległej sieci licznych, splecionych ze sobą i wzajemnie oddziałujących w ogromnie złożony sposób, algorytmów, które „prowadzą umysł przez krajobraz niezwykle zróżnicowanych decyzji i nastrojów” (zob. E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 314).

²⁷¹ Zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 137.

²⁷² Na dwoiste – emocjonalne i intelektualne – podłoże ludzkiej moralności zwracał uwagę sam K. Darwin (zob. K. Darwin, *O pochodzeniu...*, op. cit., s. 118).

²⁷³ Zob. R.M. Hare, *Myślenie moralne. Jego płaszczyzny, metody, istota* [tyt. oryg. *Moral thinking: its levels, method, and point*], tłum. J. Margański, Warszawa 2001 [wyd. oryg. Oxford 1981], s. 62 i nast. Istnienie dwóch komplementarnych trybów poznania moralnego (intuicyjnego i racjonalnego), opartych na czynnościach względnie niezależnych od siebie systemów mózgowych – filogenetycznie starego, związanego z układem limbicznym i filogenetycznie nowego, związanego z korą czołową – znajduje potwierdzenie w obecnym stanie

badania, racjonalne sądy często, choć nie zawsze, stanowią nic innego, jak tylko wytwarzane *ex post* uzasadnienia dla reakcji będących wytworem starszych ewolucyjnie obszarów mózgu (co obrazuje metafora „emocjonalnego psa machającego swym racjonalnym ogonem”)²⁷⁴.

Współczesna nauka zaciera wytyczoną przez idealistyczne filozofie Kanta i Hegla granicę pomiędzy zdeterminowanym światem przyrody a indeterministycznym, moralnym „królestwem wolności” w umyśle człowieka, w którym jest on zdolny do przewyciężenia instynktów wynikających ze swojej zwierzęcej natury, a przez to jej zanegowania i dokonania wolnego wyboru moralnego. Z jednej strony, jak to pokazał K. Popper, przyroda nieożywiona najprawdopodobniej nie jest tak ściśle zdeterminowana jak ruchomy mechanizm zegarowy Kartezjańskiego Wszechświata²⁷⁵, z drugiej natomiast, te wytwory ludzkiego umysłu, poprzez które człowiek wydaje się być istotą wykraczającą poza naturę, w rzeczywistości są głęboko w niej zakorzenione i wynikają w znacznym stopniu z biologicznie ukształtowanych instynktów.

Świat ludzkiej myśli nie jest bowiem niczym innym jak tylko jeszcze jedną z płaszczyzn, na których realizuje się biologiczne życie. E. Westermarck, prekursor naukowej naturalizacji moralności, za jej „kamienie węgielne” uznał emocje retrybtywne, zarówno ujemne (jak oburzenie i gniew domagające się kary i odwetu), jak i dodatnie (takie jak troska czy wdzięczność). Tym natomiast co powoduje, że tego rodzaju emocje u człowieka są prawdziwie moralne, przez co wykraczają daleko poza predyspozycje występujące u innych naczelnych, jest ich bezinteresowność i bezstronność²⁷⁶.

Ta perspektywa nie jest nowa: tradycja, która zakotwicza moralność w naturalnych skłonnościach i potrzebach sięga aż do starożytności i ma swe źródło w filozofii Platona. Rozkładając na pierwiastki ludzką duszę, obok elementu pożądliwego, składającego się z różnych pożądań (w tym najsilniejszych, jak np. głód czy pragnienie), oraz rozumnego, który – poprzez racjonalny namysł – może skłaniać do działań wbrew pożądaniam, Platon wyodrębnił jeszcze trzecią część, którą nazwał *thymos* (θυμός – „temperament”, „pasja”)²⁷⁷. Odzwierciedla ona potrzebę nadania wartości samemu sobie bezpośrednio albo za pośrednictwem tego, co człowieka otacza (np. rzeczy, innych ludzi, ale także – co szczególnie

badan prowadzonych na obszarze neurokognitywistyki (S. Florek, *Intuicyjne i krytyczne myślenie moralne w kontekście jego filogenezy i neuropsychologii*, „Śląskie Studia Filozoficzne” 2012, z. 11, s. 125-133).

²⁷⁴ Zob. P. Singer, *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*, Princeton 2011, s. 196-197.

²⁷⁵ Zob. K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 166.

²⁷⁶ F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 40-44.

²⁷⁷ Platon, *Państwo* [tyt. oryg. *Πολιτεία*], tłum. W. Witwicki, Kęty 2003 [ok. 380 r. p.n.e.], 435C-441C.

ważne – wytworów ludzkiej myśli). Istotą wartości jest uznanie ze strony innych ludzi²⁷⁸, a jego potrzeba podstawowym źródłem takich emocji jak duma, gniew czy wstyd. Platońskie *thymos* jest więc psychologicznym siedliskiem Heglowskiego pragnienia uznania²⁷⁹. *Thymos* nie daje się sprowadzić do rozumu, bo choć może wspierać to, co wynika z racjonalnych przemyśleń, to jednak w bardzo dużym, wręcz przeważającym, stopniu opiera się nie na wyrachowaniu, ale na emocjach. Nie daje się on jednak sprowadzić także do pożądlivosti: choć często powiązany jest z ograniczeniem dostępu do przedmiotu pożądania, to jednak – podobnie jak część rozumna – może prowadzić do przeciwstawienia się własnym pragnieniom i to zarówno poprzez gniew na samego siebie, jak i krytyczną, racjonalną samoocenę²⁸⁰. Jest więc, przynajmniej potencjalnie, bezstronny i bezinteresowny, choć może być przedmiotem automanipulacji w wyniku oddziaływania psychologicznych mechanizmów obronnych²⁸¹. Ze względu na silnie afektywne zabarwienie, może uruchamiać potrzebę stanięcia w obronie tego, co uznaje za wartościowe²⁸², a nawet narażenia własnego życia w walce o czysty prestiż²⁸³.

Poszukując Heglowskiej wolności, rozumianej jako zwycięstwo, opartej na samoświadomości, rozumie i samookreśleniu, wolnej woli nad naturą, w ostatecznym rozrachunku zawsze i tak dotrzemy do samej natury, choćby była to, jak to ujął Dewey, „inna jej część”²⁸⁴. Ze względu jednak na wielki stopień złożoności procesów zachodzących w mózgu ludzkim oraz wpisany w nie znaczny luz wynikający z ich probabilistycznego

²⁷⁸ Do uniwersaliów kulturowych D. Brown zaliczył m.in. takie kategorie, jak: „Obraz Ja, dążenie do pozytywnego obrazu”, „Obraz Ja, jego świadomość (troska o to, co myślą inni)”, „Obraz Ja, manipulowanie”, a także „Ocenianie innych” (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 621).

²⁷⁹ Za zasadniczy składnik natury człowieka uważali je również m. in. Machiavelli, Hobbes, Rousseau, czy Nietzsche (F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 264-268).

²⁸⁰ Platon, *Państwo*, 440B; zob. też F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 267 i 283.

²⁸¹ Zob. F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 268-273. Samooszukiwanie, o ile jest umiarkowane, sprzyja zdrowiu psychicznemu i skutecznemu radzeniu sobie z wymaganiami środowiska (zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 76 i literatura tam powołana).

²⁸² Dyspozycję do tego rodzaju zachowań R. Trivers nazywa „moralistyczną agresją” (zob. R.L. Trivers, *The Evolution...*, op. cit., s. 49).

²⁸³ Zob. Platon, *Państwo*, op. cit., 440D; F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 242. Tak jak cała ludzka natura, *thymos* ma janusowe oblicze: łączy w sobie poczucie sprawiedliwości z przemocą, skłonność do altruizmu z egoizmem, hojność z żądzą chwały, moralne oburzenie skłaniające do poświęceń na rzecz innych ludzi z satysfakcją z wywyższania się nad nimi, dążeniem do ich poniżenia i zdominowania. Domaganie się od innych uznania własnego poczucia wartości i gniew, który wywołuje odmowa, jest stałym zarzewiem konfliktu między ludźmi, a równocześnie tym, co spaja jednostki i grupy w dążeniu do obrony wspólnych wartości (F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 276 i 289-293; zob. także Tukidydes, *Wojna peloponeska* [tyt. oryg. *Ιστορία*], tłum. K. Kumaniecki, Warszawa 1988, s. 197; T. Hobbes, *Lewiatan*, op. cit., s. 109).

²⁸⁴ Przekonanie, że „pomiędzy światem fizycznym a duchowym nie ma innej różnicy prócz tej, która zachodzi pomiędzy niższym a wyższym stopniem zawiłości zjawisk życiowych i pomiędzy większą a mniejszą ich przystępnością dla umysłu badacza”, w zbliżonym czasie co Dewey, wyrażał również E. Krzymuski (zob. E. Krzymuski, *Znaczenie naukowe statystyki moralności i doniosłość jej wywodów dla represji przestępstw*, GSW 1877, nr 39, 44, 46, 47 i 48 [przedr. *Dzieła wybrane Edmunda Krzymuskiego*, t. 1, *Szkola klasyczna w defensywie*, Kraków 2013, s. 11-12]).

i emergencyjnego charakteru, można uznać człowieka za istotę nie w pełni zdeterminowaną, nie tylko w epistemicznym, ale również ontycznym sensie. Choć kategorie wolnej woli i autonomii człowieka, przy określonych decyzjach pojęciowych mogą być podważone²⁸⁵, to jednak wydają się one być wystarczająco dobrym przybliżeniem, które umożliwia zarówno wyjaśnianie ludzkich zachowań, jak i przypisywanie ludziom odpowiedzialności za ich czyny²⁸⁶. Uzasadnia to utrzymanie zbudowanego przez szkołę klasyczną filozoficznego fundamentu prawa karnego – zasady winy opartej na założeniu wolnej woli człowieka, umożliwiającym traktowanie kary jako wyrazu potępienia dokonanego wyboru²⁸⁷. Można więc przyznać rację E. Rappaportowi, że pomiędzy skrajnościami „automatyzmu woli fatalistycznego przestępcy-potwora” w antropologicznej teorii C. Lombroso, a „racjonalistyczną fantazją XVIII-go stulecia (...) – indeterministycznym credo w wolną wolę bezwzględną o cechach metafizycznych”, możliwa jest „media via podmiotowego wartościowania przestępcy, jego poczytalności, winy i odpowiedzialności indywidualnej”, oparta na „kontrolowanych przez psychologię badaniach przyczynowości procesów myślowych, uczuciowych i pożądanowych”²⁸⁸.

3.3. Teoria koewolucji genetyczno-kulturowej

Teoria koewolucji genetyczno-kulturowej zakłada, że zróżnicowanie kulturowe wpływa na przeżycie i sukces reprodukcyjny jednostek oraz grup ludzkich na równi ze zróżnicowaniem cech fenotypicznych bezpośrednio kształtowanych przez czynniki genetyczne²⁸⁹, dlatego też w wyniku oddziaływania doboru naturalnego na gatunek *Homo*

²⁸⁵ Zwłaszcza w ujęciach skrajnych, postrzegających wolną wolę jako niczym nie zdeterminowaną właściwość psychiczną pozwalającą na dokonywanie wyborów poza wszelką koniecznością (zob. A. Malec, *Indeterminizm i determinizm a kara pozbawienia wolności*, [w:] red. J. Szałański, *Wina – kara – nadzieja – przemiana. Materiały I Krajowego Sympozjum Penitencjarnego*, Łódź-Warszawa-Kalisz 1998, s. 32).

²⁸⁶ Jak to ujął F. Fukuyama, bez znaczenia jest czy prawdziwie wolna wola naprawdę istnieje czy nie, wystarczy, że ludzie działają w zasadzie tak jakby istniała, a przy tym oceniają się wzajemnie według zdolności do podejmowania wyborów moralnych, które są uznawane za autentyczne (F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 247; zob. także R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 369 oraz A. Damasio, *Błąd...*, op. cit., s. 200-201).

²⁸⁷ Zob. W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 43-44; I. Andrejew, *Polskie...* [1978], op. cit., s. 48; M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 51; W. Wróbel, *O domniemaniach w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ” 2006, z. 96, s. 247; M. Król-Bogomilska, *Tradycyjne formuły winy w świetle współczesnej psychologii*, SI 1982, t. 10, s. 93.

²⁸⁸ E.St. Rappaport, *Media...*, op. cit., s. 13, 21. Zbliżone stanowisko zajmował J. Makarewicz, który uważał, że problem determinizmu-indeterminizmu nie może zostać stanowczo rozstrzygnięty i należy raczej do domeny filozofii lub religii, niż prawa (zob. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Lwów-Warszawa 1924, s. 117).

²⁸⁹ P.J. Richerson, R. Boyd, *Not By Genes Alone. How Culture Transformed Human Evolution*, Chicago-London 2005, s. 4 i 99-147.

sapiens wykształciła się druga, równoległa do genetycznej ścieżka ewolucyjna – ewolucja kulturowa, przy czym obie części procesu ewolucyjnego wzajemnie na siebie oddziałują²⁹⁰. Teoria koewolucji genetyczno-kulturowej całkowicie podważa więc, powszechnie do niedawna akceptowany, antynaturalistyczny paradygmat SSSM, który uznaje kulturę za zjawisko zupełnie niezależne od genów, autonomiczne wobec biologicznych i psychologicznych procesów, na bazie których powstała (*omnis cultura ex cultura*).

Początki samej antropologii kulturowej (etnologii) ściśle związane były jednak właśnie z ewolucjonizmem²⁹¹, a dopiero później zdominował ją antynaturalistyczny pogląd, który odrzuca możliwość ewoluowania kultury. Na jego uformowanie się i ekspansję niewątpliwie wpłynęły względy ideologiczne, w tym zwłaszcza opór przed zaakceptowaniem tezy o ewoluowaniu kultur z uwagi na jej implikację, że jedno z nich są bardziej, a inne mniej rozwinięte²⁹². Sprawę pogorszył fakt wykorzystania wczesnych teorii ewolucji społecznej, takich jak marksizm czy darwinizm społeczny²⁹³, do uzasadnienia odrażających praktyk XX-wiecznego totalitaryzmu (antysemityzmu, rasizmu i „higieny” rasowej, eugeniki, gloryfikacji wojny i przemocy), ale także inżynierii społecznej sprowadzającej jednostkę do roli substratu masowych procesów społecznych, którymi – w myśl przyjętych w danym systemie założeń co do celu, do którego rozwój społeczny zmierza – próbowano sterować²⁹⁴.

²⁹⁰ Termin „koewolucja genetyczno-kulturowa” został wprowadzony przez C. Lumsdena i E.O. Wilsona w latach osiemdziesiątych XX w. (zob np. C.J. Lumsden, E.O. Wilson, *Promethean Fire*, Cambridge [USA, Mass.] 1983, s. 60; eidem, *Genes, Mind and the Culture: The Coevolutionary Process*, [USA, Mass.] 1981), jednakże pierwsze modele interakcji czynników genetycznych i kulturowych zostały opracowane dekadę wcześniej (zob. np. L.L. Cavalli-Sforza, M.W. Feldman, *Cultural versus Biological Inheritance: Phenotypic Transmission from Parent to Children*, „The American Journal of Human Genetics” 1973, No. 25, s. 618-637; eidem, *Cultural and Biological Evolutionary Processes. Selection for a Trait under Complex Transmission*, „Theoretical Population Biology” 1976, No. 9, s. 238-259).

²⁹¹ Przedstawicielami ewolucjonizmu społecznego byli m.in. twórcy antropologii E.B. Tylor i L.H. Morgan oraz socjologii A. Comte i H. Spencer. Ten ostatni ukuł zresztą sam termin „ewolucjonizm”.

²⁹² Jak zauważył J. Makarewicz, z samą ideą rozwoju nieodłącznie związany jest element osądu każdego zjawiska pod względem bliskości lub oddalenia od ideału (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 30).

²⁹³ Darwinizm społeczny był skrajnym prądem wczesnego ewolucjonizmu kulturowego przyjmującym, że wszelki rozwój społeczny jest wynikiem między- i wewnątrz grupowej walki o byt, w której zwycięża silniejszy, a wobec tego humanitaryzm w stosunkach międzyludzkich przynosi szkodę ludzkości, osłabiając jej rozwój. Nie miało to oczywiście nic wspólnego z rzeczywistym sensem teorii K. Darwina. Akceptacji też wczesnego ewolucjonizmu kulturowego niewątpliwie nie pomógł również europejski etnocentryzm przejawiający się stosowaniem przez jego przedstawicieli pejoratywnych i protekcyjnych określeń (przykładem jest stopniowanie: dzikość-barbarzyństwo-cywilizacja, użyte w 1871 r. przez E.B. Taylora w jego ewolucyjnej klasyfikacji kultur, przejęte następnie do bardziej rozbudowanej systematyki L.H. Morgana – zob. E.B. Taylor, *Cywilizacja pierwotna. Badania rozwoju mitologii, filozofii, wiary, mowy, sztuki i zwyczajów* [tyt. oryg. *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*], tłum. Z.A. Kowerska, Warszawa 1896 [wyd. oryg. London 1871], s. 35; L.H. Morgan, *Spółczesność pierwotna czyli badanie kolei ludzkiego postępu od dzikości przez barbarzyństwo do cywilizacji* [tyt. oryg. *Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*], tłum. A.B., Warszawa 1887 [wyd. oryg. New York 1877], s. 1).

²⁹⁴ Zob. M. Zmierzak, *Ideologie totalitarne: faszyzm i narodowy socjalizm*, [w:] *Totalitaryzm a zachodnia tradycja*, red. M. Kuniński, Kraków 2006, s. 166-168; eadem, *Totalitaryzm czy totalitaryzmy? Kłopoty*

W reakcji na przesadny biologizm wczesnych koncepcji ewolucyjnych oraz patologie, które z niego wyrosły, począwszy od lat dwudziestych XX w. nauki społeczne zostały zdominowane przez kierunki antynaturalistyczne²⁹⁵. Ograniczano się w nich do badania pokrewieństwa kultur wyłącznie w oparciu o zewnętrzne przejawy, bez uwzględnienia genezy tych podobieństw, a nawet wprost stawiano tezę, że żadna kultura nie może być oceniana z perspektywy dla niej zewnętrznej. Ten relatywizm kulturowy wykazuje oczywiste związki z innymi postaciami relatywizmu (poznawczym, językowym i etycznym) i prowadzi do postmodernistycznego nihilizmu epistemologicznego, ponieważ wyklucza możliwość wartościowania jakiegokolwiek kultury²⁹⁶, przede wszystkim jednak jest sprzeczny z dowodami empirycznymi, w szczególności wynikami badań archeologicznych, które wraz z odkrywaniem coraz starszych warstw danego stanowiska niezmiennie ukazują zmniejszanie się złożoności i stopnia rozwoju cywilizacyjnego.

Współczesny ewolucjonizm kulturowy nie redukuje zjawisk kulturowych do poziomu biologicznego, ale wprost przeciwnie – uznając je za byty emergentne – przyjmuje, że w dużym stopniu przebiegają one i ewoluują według swoistych mechanizmów, w bardzo złożonej i elastycznej relacji do biologicznego podłoża, na którym superwenują. Ewolucję społeczną przestano też postrzegać w kategoriach progresywestycznych (jak to czyniła np. teoria modernizacji) jako rozwoju unilinearne, zawsze przebiegającego według jednolitego, powszechnego i nieodwracalnego schematu postępu²⁹⁷. Zamiast tego przyjmuje się, że różne kultury mogą ewoluować po odmiennych drogach rozwoju technicznego i społecznego, zależnych od zindywidualizowanych czynników środowiskowych i historycznych (multilinearyzm)²⁹⁸. Dzięki temu współczesny ewolucjonizm kulturowy konweniuje z niektórymi „nieewolucyjnymi” kierunkami w antropologii społecznej, w szczególności z funkcjonalizmem antropologicznym, postrzegającym kulturę jako mechanizm adaptacji człowieka do środowiska złożonego zarówno z otoczenia przyrodniczego, jak i innych systemów kulturowych, z którymi dany system wchodzi

z definiowaniem pojęcia, [w:] *Totalitaryzm. Wybrane problemy teorii i praktyki*, red. T. Wallas, Poznań 2003, s. 9-11.

²⁹⁵ Zob. F. Fukuyama, *Historia...*, op. cit., s. 67-69.

²⁹⁶ W czym tkwi zresztą jego wewnętrzna sprzeczność: konsekwentny relatywizm kulturowy powinien bowiem wykluczać dopuszczalność negatywnego wartościowania także kultury opartej na założeniach etnocentrycznych i rasistowskich.

²⁹⁷ Zob. np. D. Lerner, *The Passing of Traditional Society: Modernizing the Middle East*, New York 1968, s. 46.

²⁹⁸ Zob. np. R. Carneiro, *A Theory of the Origin of the State*, „Science” 1970, Vol. 169, s. 733-738; F. Fukuyama, *Ład polityczny i polityczny regres. Od rewolucji przemysłowej do globalizacji demokracji* [tyt. oryg. *Political Order and Political Decay. From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*], tłum. J. Pyka, Poznań 2015 [wyd. oryg. London 2014], s. 273-275.

w relacje²⁹⁹. Ewolucjonizm uzupełnia perspektywę funkcjonalną o spójne z naukami przyrodniczymi wyjaśnienie przyczyn adaptatywnych właściwości ludzkiej kultury.

Zgodnie z definicją A. Kroebera i C. Kluckhohna kultura jest wytworem, który ma charakter historyczny, obejmuje idee, wartości i wzory zachowań, ma charakter selektywny, stanowi wynik uczenia się, opiera się na symbolach oraz powstaje w wyniku abstrahowania cech zachowań i wytworów zachowań³⁰⁰. W definicji tej uchwycić można zasadniczą właściwość kultury, która czyni z niej zjawisko podatne na działanie mechanizmów ewolucyjnych: jest ona zbudowana z informacji³⁰¹. Elementem kulturowym bardzo często jest artefakt, jednakże znaczenia kulturowego nie ma tworząca go materia, lecz wyłącznie zakodowana w jej strukturze myśl ludzka³⁰².

Do czasu wytworzenia kultury przez *Homo sapiens* informacja genetyczna była jedynym rodzajem informacji transmitowanej międzypokoleniowo w taki sposób, że możliwe jest oddziaływanie doboru naturalnego na skuteczność jej rozprzestrzeniania się. Wraz z wytworzeniem się u człowieka świadomości refleksyjnej możliwa stała się konceptualizacja bezpośrednich reprezentacji świata zewnętrznego oraz ich komunikowanie przy pomocy przyporządkowanych im symboli³⁰³. Choć również zwierzęta wykorzystują systemy komunikacji – bywa, że bardzo złożone – to jednak mają one charakter instynktowny, niezmienny na przestrzeni wielu pokoleń, a jakiegokolwiek zmiany we wrodzonych formach komunikacji następują w zasadzie wyłącznie w wyniku ewolucji genetycznej. Systemy te mają więc charakter zamknięty, są pozbawione wewnętrznej struktury, a przede wszystkim służą nie tyle do informowania, co do ekspresji intencji

²⁹⁹ Zob. *Funkcjonalizm socjologiczny*, [w:] *Wielka Encyklopedia PWN*, t. 9, red. J. Wojnowski, Warszawa 2002, s. 445.

³⁰⁰ A.L. Kroeber, C.K.M. Kluckhohn, *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions*, „Papers of Peabody Museum of American Archeology and Ethnology” 1978, No. 47, s. 643-656.

³⁰¹ Informacyjną istotę kultury podkreślają także inne jej definicje, np. P.J. Richersona i R. Boyda, według których kulturą jest zmagazynowana w ludzkich mózgach informacja zdolna wpływać na ludzkie zachowanie, nabywana przez członków społeczeństwa poprzez uczenie się, naśladownictwo lub inne formy transmisji społecznej (zob. P.J. Richerson, R. Boyd, *Not By Genes...*, op. cit. s. 5-6; eidem, *Culture and the Evolutionary Process*, Chicago 2005, s. 61). Z kolei wg J. Bonnara informacją kulturową jest każda informacja przekazywana od jednostki do jednostki środkami behawioralnymi (niegenetycznie) (zob. J.T. Bonner, *The Evolution of Culture in Animals*, Princeton 1983, s. 9-10 i 177-183).

³⁰² Nośniki kultury wykazują więc podobieństwo do genów, które przez dobór naturalny selekcjonowane są nie ze względu na tworzącą je materię, ale na zawartą w nich informację kodującą określone białko lub RNA, a za ich pośrednictwem warunkującą określone cechy fenotypiczne organizmu.

³⁰³ T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 101; P. Gärdenfors, *Jak homo stał się sapiens. O ewolucji myślenia* [tyt. oryg. *Hur Homo blev sapiens. Om tänkandets evolution*], tłum. T. Pańkowski, Warszawa 2010 [wyd. oryg. Fallun 2000], passim.

w odpowiedzi na bezpośrednie bodźce³⁰⁴. Spełniają wyłącznie funkcję ekspresywną (w której język stanowi symptom stanu organizmu) i impresywną – sygnalizacyjną (ujmującą język jako zespół bodźców stymulowanych w innych organizmach)³⁰⁵. Nawet u tych gatunków (np. szympansy), których poziom rozwoju inteligencji umożliwia posługiwanie się, w bardzo prymitywny sposób, podsuwanym przez ludzi językiem symbolicznym, zasadniczą barierą uniemożliwiającą wytworzenie kultury³⁰⁶ jest ich niezdolność do samodzielnego tworzenia znaczeń, jak również uczenia znaczenia symboli innych osobników. Unikalnie ludzki język o hierarchicznej strukturze, posiadający gramatykę i składnię, a przy tym pozwalający na denotację pojęć abstrakcyjnych, spełnia dodatkowe, bardziej skomplikowane funkcje, np. deskryptywną, argumentacyjną, nakazującą, preskryptywną, doradczą, wyrażania próśb czy też składania przyrzeczeń³⁰⁷. Dzięki nim możliwe stało się tworzenie i intersubiektywne przekazywanie narzędzi poznawczych, jakimi są abstrakcyjne teorie i modele myślowe.

Pomiędzy ludzkim językiem a ludzkim umysłem zachodzi silne sprzężenie zwrotne: oba wyewoluowały we wzajemnej interakcji³⁰⁸, w języku zakorzeniona jest także samoświadomość człowieka³⁰⁹. Język stanowi podstawę niekończącego się wzrostu złożoności wymiany społecznej, a przede wszystkim powoduje radykalne poszerzenie jej perspektywy intertemporalnej, umożliwia bowiem współpracę służącą przyszłym celom³¹⁰. Jednocześnie jest – wraz z opartymi na nim w dużym stopniu rytuałami – wewnątrzgrupowym spoiwem definiującym grupę i odróżniającym ją od innych, co wzmacnia poczucie wspólnoty wynikające z przeżyć afektywnych pierwotnie związanych z oddziaływaniem mechanizmu doboru łącznego³¹¹.

³⁰⁴ Stanowią w związku z tym przejaw tzw. *on-line thinking*, nie zaś tzw. *off-line thinking*, czyli prawdziwego myślenia, opartego na wewnętrznych procesach, niezależnych od zewnętrznej rzeczywistości (zob. D. Bickerton, *Adam's...*, op. cit., s. 192-195).

³⁰⁵ Zob. K. Bühler, *Teoria języka. O językowej funkcji przedstawienia* [tyt. oryg. *Sprachtheorie*], tłum. J. Koźbiał, Kraków 2004 [wyd. oryg. Jena 1934], s. 25-34; K.R. Popper, *Towards a Rational Theory of Tradition*, [w:] idem, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, London-New York 2002, s. 161-182; idem, *Wszechświat...*, op. cit., s. 112-113.

³⁰⁶ Niektórzy badacze wyrażają jednak pogląd o zdolności szympanсів i niektórych innych gatunków do tworzenia zaczątków kultury (zob. J.T. Bonner, *The Evolution...*, op. cit.; J.D. Delius, *The Nature of Culture*, [w:] *The Tinbergen Legacy*, ed. by M.S. Dawkins, T.R. Halliday, R. Dawkins, London 1991, s. 77).

³⁰⁷ Zob. K.R. Popper, *Towards...*, op. cit., s. 161-182; idem, *Wszechświat...*, op. cit., s. 112-113 i 186-187; A. Ross, *The Rise and Fall of The Doctrine of Performatives*, [w:] *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, ed. by R.E. Olson, A.M. Paul, Baltimore-London 1972, s. 197-212.

³⁰⁸ K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 147.

³⁰⁹ Ibidem, s. 191.

³¹⁰ P. Gärdenfors, *Jak homo...*, op. cit., s. 254-258.

³¹¹ Zob. R. Dunbar, *Grooming, Gossip and the Evolution of Language*, Cambridge [USA, Mass.] 1997, *passim*. Przykładem może być tu wpływ wynalazku prasy drukarskiej na kształtowanie się świadomości narodowej w Europie, co ostatecznie doprowadziło w XIX w. do wykształcenia się „wyobrażonych wspólnot” – narodów

Sformułowana w języku myśl staje się przedmiotem zewnętrznym wobec człowieka i może zostać poddana intersubiektywnej krytyce. W konsekwencji wraz z językiem wyłoniły się superwenujące na subiektywnych procesach psychicznych byty emergentne o charakterze kulturowym – świat obiektywnych standardów i treści ludzkich myśli (Popperowski Świat 3)³¹². R. Dawkins przedstawił hipotezę, że dzięki oderwaniu się od biologicznego substratu informacje kulturowe mogły stać się elementami doboru przebiegającego, w zarysie, na podobnych zasadach jak biologiczny dobór naturalny³¹³. Autor ten wprowadził pojęcie memu (od greckiego słowa *mimesis* oznaczającego naśladownictwo) jako jednostki informacji kulturowej³¹⁴, która może rozprzestrzeniać się przez kulturę – „środowisko porozumiewających się ze sobą umysłów” – tak, jak informacja genetyczna przenosi się poprzez pulę genów w wyniku doboru darwinowskiego³¹⁵. Memem (w innym ujęciu efektem fenotypowym memu) może być każda forma niegenetycznej informacji przekazywanej od

i ich organizacji politycznych (państw narodowych) (zob. B. Anderson, *Wspólnoty wyobrażone. Rozważania o źródłach i rozprzestrzenianiu się nacjonalizmu* [tyt. oryg. *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*], tłum. S. Amsterdamski, Kraków 1997 [wyd. oryg. London 1983]).

³¹² K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 147-148.

³¹³ Ewolucja każdego życia musi odbywać się na drodze zróżnicowanej przeżywalności replikujących się bytów, ale cechy replikatora mogą mieć także byty inne niż geny (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 357-358).

³¹⁴ Sprecyzowanie, co konkretnie jest jednostką informacji kulturowej stwarza trudności. R. Dawkins zaproponował (przez analogię do abstrakcyjnej koncepcji genu jako takiego fragmentu chromosomu, który odznacza się wystarczająco wysoką wiernością kopiowania, umożliwiającą mu występowanie w roli jednostki doboru) rozumienie memu jako takiej porcji informacji niegenetycznej, która wystarczająco wyróżnia się od innych informacji i jest wewnętrznie spójna, by zapisać się w mózgu jako całość (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 363; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 337 i 341). Ta definicja nie rozwiązuje jednak podstawowego problemu związanego z określeniem, co jest substratem memu. Znalazło to swoje odzwierciedlenie w zróżnicowanych koncepcjach wiążących pojęcie memu albo z autonomiczną strukturą w mózgu, będącą nośnikiem informacji kulturowej (np. węzłem pamięci semantycznej i/lub jego korelatami na poziomie aktywności mózgowej), albo z samą jednostką informacji kulturowej zapisaną w mózgu, względnie z taką informacją zapisaną w mózgu lub na innym nośniku, np. druku, pliku informatycznym, zapisie obrazu (zob. np. C.J. Lumsden, E.O. Wilson, *The Relation Between Biological and Cultural Evolution*, „Journal of Social and Biological Structures” 1985, Vol. 8, Issue 4, s. 343-359; J.D. Delius, *The Nature...*, op. cit., s. 84). Sam R. Dawkins z reguły zajmował stanowisko, że memy – jeżeli mają być analogami genów – trzeba postrzegać jako samoreplikujące się struktury mózgowe, rzeczywiste układy połączeń nerwowych (niezależnie od tego czy występują w formie skupionego układu połączeń synaptycznych, czy też w postaci rozproszonej, niemożliwej do zlokalizowania w preparacie mikroskopowym, ale mimo to mającej swoją fizyczną reprezentację w tkance mózgowej), które odtwarzają się w każdym kolejnym mózgu. Informacja kulturowa „oderwana” od swojego neuronowego podłoża, mająca postać określonego artefaktu, nie jest więc w tym ujęciu memem, ale jego efektem fenotypowym (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 372; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 146; J.D. Delius, *The Nature...*, op. cit., s. 81-85). Inne wypowiedzi R. Dawkinsa sugerują jednak, że dopuszcza on równorzędne traktowanie zapisu memu w mózgu i w postaci pisma (R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 361 oraz 364-365).

³¹⁵ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 359. Najwyraźniej już sam Darwin przeczuwał, że wytwory ludzkiej myśli mogą podlegać zasadom doboru naturalnego, skoro w liście do Wallace’a w kwestii wyboru pomiędzy utworzonym przez siebie i początkowo wyłącznie stosowanym (a przy tym – jak to wynika z aktualnego stanu wiedzy – znacznie bardziej trafnym i nie obciążonym ryzykiem nieporozumień) terminem „dobór naturalny”, a pochodzącym od Spencera określeniem „przeżycie najlepiej dostosowanego”, żartobliwie konkludował, że o tym, który z tych terminów utrwali się w praktyce, a który zostanie odrzucony, zadecyduje powodzenie „przeżycia najlepiej dostosowanego” (zob. R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 230-231).

osoby do osoby, w tym np. słowo, piosenka, stosunek do kogoś, wiara religijna, rytuał, norma, umiejętności, wynalazek³¹⁶. Memy mogą łączyć się w zespoły tworząc ideologie, religie, systemy moralne, obyczajowe, prawne, technologiczne, mody, prądy artystyczne itp. Podobnie jak geny są replikatorami (samopowielającymi się z minimalnymi niedokładnościami strukturami „rywalizującymi” o wytworzenie jak największej liczby własnych kopii)³¹⁷. Powielają się przez naśladownictwo (transmisję kulturową)³¹⁸, przy czym w przeciwieństwie do genów, które mogą być przenoszone wyłącznie z rodziców na dzieci (wertykalnie), memy mogą być transmitowane pomiędzy dowolnymi dwiema osobami (horyzontalnie), co upodabnia je – pod tym względem – do wirusów³¹⁹. Ponadto, podobnie jak geny, podlegają mutacjom³²⁰, a także zespołowej koadaptacji, w której są dobierane ze względu na ich wzajemne dopasowanie³²¹.

Choć memy, w przeciwieństwie do genów, nie występują w postaci przeciwstawnych sobie alleli, to jednak zachodzi pomiędzy nimi pewien rodzaj współzawodnictwa wynikający z niemożności jednoczesnego kontrolowania ludzkiego ciała i umysłu przez większą ich ilość. W konsekwencji te z nich, które słabiej przemawiają do ludzkiej psychiki nie są w stanie się rozpowszechniać, natomiast miejsce w ludzkich umysłach, a w konsekwencji również w ich materialnych wytworach, zajmują te, które wykazują się większym do nich powinowactwem³²². Podleganie doborowi o charakterze zbliżonym do darwinowskiego³²³

³¹⁶ R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 106.

³¹⁷ Jako replikatory memy podlegają kwantyfikacji według takich cech jak wierność kopiowania, płodność oraz długowieczność (R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 361 i 371; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 116).

³¹⁸ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 361; zob. także F. Fukuyama, *Historia...*, op. cit., s. 485.

³¹⁹ Zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 372. J. Delius przedstawił szczegółowy opis przypuszczalnej neuronalnej reprezentacji memu, a ponadto wyróżnił cały wachlarz ich odmian, „poczynając od zjadliwych pasożytów, a kończąc na dobrotliwych symbiontach” (zob. J.D. Delius, *The Nature...*, op. cit., s. 75-96). Myśl, że wytwory ludzkiego umysłu wykazują pewne podobieństwo do istot żywych nie jest nowa – już J. Milton pisał, że „książki w niczym nie są rzeczami martwymi, lecz zawierają w sobie potencjał życia, który je czyni na tyle aktywnymi, ile jest w nich ducha, którego są potomstwem: co więcej, one przechowują, jak w jakiejś fiole, najczystsza siłę i esencję tego żyjącego intelektu, który je stwarza” i są „tak życiowo produktywnie, jak owe mityczne zęby smoka”, wobec czego „kto zabija dobrą książkę zabija sam Rozum” (J. Milton, *Aeropagitica: A Speech of Mr John Milton for the Liberty of Unlicens'd printing to the Parliament of England*, London 1644, s. 8-9; cyt. za: A. Drózd, *John Milton a wolność słowa*, „Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis. Studia Politologica” 2002, s. 22-23).

³²⁰ Mutacje memów zachodzą z dużo większą łatwością i częstotliwością, aniżeli ma to miejsce w przypadku genów, co powoduje, że w umyśle każdego człowieka funkcjonuje w zasadzie odmienna wersja danej informacji kulturowej. Memem jest ta jej osnowa, która jest dla wszystkich wspólna. W przeciwieństwie do mutacji genów, mutacje memów nie są wyłącznie losowe, ale w dużej mierze kierunkowe (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 363-364; idem, *Fenotyp rozszerzony*, op. cit., s. 149; J.D. Delius, *The Nature...*, op. cit., s. 88-92).

³²¹ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 372; J.D. Delius, *The Nature...*, op. cit., s. 92-93.

³²² R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 364-365; J.D. Delius, *The Nature...*, op. cit., s. 84-85.

³²³ Zdaniem R. Dawkinsa odpowiednik doktryny Weismanna (tzw. centralny dogmat stwierdzający, że linia generatywna może kształtować cechy fenotypowe, brak jest natomiast oddziaływania w drugą stronę – cechy nabyte nie są dziedziczne) w odniesieniu do memów jest mniej rygorystyczny, w tym przypadku oddziaływanie przyczynowe może przebiegać bowiem także w odwrotnym, „lamarkowskim” kierunku,

powoduje, że ewoluując przez dostatecznie długi ciąg pokoleń memy mogą wykształcić systemy o wielkiej złożoności, złożone z koadaptowanych zespołów, które dla własnych korzyści wykorzystują środowisko kulturowe złożone z innych memów, również podlegających doborowi³²⁴.

Nowy rodzaj replikatora zapoczątkował kolejną, znacznie szybszą ścieżkę ewolucyjną, która jest w pewnym stopniu niezależna od ewolucji biologicznej, czego konsekwencją jest utrata przez geny monopolu na kierowanie ludzkim zachowaniem³²⁵. Relacje pomiędzy genami a memami są złożone i niejednokierunkowe. Z jednej strony zdolność przetrwania i replikacji memu zależy od siły oddziaływania na ukształtowany w drodze ewolucji biologicznej umysł ludzki stanowiący fenotypowy wyraz działania genów (w konsekwencji wiązkę adaptacji działających na rzecz sukcesu replikatorów genetycznych), wobec czego geny i memy często się wspierają, pozostając ze sobą w symbiotycznej relacji³²⁶. W tym układzie memy przedstawiają się jako zwykłe adaptacje korzystne z genowej perspektywy (np. podnoszące skuteczność technologii zdobywania pożywienia, walki, obrony, ochrony przed czynnikami atmosferycznymi), a kultura stanowi jedynie kolejną strategię wynalezioną przez geny w ich rywalizacji o sukces reprodukcyjny³²⁷. Pomędzy oboma nurtami ewolucji istnieje przy tym pozytywne sprzężenie zwrotne³²⁸ polegające na tym, że ewolucja biologiczna wspierała te rodzaje memów, które miały adaptacyjny charakter z punktu widzenia replikatora genetycznego, zaś korzyści z tego płynące powodowały, że „przy okazji” dobór naturalny faworyzował również geny wspierające zdolność przetwarzania memów, co skutkowało rozwojem mózgu i jego funkcji takich, jak np. zmysł obserwacyjny, zdolności do naśladownictwa, porozumiewania się, uczenia się, kreatywności i innowacyjności.

Interakcje genów i memów nie sprowadzają się jednak do automatycznego wspierania przez te drugie interesów replikatora genetycznego. Wynika to stąd, że memy same w sobie wyewoluowały do roli „samolubnych replikatorów”, dążących do podporządkowania organizmu, będącego wspólnym nośnikiem zarówno ich, jak i genów, własnemu sukcesowi

tj. od cechy fenotypowej do replikatora. Jest to najistotniejsza różnica pomiędzy memem a genem, z powodu której analogia doboru memowego do genowego doboru naturalnego może, według samego R. Dawkinsa, w ostatecznym rachunku okazać się błędna (zob. R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 149, 224-225 oraz 332-334).

³²⁴ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 368-371.

³²⁵ Ibidem, s. 360-361.

³²⁶ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 359-361; J.D. Delius, *The Nature...*, op. cit., s. 84-89.

³²⁷ J.D. Delius, *The Nature...*, op. cit., s. 87-89.

³²⁸ Nazywane przez R. Wrighta „koewolucyjnymi ruchomymi schodami” (zob. R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 318-319).

reprodukcyjnemu. Sukces ten zależy natomiast nie tylko od powodzenia replikacji symbiotycznych genów (jej znaczenie dla memów zmniejsza się wraz z doskonaleniem się ich własnych, niezależnych od genów, dróg replikacji, tj. transmisji kulturowej), ale również od interakcji z innymi memami, występującymi w puli memowej. Wszystko to odbywa się przy tym w środowisku o warunkach bardzo już odległych od tych, które panowały w *EEA*, co może prowadzić do kolizji z interesami „samolubnych genów” i wytworzyć siłę, która poprowadzi ewolucję replikatora niegenetycznego w kierunku niezależnym, a nawet niezgodnym z kierunkiem faworyzowanym przez ewolucję genetyczną. W konsekwencji na swoim biologicznym „gospodarzu” mogą pasożytować memy dla niego szkodliwe, a nawet letalne³²⁹, zaś znacznie szybsze tempo ich ewolucji utrudnia wytworzenie się skutecznych kontradaptacji genetycznych. Cały obraz dodatkowo komplikuje fakt, że w licznych przypadkach to właśnie te zespoły memów, które motywują do poświęcania albo co najmniej narażania swoich biologicznych interesów dla przedmiotów Popperowskiego Świata 3, popychają naprzód ewolucję kulturową na poziomie ogólnym³³⁰.

Jako przykład można tu wskazać napięcie pomiędzy ideami bezosobowych rządów prawa i bezosobowego państwa jako dobra wspólnego wszystkich obywateli, z których wynika obowiązek sprawowania władzy w sposób bezstronny i obiektywny, a biologicznie uwarunkowaną przez mechanizm doboru łączną skłonnością do nepotyzmu, traktowania władzy jako narzędzia realizacji interesów własnych, bliższej i dalszej rodziny oraz swoich zwolenników (politycznej klienteli). Niewątpliwym kierunkiem ogólnej ewolucji kulturowej jest coraz większe oddalanie się organizacji społecznej od swojego patrymonialnego (rodowego) podłoża w kierunku tych bezosobowych form, które generują najwięcej korzyści dla grupy jako całości. Podobnie jak w przypadku ewolucji biologicznej, która – dzięki presji selekcyjnej – prowadzi do powstawania coraz bardziej skomplikowanych form życia,

³²⁹ R. Dawkins jako przykład podaje mem samobójstwa, który może rozprzestrzeniać się poprzez spektakularne i dobrze nagłośnione męczeństwo inspirujące kolejne osoby do naśladownictwa, pomimo że jest to z reguły jaskrawo sprzeczne z ich interesem darwinowskim. Można tu wymienić również memy celibatu, mody na używanie narkotyków, terrorystycznych zamachów samobójczych fanatyków religijnych czy etosu lotników formacji kamikaze (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 366-367; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 147-149; J.D. Delius, *The Nature...*, op. cit., s. 89-92). Tego rodzaju memy z zasady skojarzone są z memem ślepej wiary, zaś osoby nimi owładnięte bywają określane mianem „memoidów” (*memeoids*) (zob. H.K. Henson, *Memes, L5 and the Religion of the Space Colonies*, „L5 News”, September 1985, s. 5-8).

³³⁰ M. Sahllins i E. Service w ramach ewolucji (zarówno biologicznej, jak i kulturowej) wyróżnili dwa odrębne podprocesy: adaptatywną ewolucję konkretną, która polega na tym, że poszczególne gatunki lub grupy ludzkie adaptują się do swoich środowisk i przez to różnicują się między sobą, oraz progresywną ewolucję ogólną, która wiąże się z rozprzestrzenianiem się adaptatywnych cech fenotypowych wśród różnych gatunków (w przypadku ewolucji kulturowej przejawem ewolucji ogólnej jest np. zjawisko konwergencji, która zachodzi równoległe do różnicowania się związanego z procesem ewolucji konkretnej). Postępujący wzrost złożoności ziemskiego życia biologicznego czy ludzkiej kultury jako całości to właśnie ewolucja ogólna (zob. M.D. Sahllins, E.R. Service, *Evolution and Culture*, Ann Arbor 1970, s. 12-44).

także ogólna ewolucja kulturowa, z tych samych przyczyn, ma określony kierunek: wykształcanie się coraz większych, bardziej złożonych i zintegrowanych, zużywających więcej energii i lepiej zaadoptowanych do środowiska struktur społecznych³³¹. Zespoły memów wspierające taki kierunek rozwoju życia społecznego pośrednio są również adaptatywne dla jednostek tworzących grupę, zwiększają bowiem jej dostosowanie do warunków środowiskowych oraz szanse w rywalizacji z innymi, konkurencyjnymi złożonościami społecznymi.

Z perspektywy dostosowania genetycznego jednostki pośrednia korzyść wynikająca z sukcesu grupy nie jest jednak oczywista i bezwarunkowa, wobec czego prawdopodobieństwo, że ludzie będą zachowywać się w sposób realizujący wąsko interes replikatora genetycznego jest tym większe, im słabsze są w danej społeczności instytucje polityczne i formy życia zbiorowego odwołujące się do idei wspólnoty opartej nie na więziach krwi, ale na powiązaniach kulturowych. Nie są one przy tym samoistnie stabilne, ponieważ stale erodują podkopywane przez ludzką skłonność do kształtowania świata na zasadzie plemienności. Jednocześnie jednak trwa proces stałego doskonalenia się kulturowych mechanizmów przeciwdziałania tym skłonnościom, dzięki czemu globalna organizacja społeczna powoli odchodzi od struktur plemiennych ku bezosobowym formom maksymalizującym korzyści z relacji altruizmu wzajemnego. W wyniku współzawodnictwa obu tych tendencji oraz nawarstwiania się w obowiązującym w danym czasie i miejscu paradygmacie nierozwiązywalnych na jego gruncie anomalii, co prowadzi do odwrócenia wektora przemian społecznych, proces dziejowy przedstawia się jako cykl następujących po sobie modernizacji i regresów³³². W tym „dialogu” pomiędzy sprzecznymi tendencjami,

³³¹ M.D. Sahlins, E.R. Service, *Evolution...*, op. cit., s. 28-38; zob. także J. Dewey, *Evolution...*, op. cit., s. 36-39. Teoria ewolucji drogą doboru naturalnego pokazuje sposób, w jaki prostota może zmienić się w złożoność, bez żadnych zewnętrznych czynników, wyłącznie w wyniku selekcji przez warunki środowiskowe zmiennych, odziedziczalnych cech, o ile tylko będzie ona następowała przez dostatecznie wiele pokoleń (zob. R. Dawkins, *Samoluby...*, s. 52, 372; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 114).

³³² Zjawisku temu w dużej mierze poświęcone są prace F. Fukuyamy (zob. F. Fukuyama, *Historia...*, op. cit., passim oraz idem, *Ład...*, op. cit., passim). Wydaje się, że to właśnie tę prawidłowość odzwierciedlała cykliczna wizja przemian politycznych jako składowa wywodzącego się z czasów starożytnych mitu wiecznego powrotu (paligenezy światów). Machiavelli wyraźnie dostrzegał już zarysy stojącego za nią mechanizmu, a także sinusoidalny (spiralny), a nie ściśle cykliczny schemat ruchu świata (L. Dubel, *Historia doktryn politycznych i prawnych do schyłku XX wieku*, Warszawa 2009, s. 119; A. Sylwestrzak, *Historia...* [1999], op. cit., s. 150-151). Przemiany nigdy nie oznaczają powrotu do punktu wyjścia, ponieważ po każdej z nich pozostaje pamięć oraz trwałe ślady kulturowe (zob. F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 213). Według takiego samego wzoru przebiega również, jak to zauważył J. Makarewicz, ewolucja zjawiska kary, w ramach której cyklicznie wysuwają się na czoło stałe, konkurencyjne wobec siebie motywy, każdorazowo jednak przetworzone przez poprzedzające etapy cyklu przemian. Rozwój kary nie wraca więc dokładnie do swego początku, lecz biegnie w jego kierunku, unosząc się jednocześnie i tworząc w ten sposób spiralę (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 294-296).

który syntezyje to, co w nich adaptatywne i odrzuca, co nieprzystosowawcze³³³, ogólny wektor ewolucji organizacji społecznej pozostaje niezmienny, ponieważ nawet słaby nacisk selekcyjny jest wystarczający dla skutecznego, w dłuższej perspektywie czasu, oddziaływania ze strony doboru darwinowskiego³³⁴.

Podobnie jak pozostałe ewolucyjne perspektywy na ludzkie zachowania, teoria koewolucji genetyczno-kulturowej przyjmuje, że ukształtowane w wyniku ewolucji genowej ludzkie dyspozycje biologiczne mają zasadniczy wpływ na procesy psychiczne człowieka oraz jego zachowania. Adaptacją biologiczną jest też sama zdolność ludzi do tworzenia kultury³³⁵. Dodatkowo teoria ta zakłada natomiast, że wraz z powstaniem kultury wyłoniło się nowe, emergentne zjawisko, które również ewoluuje według praw doboru naturalnego. Ewoluująca kultura, złożona z zespołów memów, wraz z biologicznymi adaptacjami psychicznymi ukształtowanymi w *EEA*, współtworzy świadomość ludzi żyjących w określonym czasie i miejscu, wobec czego dzieje ludzkości można postrzegać w kategoriach Hegłowskiej sukcesji form świadomości wypełniających nakreślony przez biologię zarys natury ludzkiej coraz to nowymi treściami³³⁶. Koncepcja memu stanowi ewolucyjne rozwinięcie Popperowskiej tezy o realności i częściowej autonomii Świata 3 złożonego z obiektywnych treści myślenia, niezależnych od subiektywnych procesów umysłowych, który przyczynowo oddziałuje na świat przeżyć psychicznych, a poprzez niego także na świat przedmiotów materialnych³³⁷. Obie ścieżki ewolucyjne wchodzą ze sobą w dwukierunkowe interakcje w koewolucyjnym procesie, w którym czynniki biologiczne wpływają na treść kultury, a jednocześnie kultura wpływa na przebieg ewolucji biologicznej poprzez swoją presję selekcyjną oraz fakt, że wyposażony w świadomość i zdolność abstrakcyjnego myślenia mózg ludzki może w dużej mierze sam planować swoją przyszłość, determinując przy okazji los genów, które go ukształtowały³³⁸.

Biologiczne dyspozycje człowieka mają silny wpływ na wytwory kultury (memy i ich zespoły), w tym sensie, że neurobiologiczne właściwości organizmu człowieka kształtują

³³³ Zob. F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 225-226.

³³⁴ R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 53-62. Supraliminalny nacisk selekcyjny wyjaśnia, dlaczego skala kooperacji obserwowana w społecznościach ludzkich jest z zasady większa, aniżeli uzasadniałyby to racjonalne kalkulacje, faworyzuje on bowiem zespoły memów (ideologie, wierzenia religijne), wzmacniające u ludzi skłonność do współpracy i altruizmu (zob. D.C. North, A. Denzau, *Shared Mental Models: Ideologies and Institutions*, „Kyklos” 1994, Vol. 47, s. 3-31), dzięki którym mogli oni tworzyć bardziej liczne i lepiej zorganizowane grupy, co dawało im przewagę pod każdym możliwym względem, w szczególności zaś militarnym (zob. F. Fukuyama, *Historia...*, op. cit., s. 81).

³³⁵ R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 332.

³³⁶ Zob. F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 121 i 239-241.

³³⁷ Zob. K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 147-151.

³³⁸ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 369; E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 206.

określony sposób postrzegania świata oraz ułatwiają uczenie się określonych zachowań (tzw. nastawienia ukierunkowujące uczenie – *learning biases*), co oznacza dziedziczenie skłonności do tworzenia, przekazywania i przyjmowania określonych typów memów³³⁹. Nie przesądzają one jednak w sposób ścisły ich treści, powodują jedynie, że w przypadku, gdy określone reguły epigenetyczne są silne, wyznaczane przez nie zachowania ewoluują w podobny sposób w wielu społeczeństwach stając się kulturowymi uniwersaliami, takimi, jak np. dawanie darów, gry, pojęcie duszy, tabu kazirodztwa czy przepowiadanie pogody³⁴⁰. Na wrodzony charakter skłonności ludzi do tworzenia określonych, uniwersalnych elementów kultury mogą wskazywać badania z zakresu antropologii porównawczej, w tym zwłaszcza te, które obrazują konwergencję kulturową cywilizacji Starego i Nowego Świata. Linie rozwojowe tych izolowanych cywilizacji, których punktem wyjścia były ludy epoki kamienia, przebiegały bardzo podobnie, zarówno jeżeli chodzi o rozwój technologii materialnych (rolnictwo, ceramika, tkaniny, udomowienie zwierząt jako źródła pożywienia i siły pociągowej, obróbka metali itp.), jak i społeczno-politycznych (wioski, kult religijny, twórczość artystyczna, kapłani, mity, pismo, kroniki i rodowody, prawo i sądownictwo, monumentalne grobowce, koalicje i podboje, pomniki itp.)³⁴¹. Zjawisko konwergencji kulturowej na obszarze prawa karnego z właściwym sobie rozmachem udokumentował J. Makarewicz, ukazując zaskakujące podobieństwo w reakcji karnej różnych epok i obszarów geograficznych, w tym ściśle od siebie izolowanych³⁴².

Z drugiej jednak strony, wynikiem selekcji kulturowej mogą być zjawiska biologicznie nieadaptatywne albo nawet autodestrukcyjne w skali jednostkowej czy grupowej. Presja selekcyjna oparta na zróżnicowanych szansach przeżycia i reprodukcji ze względu na występującą wśród ludzi zmienność behawioralną i intelektualną sprzyjała, co prawda, przystosowaniu ludzkich umysłów do wyboru tych memów, które były korzystne dla

³³⁹ Ibidem, s. 187.

³⁴⁰ Zob. G.P. Murdock, *The Common...*, op. cit., s. 123-142; S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 616-621; E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 184.

³⁴¹ Zob. A.V. Kidder, *Looking Backward*, „Proceedings of the American Philosophical Society” 1940, Vol. 83, No. 4, s. 527-537. Rolnictwo wynaleziono niezależnie od siebie co najmniej pięciokrotnie, a pismo również kilkakrotnie, przy czym przykłady te nie stanowią wyjątków, ale obrazują pewną prawidłowość polegającą na wielokrotnym, niezależnym dokonywaniu tych samych odkryć, która odnosi się do różnych obszarów wiedzy i technologii (zob. J. Diamond, *Strzelby, zarazki, maszyny. Losy ludzkich społeczeństw* [tyt. oryg. *Guns, Germs, and Steel: The Fates of Human Societies*], tłum. M. Konarzewski, Warszawa 2000 [wyd. oryg. New York 1997], rozdz. 5; W. Ogburn, D. Thomas, *Are Inventions Inevitable?*, „Political Science Quarterly” 1922, Vol. 37, No. 1, s. 83-98; R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 168).

³⁴² Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., passim; idem, *Ewolucja kary*, „Ateneum” 1897, t. 1, s. 143-163, z. 2, s. 308-333, [przedr. J. Makarewicz, *Prace rozproszone. Tom I (publikowane w latach 1895-1901)*, Lublin 2010, s. 139-158]).

adaptacji organizmu do środowiska oraz odrzucenia szkodliwych z tego punktu widzenia³⁴³, jednakże adaptatywne wyniki selekcji kulturowej są znacznie bardziej niepewne, aniżeli selekcji genetycznej. Wpływa na to wiele różnych czynników, w tym m. in. bardzo szybkie zmiany środowiska kulturowego, wynikające z tempa replikacji memów, ich dużej płodności i często niewielkiej dokładności kopiowania, jak również tempo przekształcania przez kulturę środowiska naturalnego, za którym nie nadąża ewolucja genetyczna, opierająca się na selekcji mutacji powstających przypadkowo w kolejnych pokoleniach³⁴⁴.

Ze względu na krótki (z perspektywy zasad genetyki populacyjnej), bo nie przekraczający 10 tys. lat, okres jaki upłynął od neolitycznej rewolucji rolnej, która była początkiem niezwykle dynamicznych przemian kulturowych, ewolucja kulturowa ciągle nie ma jeszcze swojego ekwiwalentu genetycznego. Z tego powodu biologicznym podłożem ludzkich zachowań nadal pozostają przede wszystkim adaptacje do warunków istniejących w środowiskach ancestralnych, kiedy to geny i reguły epigenetyczne oraz kultura przez długi okres czasu ewoluowały równolegle i były ze sobą ściśle sprzężone³⁴⁵. W konsekwencji „arbitrem” decydującym o przyjęciu albo odrzuceniu określonych memów jest umysł obciążony biologicznymi dyspozycjami ukształtowanymi w *EEA*, z których część w wyniku zmian środowiska utraciła już swoją adaptatywność. Dysponuje on przy tym ograniczonymi zasobami prawdziwych informacji o otaczającej rzeczywistości, jak również czasu i energii na ich poszukiwanie i rekompensuje te braki różnego rodzaju mechanizmami heurystycznymi, takimi jak np. nastawienie konformistyczne (*conformist bias*), nastawienie na autorytety (*prestige bias*)³⁴⁶, efekt aureoli, efekt kontrastu, uwzględnianie bodźców torujących i wiele innych³⁴⁷. Mogą one prowadzić do zróżnicowanych (z punktu widzenia adaptatywności) rezultatów ograniczając, a nawet całkowicie wyłączając (jak np. w przypadku memów o cechach zabobonów), racjonalność podejmowanych decyzji. Rzecz jasna, biologiczny mechanizm selekcyjny sprzyja eliminacji szkodliwych memów, jednakże jego oddziaływanie – w porównaniu do selekcji genetycznej – jest osłabione przez horyzontalny sposób ich replikacji, który powoduje, że nawet fizyczna eliminacja wszystkich osób będących „nosicielami” danego memu nie wyłącza jego dalszej replikacji, co jest możliwe dzięki rozwojowi technologii informacji, w tym zwłaszcza wynalazkowi pisma.

³⁴³ Zob. R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 168 i 316-318; E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 206.

³⁴⁴ R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 149; J.D. Delius, *The Nature...*, op. cit., s. 96.

³⁴⁵ E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 209 i 315.

³⁴⁶ P.J. Richerson, R. Boyd, *Not By Genes...*, op. cit., s. 169-182.

³⁴⁷ Zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 129-137; T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 57-63.

Pismo, a także kolejne innowacje na tym polu (takie jak np. druk, poczta, sieć komputerowa i in.) prowadzą do coraz szybszej i bardziej powszechnej komunikacji, a jednocześnie do coraz większego odseparowania transmitowanych treści kulturowych od umysłów konkretnych ludzi. Wszystko to łącznie powoduje, że ewolucja kulturowa przebiega inaczej od ewolucji genetycznej – jest szybsza i bardziej chaotyczna, innowacje kulturowe rozprzestrzeniają się błyskawicznie, a ich treść jest płynna³⁴⁸. Pomimo, że adaptatywność selekcji kulturowej jest znacznie mniej pewna niż w przypadku selekcji genetycznej, to jednak hipoteza, że najbardziej rozpowszechnione cechy kultury dają przenoszącym je genom przewagę w sensie darwinowskim została dobrze potwierdzona empirycznie³⁴⁹.

3.4. Teoria gier

Zrozumienie istoty ewolucji kulturowej ułatwia ewolucyjna teoria gier. Jest ona nauką (działem matematyki) o strategicznym działaniu w warunkach konfliktu i kooperacji³⁵⁰, czyli o powstawaniu, przemianach, rozprzestrzenianiu się i ewentualnej stabilizacji różnych form behawioralnych w populacji graczy (podmiotów podejmujących decyzje w warunkach interakcji, tj. sytuacji gdy rezultat decyzji każdego gracza zależy od decyzji co najmniej jednego innego gracza³⁵¹). Teoria gier ma charakter uniwersalny: graczem, którego strategia podlega modelowaniu może być jednostka ludzka, grupa, zwierzę, program komputerowy itp.³⁵² Początkowo teoria gier rozwijała się głównie na gruncie ekonomii, ale z czasem znalazła zastosowanie w wielu różnych dziedzinach nauki, stając się formalnym, uniwersalnym językiem unifikacji nauk behawioralnych³⁵³.

Wśród różnych klasyfikacji typów gier fundamentalne znaczenie ma, wprowadzony już przez twórców teorii J. Naumanna i O. Morgensterna, podział na gry o sumie zerowej (stałej, *zero-sum game*) i gry o sumie niezerowej (*non-zero-sum game*)³⁵⁴. Pierwszy typ, nazywany jest również grą ściśle konkurencyjną, ponieważ interesy graczy są w nim

³⁴⁸ R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 109.

³⁴⁹ E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 215.

³⁵⁰ T. Płatkowski, *Wstęp do teorii gier*, Warszawa 2012, s. 6.

³⁵¹ Sytuacja, w której decyzja ma zostać podjęta w oderwaniu od decyzji innych podmiotów nie jest grą, a jedynie problemem decyzyjnym. Teoria gier znajduje zatem zastosowanie wtedy, gdy wybór optymalnej strategii zależy od strategii, którą może przyjąć przeciwnik (zob. R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 344).

³⁵² T. Płatkowski, *Wstęp...*, op. cit., s. 6.

³⁵³ Ibidem.

³⁵⁴ J. v. Neumann, O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton 1944, s. 34-35; zob. także T. Płatkowski, *Wstęp...*, op. cit., s. 33-37; M. Malawski, A. Wieczorek, H. Sosnowska, *Konkurencja i kooperacja. Teoria gier w ekonomii i naukach społecznych*, Warszawa 2004, s. 25-26.

całkowicie przeciwstawne – dla uzyskania maksymalnej wypłaty³⁵⁵ gracz musi dążyć do zminimalizowania sumy wypłat przeciwników (zysk jednego z graczy jest automatycznie stratą drugiego). Gra o sumie zerowej stanowi model czystego konfliktu dwóch stron³⁵⁶. W przypadku gier o sumie niezerowej wypłaty graczy nie sumują się do zera (możliwe jest równoczesne odniesienie korzyści przez obu z nich albo obustronna porażka), a ich interesy nie są ani ściśle przeciwstawne, ani w pełni zgodne. Istotą tych gier jest konkurencja, ale w określonych układach sytuacyjnych maksymalizację wypłaty dla obu stron zapewnia kooperacja.

Jedną z najsłynniejszych gier o sumie niezerowej jest tzw. Dylemat Więźnia (*Prisoner's Dilemma*). Najbardziej popularna fabuła tej gry opowiada o dwóch podejrzanych zatrzymanych przez policję, którzy nie wiedząc o decyzji podjętej przez drugiego współnika muszą zdecydować o jego obciążeniu w swoich wyjaśnieniach lub zachowaniu wobec niego lojalności, przy czym w zależności od postawy swojej oraz współnika gracz otrzymuje wyższą lub niższą karę pozbawienia wolności³⁵⁷. Istotą Dylematu Więźnia jest to, że gracze dysponują dwoma akcjami („zdradź” i „współpracuj”), a tabela wygranych jest uszeregowana w ten sposób, że najwyższą wypłatę (np. w przytoczonym scenariuszu rok więzienia) otrzymuje gracz, który zdradził lojalnego współnika, drugą z kolei jest indywidualna wypłata za wzajemną lojalność (np. 3 lata), trzecią indywidualna wypłata za wzajemną zdradę (np. 5 lat), najniższa natomiast jest wypłata za współpracę przy zdradzie drugiego gracza (np. 10 lat)³⁵⁸. Przy tak skonstruowanej tabeli wypłat jednokrotny Dylemat Więźnia preferuje strategię niekooperatywną, ponieważ niezależnie od tego, co robi przeciwnik jedyną racjonalną akcją jest „zdrada”. Paradoks polega na tym, że działając racjonalnie obaj gracze „zdradzą”, pomimo świadomości, że gdyby tylko podjęli współpracę i mogli sobie zaufać rozstrzygnięcie było dla obu korzystniejsze, aniżeli obopólna zdrada (choć nie tak korzystne jak zdrada przy zachowaniu lojalności przez drugiego gracza).

Sytuacja zmienia się jednak w przypadku wersji iterowanej (wielokrotnej), w której gracze muszą uwzględniać perspektywę przyszłego uczestnictwa w kolejnych wzajemnych interakcjach, co powoduje, że zamiast prostego wyboru pomiędzy „zdradą” a „współpracą” istnieje praktycznie nieograniczona różnorodność strategii mieszczących się pomiędzy „zawsze zdradzaj” a „zawsze kooperuj”. Podejmowane decyzje mogą przy tym

³⁵⁵ W teorii gier w ten sposób nazywany jest mierzalny sposób określenia wyniku gracza.

³⁵⁶ Zaliczyć tu można szachy, warcaby, klasyczne dwuosobowe gry karciane, rywalizację sportową w takich dziedzinach, jak boks itp.

³⁵⁷ Zob. np. T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 373-374.

³⁵⁸ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 386-387; T. Płatkowski, *Wstęp...*, op. cit., s. 9.

opierać się na wcześniejszym przebiegu gry i wynikających z niego wnioskach co do strategii stosowanej przez drugą stronę. W słynnych turniejach wielu strategii (realizowanych przez programy komputerowe), zorganizowanych przez R. Axelroda³⁵⁹, empirycznie potwierdzono, że przy wielokrotnych rozgrywkach³⁶⁰, strategię egoistyczną dają średnio bardzo małe wygrane (podobnie jak strategia bezwarunkowo kooperacyjna „zawsze współpracuj”) w porównaniu z bardziej kooperatywnymi, a najbardziej optymalną okazała się najprostsza, wyrażająca „złotą” zasadę altruizmu wzajemnego, strategia „wet za wet” („zaczynaj kooperatywnie, a później naśladuj ostatni ruch drugiego gracza”)³⁶¹. Skuteczność strategii „wet za wet” (i jej zmodyfikowanych wariantów), wynika z faktu, że jest ona kooperatywna, ale nie naiwna (taki charakter ma strategia „zawsze współpracuj”). Według R. Axelroda najlepsze strategie w iterowanym Dylemacie Więźnia charakteryzowały się tym, że były przyjazne (nigdy nie „zdradzają” jako pierwsze), odwzajemniające (są zdolne do odwetu za „zdradę”), wielkoduszne (powracają do kooperacji w przypadku, gdy partner po „zdradzie” uczynił to samo) i niezazdrosne (nie dążą do osiągnięcia lepszego wyniku niż partner)³⁶². Strategie spełniające te warunki są zarazem odporne³⁶³.

Założenie racjonalności decyzji graczy, na którym opiera się Dylemat Więźnia, było istotnym składnikiem paradygmatu teorii gier na wczesnym etapie jej rozwoju, przez co początkowo stanowiła ona oparte na teorii racjonalnego wyboru, normatywne narzędzie optymalizacji strategii działania w warunkach konfliktu i kooperacji. Nie może zatem być zaskoczeniem, że najwcześniej znalazła ona zastosowanie w ekonomii, której klasyczne teorie już wcześniej opierały się na tożsamyh założeniach³⁶⁴. Teorie racjonalnego wyboru opierają się na wizji „rozsądnego egoisty” – wywodzącej się od Hobbesa koncepcji racjonalności instrumentalnej, według której osoba działa racjonalnie

³⁵⁹ Zob. R. Axelrod, *Effective Choice in the Prisoner's Dilemma*, „Journal of Conflict Resolution” 1980, Vol. 24, No. 1, s. 3-25; idem, *More Effective Choice in the Prisoner's Dilemma*, „Journal of Conflict Resolution” 1980, Vol. 24, No. 3, s. 379-403; idem, *The Emergence of Cooperation among Egoists*, „American Political Review” 1981, Vol. 75, No. 22, s. 306-318; idem, *The Evolution of Cooperation*, New York 1984, s. 27-69 i 192-215; idem, *The Complexity of Cooperation: Agent-Based Models of Competition and Collaboration*, Princeton 1997.

³⁶⁰ Pod warunkiem, że gracze nie znają z góry planowanej liczby tur, w przeciwnym razie gra traci swój iterowany charakter, a optymalną staje się strategia niekooperatywna (zob. R.J. Aumann, *Acceptable Points in General Cooperative n-Person Games*, [w:] *Contributions to the Theory of Games*, ed. by A.W. Tucker, R.D. Luce, „Annals of Mathematics Studies”, Princeton 1959, Vol. 4, No. 40, s. 287-324).

³⁶¹ Zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 392-399.

³⁶² Niezawistna jest np. strategia „wet za wet”, która nie może osiągnąć wyższej wypłaty niż przeciwnik, ponieważ zdradza jedynie w odwecie, a jest „nastawiona” na osiąganie remisów. Co ciekawe, w iterowanej grze w Dylemat Więźnia, zorganizowanej z udziałem żywych ludzi z zasady ulegali oni zawiści, co nie było dla nich w ostatecznym rozrachunku korzystne (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 408; R. Axelrod, *The Evolution...*, op. cit., s. 27-54).

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ Zob. np. *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, red. M. Bednarski, J. Wilkin, Warszawa 2007, s. 20.

wtedy i tylko wtedy, gdy maksymalizuje swoją funkcję użyteczności³⁶⁵, tę zaś definiuje się jako satysfakcję, zadowolenie osiągnięte przez jednostkę na skutek dokonanego wyboru³⁶⁶.

Na tym gruncie wyrosła, rozwijająca się od początku XX w. ekonomiczna analiza prawa, w ramach której w latach siedemdziesiątych ukonstytuowała się Chicagowska Szkoła Law&Economics³⁶⁷, opierająca się na założeniu, że prawo jest zjawiskiem dającym się zredukować do faktów o charakterze ekonomicznym³⁶⁸. Korzystając z narzędzi zaczerpniętych z ekonomii siłą rzeczy odwoływała się ona do teorii racjonalnego wyboru oraz założenia o *homine oeconomicum*³⁶⁹, przyjmując, że podejście ekonomiczne ma uniwersalny charakter i daje się zastosować do każdego ludzkiego zachowania w dowolnej sytuacji wyboru w warunkach istniejących ograniczeń, w tym do „dążeń emocjonalnych i fizykalnych”³⁷⁰. Wynika to z faktu, że uniwersalną właściwością ludzką jest racjonalne poszukiwanie możliwości maksymalizacji przyjemności i ograniczenia przykrości wynikających z podejmowanych zachowań, zarówno rynkowych jak i pozarynkowych, odnoszących się nie tylko do dóbr materialnych i najszerzej rozumianych usług (pożądanych zachowań innych osób), ale również wpływających na status jednostki w grupie i własną samoocenę³⁷¹.

Ewolucyjna analiza prawa i jego analiza ekonomiczna opierają się na tożsamej podstawie, jaką jest założenie o możliwości postrzegania prawa w kategorii faktów, których normatywny kształt stanowi rozwinięcie ludzkiej natury. Podejście ekonomiczne, pomimo znacznych walorów prognostycznych, wykazuje jednak szereg braków, gdy przychodzi do wyjaśnienia badanych zjawisk. Świadomi takiego stanu rzeczy są zresztą sami ekoności, np. M. Friedman sformułował tezę, że w przypadku każdej użytecznej teorii ekonomicznej jej założenia muszą być kontrfaktyczne, zaś jej wartość można oceniać wyłącznie na podstawie wyników w przewidywaniu klasy zjawisk, do której się odnosi, a nie na poprawności jej

³⁶⁵ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, op. cit., s. 128-129; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 89-90.

³⁶⁶ M. Szczepaniec, *Teoria ekonomiczna w prawie karnym*, Warszawa 2012, s. 28.

³⁶⁷ Zob. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, op. cit., s. 126-127.

³⁶⁸ M. Szczepaniec, *Teoria...*, op. cit., s. 27.

³⁶⁹ Koncepcja ta zakłada, że istotą natury ludzkiej jest egoizm znajdujący wyraz w kierowaniu się indywidualnym interesem związanym z maksymalizacją własnej użyteczności lub satysfakcji oraz racjonalność przy dążeniu do jego realizacji (zob. ibidem, s. 36-37).

³⁷⁰ G. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976, s. 81.

³⁷¹ Zob. M. Friedman, R. Friedman, *Wolny wybór* [tyt. oryg. *Free to Choose: A Personal Statement*], tłum. J. Kwaśniewski, Sosnowiec 2006 [wyd. oryg. Orlando-Austin-New York-San Diego-Toronto-London 1980], s. 24-25.

założeń³⁷². Modelowanie ekonomiczne ma więc charakter przede wszystkim instrumentalny, nie zaś deskryptywny. Wynika to z faktu, że założenie o *hominem oeconomicum*, na którym oparte są teorie racjonalnego wyboru, jest jedynie bardzo uproszczonym modelem, który w niewielkim stopniu przystaje do aktualnej wiedzy o zasadach funkcjonowania ludzkiego umysłu. Nie wdając się w szczegółowe rozważania na ten temat³⁷³, podkreślić należy, że kontrfaktyczne jest przede wszystkim samo założenie, że rzeczywiste zachowania ludzi są racjonalne lub – przynajmniej – zbliżone do racjonalnych³⁷⁴.

W przeciwieństwie do teorii ekonomicznych paradygmat ewolucyjny nie odwołuje się do uproszczonego, nadmiernie idealizacyjnego modelu *hominis oeconomicus*³⁷⁵, ale do empirycznie potwierdzonego modelu *hominis neuropsychologensis*³⁷⁶. Uwzględnia on fakt, że ludzki umysł rozwiązuje problemy poznawcze i decyzyjne wykorzystując dwa systemy, współkształtujące jego mentalne i behawioralne wytwory, z których pierwszy obejmuje ewolucyjnie starsze procesy o charakterze nieświadomym i zautomatyzowanym, a drugi – ukształtowane w ewolucji hominidów – procesy kontrolowane i świadome³⁷⁷. Nieuzasadnione jest przykładanie nadmiernej wagi do świadomych przekonań jednostki na temat „rzeczywistych” preferencji, ponieważ jej behawioralne wytwory mogą być wynikiem rozwiązywania określonego problemu poza kontrolą świadomości, polegającego np. na redukowaniu negatywnych następstw psychicznych, takich jak wyrzuty sumienia, poczucie winy czy wstyd³⁷⁸. Za rzeczywistymi zachowaniami ludzkimi stoją również prawidłowości trudne do pogodzenia z tezą o racjonalności, takie jak np. skłonność do kierowania się uproszczonymi regułami wnioskowania (wskazówkami heurystycznymi)³⁷⁹, podtrzymywania *status quo*, ratowania „kosztów utopionych”, przeceniania szans na wynik pozytywny i niedoceniań ryzyka, poddawania się tzw. efektowi aureoli

³⁷² Zob. M. Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, [w:] *Essays in Positive Economics*, idem, Chicago 1953, s. 8-14; J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, op. cit., s. 133.

³⁷³ Bliżej zob. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, op. cit., s. 129-131.

³⁷⁴ Zob. ibidem, s. 133; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, op. cit., s. 18-19.

³⁷⁵ Na temat wad podejścia ekonomicznego w nauce o karze i polityce kryminalnej zob. J. Utrat-Milecki, *Wprowadzenie. Kara i polityka kryminalna jako elementy osobliwego świata społecznego*, [w:] *Z dziejów afektu penalnego*, idem [red.], Warszawa 2014, s. 22-24.

³⁷⁶ Zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 137.

³⁷⁷ Zob. szerzej na ten temat T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 138-161.

³⁷⁸ Jak zauważył S. Pinker, świadectwa empiryczne dostarczane przez nowe nauki o naturze ludzkiej wskazują na powszechność mechanizmów obronnych i zniekształceń poznawczych korzystnych dla Ja oraz służących łagodzeniu dysonansu poznawczego, za pomocą których ludzie oszukują samych siebie co do swej niezależności, mądrości oraz wewnętrznej spójności (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 416; zob. też I. Niewiadomska, *Osobowościowe uwarunkowania skuteczności kary pozbawienia wolności*, Lublin 2007, s. 300 i literatura tam powołana).

³⁷⁹ A. Tversky, D. Kahneman, *On the Reality of Cognitive Illusions*, „Psychological Review” 1996, Vol. 103, No. 3, s. 582-591; zob. także T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 295.

czy prokrastynacji³⁸⁰. Sprawę dodatkowo komplikuje fakt, że wbrew podstawowemu założeniu teorii racjonalnego wyboru, rzeczywiste preferencje człowieka najczęściej nie tworzą spójnej i uporządkowanej hierarchii możliwej do sprowadzenia w indywidualną funkcję użyteczności, mogą one przy tym ulegać zmianom z upływem czasu, natomiast na bieżące wybory wpływa także zróżnicowana czasowo dostępność pożądaných stanów rzeczy (dyskontowanie przyszłej użyteczności)³⁸¹ oraz różnice w subiektywnym prawdopodobieństwie uzyskania dóbr, pomiędzy którymi należy dokonać wyboru.

Analiza ewolucyjna prawa uwzględnia szerszy niż teoria racjonalnego wyboru kontekst motywacyjny ludzkich działań i decyzji, a w tym rolę emocji związanych z oddziaływaniem tego aspektu natury ludzkiej, który Platon określił jako *thymos*³⁸², jak również wpływ jaki na podejmowane przez człowieka decyzje wywierają wytwory Popperowskiego Świata 3, takie jak na przykład wierzenia religijne, ideologie czy też sądy moralne, które mogą skłaniać do decyzji sprzecznych z egoistycznymi preferencjami, również uświadomionymi³⁸³.

Podjęcie ewolucyjne dodatkowo pozwala uniknąć podstawowego problemu normatywnych implikacji analizy ekonomicznej, która przyjmując, że celem prawa powinno być maksymalizowanie funkcji użyteczności społecznej rozumianej jako mierzone w pieniądzu społeczne bogactwo skonstruowane z indywidualnych funkcji użyteczności, odrzuca możliwość dokonywania moralnych rozróżnień pomiędzy typami przyjemności (co dobitnie wyraził Hume pisząc, że „nie jest sprzeczne z rozumem preferowanie zniszczenia całego świata nad podrapanie się w palec”³⁸⁴), a bariery zapobiegającej „moralnej potworności” (*moral monstrousness*) prawa upatruje tylko w ograniczonym bogactwie

³⁸⁰ Zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 129-134.

³⁸¹ Dostępne od razu dobro o mniejszej wartości może zostać wybrane kosztem oczekiwania na dobro bardziej wartościowe, które będzie dostępne dopiero po upływie dłuższego czasu (zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 28-35).

³⁸² Jak podkreślił F. Fukuyama, pomimo, że człowiek jest istotą ekonomiczną, która przez większą część życia kieruje się motywami związanymi z racjonalnością gospodarczą, to jednak istnieją obszary ludzkiej motywacji nie mające nic wspólnego z ekonomiką i właśnie na nich najczęściej mają swój początek takie zjawiska, jak wojny, nagłe erupcje uczuć religijnych, ideologicznych czy narodowych (F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 222; zob. też analizy tła społeczno-gospodarczego rewolucji i powstań, np. w odniesieniu do rewolucji francuskiej – ibidem, s. 277-280; A. de Tocqueville, *Dawny ustrój i rewolucja* [tyt. oryg. *L'ancien régime et la Révolution*], tłum. H. Szumańska-Grossowa, Kraków 1994 [wyd. oryg. Paris 1856]; M. Sczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 333; co do wielkiego antyfeudalnego powstania 1450 r. w Anglii – K. Koranyi, *Powszechna historia państwa i prawa*, t. 3, Warszawa 1966, s. 175).

³⁸³ Zob. np. J.J. Dilulio Jr, *Principled Agents: The Cultural Bases of Behavior in a Federal Government Bureaucracy*, „Journal of Public Administration Research and Theory” 1994, Vol. 4, No. 3, s. 277-320.

³⁸⁴ Zob. D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, Oxford 1987, s. 416.

jednostki, limitującym możliwość „wykupienia” zgody ofiary na spełnienie niemoralnych potrzeb³⁸⁵.

Wady tej nie wykazuje paradygmat ewolucyjny, który choć ma przede wszystkim deskryptywny charakter³⁸⁶, to jednak wiąże się z nim również określone implikacje normatywne. Skoro bowiem z perspektywy ewolucyjnej wynika, że ludzie wykazują kooperatywne dyspozycje związane z ich dążeniem do realizacji indywidualnych potrzeb dzięki współdziałaniu z innymi, to za moralnie uzasadnione można uznać takie prawo, które stanowić będzie mechanizm wspierający ludzką skłonność do angażowania się w relacje społecznej wymiany. Zwiększanie bogactwa społecznego czy też zapewnienie ekonomicznie efektywnej alokacji dóbr może zostać uznane za jeden z istotnych celów prawa, ale nie za cel bezwarunkowo nadrzędny, istotne bowiem jest również respektowanie najbardziej podstawowych potrzeb ludzkich, do których zaliczyć można poszanowanie własnej godności oraz wolności. Cele te nie są wzajemnie sprzeczne, a wręcz przeciwnie, jak wskazuje ewolucyjny wgląd w naturę człowieka, pozostają one ze sobą w pozytywnym sprzężeniu zwrotnym³⁸⁷.

W przeciwieństwie do analizy ekonomicznej, która przyjmuje równouprawnienie wszelkich reprezentowanych w populacji typów preferencji jako indywidualnych funkcji użyteczności wszystkich członków społeczeństwa składających się na funkcję użyteczności społecznej, analiza ewolucyjna odwołuje się do natury ludzkiej, którą tworzą między innymi uczucia moralne same w sobie, poczucie sprawiedliwości, godności, równości, odwzajemnienie pozytywne i negatywne, związane z kooperatywnymi dyspozycjami

³⁸⁵ Zob. R. Posner, *The Economics of Justice*, London 1981, s. 82.

³⁸⁶ W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 173.

³⁸⁷ Dla uzmysłowienia sobie przewagi, jaką daje organizacja oparta na poszanowaniu autonomii i godności jednostki, warto przyjrzeć się armii jako modelowi złożoności społecznej, ponieważ z uwagi na pełnione funkcje wyniki weryfikacji jej efektywności organizacyjnej przez rzeczywistość bywają szczególnie wyraziste i szybko widoczne. Oparte na etosie egalitarnym, poszanowaniu autonomii i inicjatywy żołnierzy każdego szczebla, współpracy w dążeniu do wspólnego celu, wojska krajów zachodnich są niewspółmiernie bardziej efektywne, aniżeli armie najbogatszych nawet krajów świata arabskiego, w których odzwieczona jest skostniała i dysfunkcyjna struktura społeczna, niezależnie od ogromnych wydatków, jakie te ostatnie ponoszą na zakup najnowocześniejszego uzbrojenia (zob. na ten temat zwłaszcza: N.B. De Atkine, *Why Arabs Lose Wars*, „Middle East Quarterly” December 1999, Vol. 6, No. 4, publikacja dostępna także online pod adresem: <https://www.meforum.org/441/why-arabs-lose-wars> [data dostępu: 5 marca 2022 r.] oraz idem, *Western Influence on Arab Militaries: Pounding Square Pegs into Round Holes*, publikacja dostępna online pod adresem: https://www.academia.edu/9494672/Western_Training_Arab_armies [data dostępu: 5 marca 2022 r.]). Inny pouczający przykład stanowi tzw. *Gay-index*, wyrażający empirycznie wykazaną zależność, że im wyższy jest poziom tolerancji w danym społeczeństwie dla osób LGBT+, tym bardziej prawdopodobny jest wysoki poziom wzrostu gospodarczego w tym społeczeństwie w najbliższym czasie. Współczynnik ten ukazuje związek pomiędzy rozwojem ekonomicznym a inkluzywnością społeczeństwa i jego akceptacją dla różnorodności (zob. R. Florida, *Technology and Tolerance: The Importance of Diversity to High-Technology Growth*, publikacja dostępna online pod adresem: <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/techtol.pdf> [data dostępu: 5 marca 2022 r.]).

przeżycia afektywne, takie jak na przykład współczucie, troska czy sympatia. Daje w związku z tym podstawy do wartościowania indywidualnych preferencji poszczególnych członków społeczeństwa oraz określenia realnie użytecznego społecznie celu prawa. Dzięki temu ewolucyjne wyjaśnienie podłoża i funkcji ludzkiej moralności pozwala nie tylko zrozumieć, jak ukształtowały się te skłonności człowieka, które oceniamy jako dobre lub złe, ale również – wbrew temu, co sądził Huxley – uzasadnić „dlaczego to, co nazywamy dobrem, jest bardziej godne pożądania od tego, co nazywamy złem”³⁸⁸.

Obecnie teoria gier nie ma już początkowych ograniczeń i pozwala analizować także gry wieloosobowe, w tym o nieskończonym zbiorze akcji i strategii dostępnych graczom (tzw. „duże gry”), a także gry, których gracze dysponują niepełną albo niesymetryczną informacją (tzw. gry Bayesa)³⁸⁹. Szybko dostrzeżono też, że umożliwia ona modelowanie również i takich interakcji, które nie są oparte na założeniu racjonalności graczy. Na tym gruncie rozwinęła się tzw. teoria gier ewolucyjnych (*TGE*), która opiera się na założeniu, że biologiczne przystosowanie (*fitness*) zależy od interakcji opisywalnych za pomocą jej formalizacji. Ponieważ jeden z podstawowych postulatów darwinowskiej teorii ewolucji głosi, że udział procentowy osobników o lepszym dostosowaniu rośnie w populacji, wypłaty w grach ewolucyjnych wyrażane są w kategoriach sukcesu reprodukcyjnego³⁹⁰. Wypłata wynagrodzeń w „potomstwie” spowodowała, że prowadzone symulacje przestały być prostym sprawdzeniem skuteczności poszczególnych strategii względem innych strategii³⁹¹, stały się natomiast narzędziem umożliwiającym badanie wzajemnych interakcji poszczególnych strategii w zmiennym układzie populacyjnym, przekształcającym się według praw doboru naturalnego. Pozwoliło to na przyjęcie behawioralnego, wyabstrahowanego od kwestii racjonalności, czy też intencjonalności gracza, znaczenia pojęcia strategii odpowiadającego wzorcowi zachowania³⁹², a w konsekwencji na wykorzystanie teorii gier w roli narzędzia modelowania dowolnej formy współpracy w ramach współzawodnictwa, w tym pomiędzy zwierzętami, roślinami, poszczególnymi strukturami tworzącymi organizm (np. organellami komórkowymi), czy wreszcie pomiędzy samymi jednostkami doboru (genami)³⁹³.

³⁸⁸ Zob. T.H. Huxley, *Evolution...*, op. cit., s. 80.

³⁸⁹ Tego rodzaju modele pozwalają zbliżyć się do scenariuszy występujących w rzeczywistej ekonomii, polityce czy też konfliktach militarnych.

³⁹⁰ T. Płatkowski, *Wstęp...*, op. cit., s. 44.

³⁹¹ Na wzór np. turniejów szachowych – taką właśnie formę miały pierwsze dwa turnieje Dylematu Więźnia zorganizowane przez R. Axelroda (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 385-400).

³⁹² Na przykład „jeżeli jesteś większy atakuj, jeżeli jesteś mniejszy – uciekaj”.

³⁹³ R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 344; idem, *Samolubny...*, op. cit., s. 106 i 144.

Dla zrozumienia badań prowadzonych w ramach ewolucyjnej teorii gier kluczowe istotne znaczenie ma, wprowadzone przez Johna Maynarda Smith'a, pojęcie strategii ewolucyjnie stabilnej (*Evolutionarily Stable Strategy* – ESS), uzupełniające parametry równowagi Nasha (*Nash equilibrium*)³⁹⁴ o dodatkowy warunek stabilności oznaczający – w ujęciu niesformalizowanym – taki profil populacji, który jest odporny na inwazję (dostatecznie) małej grupy mutantów o odmiennym fenotypie³⁹⁵. Ewolucyjnie stabilna jest więc taka strategia, która po osiągnięciu większości w populacji, nie może zostać wyparta przez żadną inną strategię alternatywną, a jeszcze inaczej mówiąc – taka strategia, która osiąga sukces w interakcjach z własnymi kopiami występującymi najczęściej po zdominowaniu populacji³⁹⁶.

Iterowany Dylemat Więźnia uważany jest za narzędzie szczególnie użyteczne w modelowaniu relacji altruizmu wzajemnego, podkreślenia wymaga więc, że w ewolucyjnej wersji turnieju R. Axelroda okazało się, że w kolejnych pokoleniach reprezentacja przyjaznych strategii w populacji zwiększyła się w porównaniu z reprezentacją strategii niekooperatywnych, co silnie uprawdopodabnia, że nienaiwny altruizm wzajemny jest adaptacyjny z punktu widzenia mechanizmu doboru naturalnego³⁹⁷. Co więcej, strategia „wet za wet” (oraz jej warianty np. „wet za dwa wety”) zdaje się mieć wbudowaną zdolność do generowania korzystnej dla siebie „terytorialnej niejednorodności” populacji poprzez tworzenie rozrastających się enklaw współpracy, podczas gdy strategia „zawsze zdradzaj”, która w przeciwieństwie do strategii „wet za wet” jest stabilna ewolucyjnie w ścisłym znaczeniu, nie czerpie korzyści z wytwarzania własnych skupisk, a w konsekwencji nie przejawia tego rodzaju zdolności do odwracania niekorzystnego dla siebie układu sił

³⁹⁴ Jest to taki profil gry, w którym żaden z graczy nie może podwyższyć swojej wypłaty przez zmianę swojej strategii, której nie będzie towarzyszyć zmiana strategii ze strony przynajmniej jednego z pozostałych graczy. Oznacza to, że strategia każdego z graczy jest optymalna przy założeniu, że wybór strategii przez jego oponentów jest ustalony. Równowaga Nasha jest stabilna, ponieważ żaden z graczy nie ma powodów by jednostronnie odstąpić od swojej strategii (zob. T. Płatkowski, *Wstęp...*, op. cit., s. 21). Nie musi przy tym spełniać kryteriów efektywności w sensie Pareto (oznacza ona sytuację, w której nie jest możliwe polepszenie sytuacji kogokolwiek bez pogorszenia sytuacji kogoś innego – zob. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, op. cit., s. 30-31), czego przykładem jest paradoks gry Dylemat Więźnia, w której obustronnie optymalna strategia „zdrady” jest nieefektywna w sensie Pareto (ibidem, s. 60).

³⁹⁵ T. Płatkowski, *Wstęp...*, op. cit., s. 50.

³⁹⁶ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 145 i 169; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 158. Z punktu widzenia populacji jako całości stan stabilny ewolucyjnie może wynikać również z określonej proporcji różnych strategii w niej występujących, równoznaczny z czym jest stabilny polimorfizm, związany z występowaniem osobników skłonnych do zastosowania, z określonym prawdopodobieństwem, więcej niż jednej strategii, w końcu zaś możliwe są populacje oscylujące pomiędzy dwoma różnymi stanami i nigdy nie osiągające stanu stabilnego (R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 150-154).

³⁹⁷ Zob. R. Axelrod, W.D. Hamilton, *The Evolution of Cooperation in Biological Systems*, „Science” 1981, Vol. 211, s. 1390-1396; R. Axelrod, *The Evolution...*, op. cit., s. 49-69; R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 399-404.

w populacji. Według R. Dawkinsa oznacza to, że „wet za wet” cechuje stabilność wyższego rzędu, aniżeli *ESS*: choć strategia „zawsze zdradzaj” może bardzo długo opierać się inwazji powoli rozrastających się ognisk kooperacji, to jednak w odpowiednio długiej perspektywie czasowej strategia „wet za wet” tak czy inaczej wygra, ponieważ ma wbudowaną przewagę wynikającą z samego faktu nawiązywania współpracy z własnymi kopiami³⁹⁸.

4. Ewolucja kultury

4.1. Uwagi wstępne

Jakkolwiek wykluczyć trzeba możliwość, choćby teoretyczną, dokładnego przewidywania biegu ludzkiej historii³⁹⁹, to jednak niezliczone świadectwa empiryczne przemawiają za teleologicznym charakterem procesów ewolucyjnych, również w odniesieniu do ewolucji kulturowej, dzięki czemu można prognozować, w ogólnych zarysach, globalne tendencje rozwojowe⁴⁰⁰. Jest przecież najzupełniej oczywiste, że na osi prowadzącej od czasów prehistorycznych po współczesność widzimy społeczności coraz bardziej złożone, coraz bogatsze i w coraz większym stopniu panujące nad siłami przyrody.

R. Carneiro wykazał, że możliwe jest dokonywanie pomiarów stopnia złożoności kulturowej danej społeczności, ponieważ piętrowe uszeregowanie innowacji, według częstości występowania w społeczeństwach ludzkich, tworzy taki układ, że stwierdzenie występowania jednej z nich w danej kulturze, pozwala z bardzo dużym prawdopodobieństwem przewidywać, że dysponuje ona również innowacjami usytuowanymi poniżej, a prawdopodobieństwo to wzrasta tym bardziej im więcej „szczebli” tej „drabiny” je oddziela⁴⁰¹. Znacznie wcześniej na analogiczny pomysł uszeregowania kultur na podstawie

³⁹⁸ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 404-407.

³⁹⁹ Zob. K.R. Popper, *Wszelchświat...*, op. cit., s. 91-92.

⁴⁰⁰ Już Kant był przekonany, że nawet z „niewielu obserwacji tego małego odcinka, jaki ludzkość dotychczas przeżyła” można wnosić, że jej historia „w aspekcie całościowym” wynika z „celowego biegu świata” i stanowi „realizację ukrytego zamiaru przyrody, jakim jest stworzenie ustroju doskonałego wewnątrznie (a dla realizacji tego celu doskonałego również zewnątrznie)” (zob. I. Kant, *Pomysły do ujęcia historii powszechnej w aspekcie światowym* [tyt. oryg. *Idee zu einer allgemeinen Gesichte in weltbürgerlicher Absicht*, wyd. oryg. „Berlinische Monatschrift”, November 1784, s. 385-411], tłum. I. Krońska [w:] *Przypuszczalny...*, I. Kant, op. cit., s. 46). Od czasu kiedy królewiecki filozof zapisał przytoczone intuicje nauka poczyniła ogromny postęp, a niezliczone obserwacje potwierdzają trafność jego przewidywań co do istnienia „ukrytego zamiaru przyrody” oraz „celowego biegu świata” (również według H. Harta współczesna nauka pokrywa się z teleologiczną wizją natury, testem wartości teorii naukowej jest bowiem „w ostatniej instancji” jej moc predykcyjna – zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 255-257).

⁴⁰¹ Przeanalizowany przez R. Carneiro rzeczywisty przebieg ewolucji kulturowej na ziemiach anglosaskich w okresie V-XI w. bardzo wyraźnie koreluje z sekwencją przewidywaną przez teoretyczny model (zob. R. Carneiro, *Ascertaining, Testing and Interpreting Sequences of Cultural Development*, „Southwestern

stopnia rozwoju prawa karnego, określanego za pomocą kwestionariusza dotyczącego szczegółowych jego właściwości⁴⁰², wpadł Ch. Mommsen. Wcielony w życie przez K. Bindinga, który uzyskał odpowiedzi na zawarte w ankiecie pytania od znawców (zarówno historyków prawa, jak i reprezentantów innych dziedzin, np. lingwistów) poszczególnych kultur starożytnych, a częściowo także średniowiecznych, pokazał, że rozwój prawa karnego powszechnie przebiegał według tych samych prawidłowości, a przy tym można go powiązać z przejawami ogólnego rozwoju cywilizacyjnego⁴⁰³.

4.2. Przyczyna, mechanizm i kierunek rozwoju społecznego

Kierunkowość, polegająca na oddalaniu się od molekularnego nieładu ku coraz większemu uporządkowaniu i złożoności, wynika z samej istoty procesu ewolucyjnego⁴⁰⁴. Jak zauważył K. Popper, wielkim odkryciem Darwina było to, że teleologię można wyjaśnić za pomocą kategorii niteleologicznych, czy też zwykłych kategorii przyczynowych⁴⁰⁵. Prawo naturalnej selekcji może być zastosowane do każdego zjawiska wykazującego wewnętrzną różnorodność możliwą do charakteryzowania za pomocą kategorii stabilności-

Journal of Anthropology” 1968, Vol. 24, No. 4, s. 354-374; idem, *The Measurement of Cultural Development in Ancient Near East and in Anglo-Saxon England*, „Transactions of the New York Academy of Sciences” 1969, Vol. 31, No. 8, s. 1013-1023).

⁴⁰² Takich, jak w szczególności: występowanie elementu sakralnego, zemsty, uwzględnienie elementów subiektywnych jako podstawy odpowiedzialności, istnienie pojęcia przestępstwa jako obrazu społeczeństwa, stosunek do naruszenia interesów indywidualnych, a w końcu konkretne typy przestępstw i typy kar.

⁴⁰³ Zob. J. Makarewicz, recenzja książki: *Zum ältesten strafrecht der kulturvölker. Fragen zur rechtavergleichung gestellt von Theodor Mommsen, beantwortet von H. Brunner, B. Freudenthal, J. Goldziher, H.F. Hitzig, Th. Noeldeke, H. Oldenberg, S. Roethe, I. Wellhausen, U. Wilamowitz-Moellendorf. Mit einem vorworte von Karl Binding* [Lipsk 1905], *CzPiE* 1905, z. 4, s. 392-393.

⁴⁰⁴ Przeprowadzone w latach siedemdziesiątych XX w. badania wskazują, że układy otwarte, takie jak każdy system żywy, a w tym biosfera, wykazują tendencję odwrotną niż głoszona przez drugą zasadę termodynamiki zasada maksymalizacji entropii układów izolowanych, tj. do podnoszenia wewnętrznego uporządkowania oraz rozwijania własności strukturalnych (zob. K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 206-208). Badania te potwierdzają przeczucie E. Schrödingera, że istotą życia jest lokalne przełamywanie dążenia do stanu równowagi poprzez tworzenie, za pomocą pobieranej energii, struktury i porządku oraz eksportowanie produkowanej przez siebie entropii na zewnątrz tej struktury (E. Schrödinger, *Czym jest życie? Fizyczne aspekty żywej komórki. Umysł i materia. Szkice autobiograficzne* [tyt. oryg. *What is life? The physical Aspect of the Living Cell with Mind and Mater and Autobiographical Sketches*], tłum. S. Amsterdamski, Warszawa 1998 [wyd. oryg. Cambridge 1944], s. 85-89). Ewolucja jest więc równoznaczna z rozwojem zdolności do pobierania i wykorzystywania energii, a zasadniczym wymiarem tej zdolności jest stopień efektywności w gromadzeniu i przetwarzaniu informacji dla niej przydatnych. W związku z tym jednym z głównych trendów ewolucyjnych jest stopniowy wzrost zdolności przetwarzania, przechowywania i analizowania informacji (zob. K.V. Flannery, *The Cultural Evolution of Civilizations*, „Annual Review of Ecology and Systematics” 1973, Vol. 3, s. 411-412).

⁴⁰⁵ K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 182.

niestabilności⁴⁰⁶, a więc również do rozwoju organizacji społecznych i instytucji politycznych, które wykazują zmienność poddawaną presji selekcyjnej ze strony środowiska przyrodniczo-kulturowego.

Teoria ewolucji drogą doboru naturalnego dostarcza więc nie odwołujących się do kategorii o charakterze transcendentnym, unifikujących wyjaśnień, które pozwalają przełamać Kantowską antynomię pomiędzy mechaniczną przyczynowością świata przyrody nieożywionej, a naturalną celowością wewnętrzną rządzącą „królestwem wolności” – światem istot żywych⁴⁰⁷. Nie oznacza to jednak konieczności opowiedzenia się po stronie determinizmu, ponieważ teza o kierunkowości ewolucji odnosi się jedynie do najbardziej ogólnych i fundamentalnych właściwości ewoluujących bytów, tj. ogólnego wzrostu złożoności organizmów oraz ich inteligencji i elastyczności behawioralnej, a poprzez to również coraz większej złożoności tworzonych przez nie organizacji⁴⁰⁸.

Kierunkowość procesu ewolucyjnego nie implikuje jego linearności ani równomierności⁴⁰⁹. Nie wyklucza też okresów stagnacji, regresu i rozpowszechnienia się cech nieadaptatywnych czy wręcz autodestrukcyjnych, aż do wyginięcia całej populacji⁴¹⁰. Stagnacja i regres możliwe są również w ewolucji zjawisk kulturowych, w tym jak to dostrzegł J. Makarewicz, prawa⁴¹¹. Patrząc na proces ewolucyjny z punktu widzenia teorii gier należy pamiętać, że składają się na niego gry o niepełnej i asymetrycznej informacji, rozgrywane przez uczestników o ograniczonym, często znacznie, poziomie racjonalności, których decyzje w dużym stopniu determinowane są przez nieświadome mechanizmy

⁴⁰⁶ Zob. np. R. Pocklington, *Memes and the Cultural Viruses*, [w:] *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, ed. by N.J. Smelser, P.B. Bates, Amsterdam-Paris-New York-Oxford-Shannon-Singapore-Tokyo 2001, s. 9554-9556.

⁴⁰⁷ Zob. I. Kant, *Krytyka czystego rozumu* [tyt. oryg. *Kritik der reinen Vernunft*], t. 2, tłum. R. Ingarden, Warszawa 1957 [wyd. oryg. Riga 1781], s. 185; idem, *Krytyka władzy sądu* [tyt. oryg. *Kritik der Urteilstkraft*], tłum. J. Gałęcki, Warszawa 1964 [wyd. oryg. Berlin 1790], s. 354.

⁴⁰⁸ Warto dodać, że sformułowane przez K. Darwina prawo doboru naturalnego jest prawem o charakterze kauzalnym, ale w statystycznym znaczeniu, postrzega bowiem ewolucję przystosowań jako proces statystyczno-adaptacyjny, w którym w wyniku oddziaływania doboru naturalnego na gruncie masowych zdarzeń przypadkowych coraz bardziej wzrasta prawdopodobieństwo dobrego przystosowania do środowiska (zob. W. Krajewski, *Konieczność. Przypadek. Prawo statystyczne*, Warszawa 1977, s. 194-195).

⁴⁰⁹ Według prezentowanej na gruncie ewolucji biologicznej koncepcji punktualistycznej postęp ewolucji ma charakter skokowy: jest nie tyle stałym wznoszeniem się, ile serią przeskoków od jednego stabilnego plateau do drugiego (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 168; idem, *Fenotyp...*, op. cit., s. 137).

⁴¹⁰ Pojęcie ewolucyjnej stabilności strategii (stanu) odnosi się tylko i wyłącznie do skuteczności w rywalizacji z innymi strategiami wewnątrz populacji, nie zaś do jej wpływu na rozwój populacji jako takiej. Wobec tego ewolucyjnie stabilną strategią, która utrwalą się w populacji, może okazać się taka, która doprowadzi ją do wymarcia (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 338). Jak zauważył F. Fukuyama tak jak fakt nagłego wymarcia dinozaurów nie podważa biologicznej teorii ewolucji, tak i nieciągłości procesu ewolucji systemów politycznych nie przeczą hipotezie o ogólnej jej kierunkowości (zob. F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 215).

⁴¹¹ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 113-116; idem, *Wstęp...*, op. cit., s. 32.

psychiczne, mogące przy tym stanowić przejaw niedopasowania adaptatywnego do aktualnych warunków środowiskowych⁴¹². Nie można również nie doceniać wpływu na zachowania ludzkie oraz złożone z nich zjawiska społeczne przyczynowości biegnącej w dół od świata treści myśli samych w sobie, jak również autonomii człowieka związanej z tym, że stanowiąc część natury, w tworzeniu świata myśli wykroczył on niejako poza samego siebie, stając się – przynajmniej w jakiejś mierze – wolny⁴¹³.

Proces ewolucyjny nie ogranicza się do adaptacji stanowiących odpowiedź na zmieniające się warunki środowiska rozumianego jako zewnętrzna siła⁴¹⁴, ale oznacza coś więcej: wewnątrz- i międzygatunkowy „wyścig zbrojeń” na przystosowania, obejmujące m. in. kształtowanie materii, wykorzystywanie źródeł energii i jej przetwarzanie, jak również przetwarzanie informacji. Wyścig ten jest nieuniknioną konsekwencją doboru darwinowskiego, ponieważ środowisko, w którym kształtują się adaptacje składa się nie tylko z czynników abiotycznych, ale także innych bytów ożywionych rywalizujących o sukces reprodukcyjny⁴¹⁵. Presja selekcyjna jest więc czymś, co tkwi niejako wewnątrz ewoluującej populacji i popycha świat istot żywych ku wzrostowi złożoności. Tego samego rodzaju mechanizm selekcyjny napędza również ewolucję kultury, odrzucić zatem należy nadal szeroko rozpowszechnioną, teorię równowagi, według której kultury są niezmiennie, jeżeli są korzystnie przystosowane do swojego środowiska naturalnego, a nie ulega ono zmianie⁴¹⁶. Koncepcje tego rodzaju są konsekwencją myślenia kategoriami „dobra gatunku”, zakładającymi, że wspólnota genów w jego obrębie skłania poszczególne osobniki do poświęcania własnego interesu reprodukcyjnego na rzecz korzyści dla gatunku jako całości. Przy takim rozumieniu procesu ewolucyjnego jedyną dynamiką mogącą wywoływać odziedziczalne zmiany fenotypowe pozostaje zaburzenie równowagi środowiska, rozumianego wąsko, jako coś zewnętrznego wobec gatunku. Bez zewnętrznego czynnika

⁴¹² T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 137.

⁴¹³ K.R. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., s. 157-161. Jak to ujął G. Chakrabarty, kiedy mówimy o historii faktycznie możemy mieć na myśli dwie odrębne perspektywy: historię nr 1 (historia analityczna odkrywająca ogólne prawidłowości życia społecznego) oraz historię nr 2 (idiograficzną analizę dziejów poszczególnych społeczności i ludzi). Na płaszczyźnie historii nr 1 możliwe jest formułowanie uniwersalnych praw i prognoz, jednakże posługiwanie się w tym zakresie wyłącznie prostymi prawidłowościami behawioralnymi prowadzić będzie do wypaczenia obrazu rzeczywistości, ponieważ nie uwzględni wpływu, jaki na procesy historii nr 1 wywiera humanistyczna historia nr 2 (zob. J. Utrat-Milecki, *Wprowadzenie*, op. cit., s. 20-22; D. Chakrabarty, *Prowincjonalizacja Europy. Myśl postkolonialna i różnica historyczna, z nową przedmową autora* [tyt. oryg. *Provincializing Europe. Postcolonial Thought Historical Difference. With a new preface by the author*], tłum. D. Kołodziejczyk, T. Dobrogoszcz, E. Domańska, Poznań 2011 [wyd. oryg. Princeton 2008], s. 79-90).

⁴¹⁴ Tak m.in. S.J. Gould (zob. S.J. Gould, *Full House: The Spread of Excellence from Plato to Darwin*, New York, 1996, s. 139-140).

⁴¹⁵ R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 303-306 i 316.

⁴¹⁶ Zob. B. Hayden, *Archeology: The Science of Ones and Future Things*, New York, 1993, s. 148.

(np. zmiany klimatu, wyginięcia lub znacznego zmniejszenia się liczebności gatunku stanowiącego pokarm, pojawienia się nowego patogenu) gatunek jest układem statycznym, brak jest w nim bowiem jakiegokolwiek wewnętrznej siły napędowej dla procesu ewolucyjnego, a raz ukształtowana adaptacja jest trwała, dopóki niezmienny pozostaje habitat. Stanowisko to ignoruje niezliczone świadectwa empiryczne wskazujące na nieustanny rozwój ludzkiej kultury, którego dynamika i skala wydaje się nie wykazywać większego związku ze zmianami w środowisku przyrodniczym. Przechodzi ono przy tym do porządku nad faktem, że to właśnie gatunek jest areną szczególnie zacieklej rywalizacji, przejawiającej się często w agresji nastawionej nawet na fizyczne unicestwienie rywali⁴¹⁷. Wewnątrzgatunkowa rywalizacja jest w związku z tym czynnikiem stale zakłócającym równowagę szeroko rozumianego środowiska i prowadzi do nieustannego formowania się kolejnych adaptacji, które testowane są przez dobór naturalny. Od czasu wykształcenia się kultury ten „wyścig zbrojeń” odbywa się także na jej obszarze, a tym, co podlega selekcji darwinowskiej są między innymi właściwości instytucji i organizacji społecznych⁴¹⁸.

Z perspektywy teorii gier istotną siłą napędową przemian ewolucyjnych wydaje się być dynamika wynikająca z alternatywy wyboru strategii pomiędzy konfliktem, często bardzo korzystnym w razie powodzenia, ale jednocześnie obciążonym wysokim ryzykiem poważnych strat w razie porażki⁴¹⁹, a kooperacją, która pozwala na bezpieczne uzyskanie – nieco mniejszych – korzyści darwinowskich przez każdą ze stron. Proces ewolucyjny można więc postrzegać jako ciąg nieskończonej liczby gier o sumie niezerowej, przy czym zakończenie (wynik) każdej z nich stanowi punkt wyjścia do następnej, bardziej złożonej i otwierającej przed uczestniczącymi w niej graczami pulę nowych, jeszcze bardziej wartościowych, wypłat, których zdyskontowanie zależy od trafności ich decyzji co do strategii działania. Rzeczywiste scenariusze społeczne to z zasady niezwykle złożone, wielopodmiotowe układy kooperacji i konfliktu, z których wypreparować można również elementy o sumach zerowych⁴²⁰. Paradoksalnie to właśnie interakcje o sumie zerowej

⁴¹⁷ Jak np. trafnie wskazywał J. Makarewicz, na początkowym etapie rozwoju cywilizacyjnego, gdy więzi ograniczone były do niewielkich grup, „trwała nieustająca wojna [...] ze wszystkimi, którzy byli obcy”, w ramach której niehumanitarne traktowanie i okrucieństwo było na porządku dziennym (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 302-304). Natężenie powszechnie występującej w całej przyrodzie rywalizacji wewnątrzgatunkowej oraz jej skutki, niemożliwe do wytłumaczenia kategoriami „dobra gatunku”, łatwo wyjaśnia teoria doboru na poziomie genu, zgodnie z którą to poszczególne allele konkurują ze sobą, dążąc do uzyskania przewagi nad innymi w rozpowszechnieniu na danym *loco* we wszystkich chromosomach w populacji.

⁴¹⁸ F. Fukuyama, *Historia...*, op. cit., s. 497.

⁴¹⁹ H. Hart straty takie nazwał „naturalną sankcją”, podkreślając, że nie można lekceważyć jej znaczenia dla wykształcenia się „systemu wzajemnych wyrzeczeń” (H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 268).

⁴²⁰ Zob. A. Rapoport, *Fight, Games and Debates*, Ann Arbor 1974.

szczególnie skutecznie przyczyniają się do generowania sum niezerowych, ponieważ szanse i zagrożenia, jakie się z nimi wiążą, stanowią silną motywację do nawiązywania kooperacji jako sposobu na zwiększenie prawdopodobieństwa osiągnięcia korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia konfliktu⁴²¹.

Z tej perspektywy nowego znaczenia nabiera, wyrażające jedną z właściwości ludzkiej natury, określenie „małpa dwubiegunowa”. Wyjątkowa, na tle innych gatunków, amplituda ludzkich instynktów współpracy i współzawodnictwa mogła być jednym z czynników, które spowodowały niezwykle przyspieszenie procesu ewolucji i otwarcie nowego jej obszaru, to jest kultury.

Myśl, że siłą napędową rozwoju społecznego jest antagonizm pomiędzy przyrodzonymi społecznymi i aspołecznymi instynktami nie jest nowa. Już Kant zauważył, że ludzi cechuje „towarzyska aspołeczność” (*die ungesellige Geselligkeit der Menschen*), której zadatki leżą w naturze ludzkiej, wyrażająca się w skłonności do życia społecznego, połączonej jednak z powszechnym oporem, który grozi rozbiciem społeczeństwa. To właśnie ten opór mobilizuje siły człowieka i sprawia, że powodowany swym egoizmem „dąży do zdobycia sobie pozycji wśród bliźnich, których nie może znieść, ale bez których nie może się też obejść”. Bez „niezgody, zawistnej rywalizacji próżności, nie zaspokojonej żądzy posiadania” oraz „wrodzonej skłonności do konfliktów, będącej źródłem uczuć aspołecznych i ustawicznego oporu” człowiek nie zrobiłby kroku od barbarzyństwa do cywilizacji. Kant dostrzegł również, że ten sam mechanizm stoi za przeobrażaniem się „prymitywnych zadatków przyrodzonego rozeznania moralnego” w określone zasady praktyczne, dzięki czemu wymuszona zgoda na życie w społeczeństwie mogła przekształcić się w związek moralny⁴²².

Na gruncie nauki prawa karnego analogiczny punkt widzenia prezentował później W. Makowski, według którego istota organizacji społecznej polega właśnie na

⁴²¹ Najbardziej dobitnym przykładem tego rodzaju układów sytuacyjnych są wojny – zjawisko nieodłącznie towarzyszące ludzkości we wszystkich epokach, które ze względu na wysokość amplitudy pomiędzy wypłatą dla strony zwycięskiej (zagarnięcie dóbr rywala), a kosztem dla przegrywającego (utrata dóbr, popadnięcie w niewolę, a nawet unicestwienie), generuje jednocześnie na ogromną skalę sumy niezerowe wynikające ze wzmożenia kooperacji w ramach grupy, tworzenia koalicji sojuszniczych, zacieśniania wymiany gospodarczej pomiędzy sojusznikami, stymulacji wynalazczości nastawionej początkowo na usprawnienie metod agresji, której osiągnięcia są następnie wykorzystywane dla celów pokojowych itp. Podobnie przedstawia się wewnętrzna rywalizacja o władzę i inne korzyści, tocząca się pomiędzy jednostkami i grupami społecznymi, która często wyzwala przemoc, a może nawet doprowadzić do rewolucji lub wojny domowej. Jej natężenie wytwarza jednak zarazem kooperacyjny potencjał w analogiczny sposób jak rywalizacja zewnętrzna. Współpraca i rywalizacja to zatem awers i rewers tej samej monety.

⁴²² I. Kant, *Pomysły...*, op. cit., s. 39-40. Podwaliny pod taką wizję natury ludzkiej położył S. Pufendorf (zob. A. Sylwestrzak, *Historia...* [1999], op. cit., s. 193-194).

przekształcaniu egoistycznych dążeń poszczególnych jednostek „ku swojemu spotęgowaniu i rozrostowi”, z wykorzystaniem dwóch głównych sił – współdziałania i współzawodnictwa, które powodują, że ludzie i ich działania „raz łączą się w harmonijnym skoordynowanym ruchu, to znowu przeciwstawiają się sobie pojedynczo i zbiorowo”. Poszukiwanie praw „takiego zastosowania społecznych sił ludzkich” W. Makowski uważał za najciekawsze zagadnienie nauki o społeczeństwie, na które w jego czasach nie znalazła ona jeszcze odpowiedzi⁴²³. Współcześnie można je wytłumaczyć tym, że rozgrywane na przestrzeni dziejów gry o sumie niezerowej generują coraz to większe korzyści wynikające z podejmowania strategii kooperatywnych, a jednocześnie strategie oparte na bezpośredniej agresji stają się, między innymi z powodu rozwoju technologii przemocy, coraz bardziej ryzykowne, przekształcając się w gry o pewnym wyniku „przeegrany-przeegrany”⁴²⁴. Łącznie prowadzi to do stopniowego krystalizowania się sieci coraz bardziej ścisłych i zróżnicowanych form kooperacji, jak również ograniczania i kanalizowania agresji oraz instynktu współzawodnictwa w formy wyznaczone regułami minimalizującymi wyrządzane szkody. Transakcje ekwiwalentnie korzystne pozwalają na przełamanie podziałów wynikających z logiki doboru łącznego, prowadząc do rozszerzenia zakresu stosunków przyjaźni i współpracy poza obręb społeczności lokalnej⁴²⁵. Ewolucyjne zrastanie się struktur społecznych i towarzyszący temu proces poszerzania „kręgu moralnej troski” przewidywał

⁴²³ W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa-Lublin-Łódź-Poznań-Kraków 1920, s. 1-3.

⁴²⁴ Zob. R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 222.

⁴²⁵ Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 69. Świadomość tego mechanizmu legła u podstaw integracji europejskiej, inicjujące ją scalenie przemysłów węgla i stali Francji i Niemiec w założeniu stanowiło bowiem przede wszystkim trwały sposób na zapobiegnięcie kolejnej wojnie na kontynencie (W. Hakenberg, *Prawo europejskie*, Warszawa 2012, s. 3). Już pod koniec XVIII w. Kant zakładał, że „po pewnych rewolucjach i przeobrażeniach” powstanie to, co jest „najwyższym celem przyrody: stan powszechnego zjednoczenia narodów całego świata, w którym jak we wspólnym łonie rozwiną się wszystkie pierwotne zadatki rodu ludzkiego” (I. Kant, *Pomysły...*, op. cit., s. 48; podobną możliwość i zbliżone jej przyczyny sugerował również Condorcet – zob. A.N. Condorcet, *Szkic...*, op. cit., s. 211-247). Królewiecki filozof zdawał sobie sprawę z tego, że zaczątkiem „wielkiego organizmu międzynarodowego” jest rozwój powiązań gospodarczych na kontynencie europejskim, powodujący, że wojna stała się zjawiskiem „szczególnie ryzykownym i niepewnym” nie tylko dla jej uczestników, ale również dla państw w nią bezpośrednio nie zaangażowanych, które wobec tego są zainteresowane wykształcaniem się międzynarodowych form oddziaływania (na tamtym etapie rozwoju społeczności międzynarodowej czysto faktycznych, „bez podstawy prawnej”) ukierunkowanych na zapobieganie konfliktom zbrojnym (I. Kant, *Pomysły...*, op. cit., s. 48). Także i w tym przypadku „przyroda posługuje się nieumiejętnością ludzi, a nawet społeczeństw ludzkich i organizmów państwowych, do życia w zgodzie jako środkiem, ażeby poprzez ich nieunikniony antagonizm doprowadzić do stanu spokoju i bezpieczeństwa” (ibidem, s. 43). Świadomość faktu, że integracja (współpraca) gospodarcza jest sposobem na unikanie wojny ma jednak dużo starszy rodowód. Badania etnograficzne pokazują, że już społeczności łowiecko-zbierackie uprawiają rodzaj sztucznego handlu dla podtrzymania pokoju. Wymiany ekwiwalentne są środkiem służącym zawieraniu pokoju i sojuszu, stanowiąc symbol przejścia od potencjalnego konfliktu partykularnych interesów do harmonijnego współdziałania, a równowaga wymienianych darów ma rangę świadectwa wzajemnej rezygnacji z wrogości i egoizmu (zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 69; R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 75).

także K. Darwin pisząc, że „w miarę jak człowiek cywilizuje się coraz bardziej, a drobne gminy sprzęgają się z sobą tworząc coraz większe polityczne ciała, prosty rozum wskazuje każdemu, iż powinien rozszerzać swe popędy społeczne i swe uczucia sympatii do wszystkich członków narodu, chociaż osobiście ich nie zna. A kiedy już dotrze do tego narodowego uczucia, wówczas pozostaje mu tylko jeszcze jedną zawadę usunąć, aby rozszerzyć sympatię na wszystkie narody, a następnie i rasy ludzkie”⁴²⁶.

4.3. Kryteria kwantyfikacji rozwoju społecznego

Ewolucjoniści kulturowi udzielali różnych odpowiedzi na pytanie o kryterium, według którego należy mierzyć stopień rozwoju społeczeństw. Najczęściej przyjmowano, że wskaźnikiem pozwalającym na przejrzystą kwantyfikację ewolucji kultury jest postęp technologiczny⁴²⁷. Jego istota jest jednak różnie rozumiana przez poszczególnych badaczy. Na przykład według L. White’a, jednego z prekursorów współczesnego ewolucjonizmu kulturowego, kryterium rozwoju społeczeństw stanowi zdolność wykorzystania energii, ponieważ postęp technologiczny można sprowadzić do rozwoju zdolności tworzenia i wykorzystywania energii, począwszy od pierwotnego ograniczenia do energii własnych mięśni, aż po wykorzystanie tak wyrafinowanych źródeł jak energia atomowa⁴²⁸.

Dla przedstawiciela nauk humanistycznych szczególnie interesująco przedstawia się koncepcja ewolucji kultury zaproponowana przez G. Lenskiego, który postrzega ją przede wszystkim jako rozwój technologii informacji⁴²⁹. Dzielenie się nią umożliwiło wyemancypowanie się człowieka ze świata zwierząt, w którym transmisja informacji ma charakter genetyczny. Rozwój umysłu ludzkiego umożliwił najpierw komunikację poprzez osobiste doświadczenia. Na kolejnym etapie ludzie zaczęli posługiwać się znakami, a następnie symbolami, językiem i pismem, co pozwoliło na komunikację treści abstrakcyjnych. W końcu zaś powstały masowe systemy informacyjne, które są funkcjonalnym analogonem układów genetycznych. W ślad za rozwojem technologii informacji postępują zmiany w systemie ekonomicznym, politycznym oraz na innych

⁴²⁶ K. Darwin, *O pochodzeniu...*, op. cit., s. 155-156.

⁴²⁷ Tym kryterium posługiwał się już F. Bacon (zob. A. Sylwestrzak, *Historia...* [1999], op. cit., s. 185).

⁴²⁸ L. White, *Energy and the Evolution of Culture*, „American Anthropologist” 1943, Vol. 45, No. 3, s. 335-356.

⁴²⁹ Podobnie wspomniany już K. Flannery, który za jeden z głównych trendów w ewolucji kulturowej uważał stopniowy wzrost zdolności przetwarzania, przechowywania i analizowania informacji (zob. K.V. Flannery, *The Cultural...*, op. cit., s. 399-424).

obszarach życia społecznego⁴³⁰. Na wszystkich poziomach organizacji żywej materii, poczynając od komórki, a kończąc na współczesnych społeczeństwach ludzkich, informacja jest „klejem”, który utrzymuje spójność tych systemów, synchronizując części całości i umożliwiając wykorzystanie energii do przewyższania entropii⁴³¹.

W 1994 roku matematyk i ekonomista J. Nash otrzymał Nagrodę Nobla za badania nad teorią gier, a w tym udokumentowanie wpływu na wyniki przetargów⁴³² różnego rodzaju czynników osłabiających pozycję przetargową graczy. Tego rodzaju czynniki to w istocie rzeczy różnego rodzaju informacje, prawdziwe lub błędne, często mające charakter subiektywnych prawdopodobieństw, które są dostępne dla graczy symetrycznie albo asymetrycznie⁴³³. Na wynik gry wpływa, ze szczególnym natężeniem w przypadku gier iterowanych, przepływ pomiędzy graczami, przekazywanych intencjonalnie lub nieświadomie, szczerych lub wprowadzających w błąd, informacji dotyczących całokształtu okoliczności mających wpływ na ich decyzje co do jednorazowej akcji albo długofalowej strategii działania⁴³⁴. W przypadku wieloosobowych gier iterowanych, w tym zwłaszcza o nieograniczonym w praktyce zbiorze akcji, przebieg rozgrywania i towarzyszące mu okoliczności dostarczają informacji przydatnych w dalszych powtórzeniach gry w tej samej lub w innych konfiguracjach osobowych⁴³⁵. Jak zauważył T. Schelling jedynie gry o sumie niezerowej uzasadniają komunikację pomiędzy graczami. W przypadku czystej konkurencji z zasady brak jest płaszczyzny do komunikowania się, a jeżeli w określonym scenariuszu jest inaczej to oznacza to, że najprawdopodobniej zawiera on jednak elementy niezerowej sumowalności⁴³⁶. Ludzki mózg w zachodzących poza świadomość procesach decyzyjnych bierze tę okoliczność pod uwagę, co pokazują eksperymenty prowadzone z wykorzystaniem tzw. gry o dobro publiczne, z których wynika, że samo zapewnienie graczom możliwości komunikowania się ze sobą zwiększa ich skłonność do kooperacji⁴³⁷. Korzyści z komunikacji

⁴³⁰ Zob. G. Lenski, *Power and Privilege. A Theory of Social Stratification*, New York-St. Louis-San Francisco-Toronto-London-Sydney 1966, passim.

⁴³¹ R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 282.

⁴³² Przetarg (*bargaining*) w terminologii teorii gier oznacza sytuację, w której nie ma zgody co do akcji, jakie powinni podjąć gracze by uzyskać jak najlepszy wynik i możliwe są negocjacje pomiędzy nimi (zob. T. Płatkowski, *Wstęp...*, op. cit., s. 92).

⁴³³ Zob. T. Płatkowski, *Wstęp...*, op. cit., s. 38.

⁴³⁴ W szczególności na temat ich intencji, wzajemnej wiarygodności, skłonności do kooperacji lub angażowania się w konflikt, stopnia zainteresowania wynikiem rozgrywki, pilności jej rozstrzygnięcia ze względu na określone potrzeby, kosztów własnych ponoszonych w związku z grą i wielu innych okoliczności wpływających na wzajemne pozycje przetargowe (zob. T.C. Schelling, *Strategy of Conflict*, London-Cambridge [USA, Mass.], 1980, s. 21-46).

⁴³⁵ Zob. T. Płatkowski, *Wstęp...*, op. cit., s. 97-102.

⁴³⁶ T.C. Schelling, *Strategy...*, op. cit., np. s. 4-5 i 60; R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 117.

⁴³⁷ Zob. T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 409-411.

w przypadku gier o sumie niezerowej mogą występować już w grach jednorazowych, co uwiadcza paradoks nieiterowanego Dylematu Więźnia. Strategia „zdrady” jest optymalna w warunkach braku komunikacji (które należą do jej założeń jako gry niekooperacyjnej⁴³⁸), jednakże najbardziej racjonalna dla obu stron akcja prowadzi do wyniku dla obu graczy gorszego, aniżeli obopólna kooperacja. Jeżeli zatem gracze mieliby możliwość komunikowania się, mogliby uzgodnić kooperację, co byłoby dla nich rozwiązaniem korzystniejszym niż obopólna zdrada⁴³⁹. Przytoczony przykład dodatkowo ukazuje znaczenie drugiego zasadniczego warunku kooperatywnego rozgrywania gier o sumie niezerowej – zaufania, bez spełnienia którego sama możliwość komunikowania się nie byłaby wystarczająca do podjęcia współpracy⁴⁴⁰. Zaufanie jako subiektywne wysokie prawdopodobieństwo podjęcia przez drugą stronę pożądanego zachowania nie jest zresztą niczym innym jak również określoną informacją.

Adaptatywna wartość umiejętności gromadzenia, przetwarzania i weryfikacji prawdziwości informacji, które mogą pozwolić na dokonywanie trafnych prognoz odnośnie do przyszłych wydarzeń, zarówno w środowisku przyrodniczym, jak i społecznym, nie wymaga, jak sądzę, dowodu⁴⁴¹. W przypadku relacji o charakterze altruizmu wzajemnego szczególnie istotny jest aspekt prognostyczny zawarty w pojęciu zaufania, pozwala on bowiem ograniczyć to, co w nauce ekonomii określane jest jako koszty transakcyjne⁴⁴². Z tej perspektywy ewolucja kulturowa przedstawia się jako proces wykształcania się i rozwoju struktur umożliwiających wykorzystanie właściwości umysłu ludzkiego do postępu adaptacyjnego, poprzez tworzenie coraz to rozleglejszych i doskonalszych sieci wymiany informacji, w ramach których dochodzi do połączenia poszczególnych umysłów w „zbiorowy mózg” superwenujący na procesach mentalnych zachodzących w umysłach poszczególnych jednostek⁴⁴³. Struktury społeczne mogą więc być postrzegane jako „dalszy ciąg” samoorganizującej się sieci neuronów, przy czym komunikację pomiędzy nimi na płaszczyźnie interpersonalnej zapewnia, zamiast procesów biochemicznych (jak to ma

⁴³⁸ M. Malawski, A. Wieczorek, H. Sosnowska, *Konkurencja...*, op. cit., s. 57.

⁴³⁹ Zob. np. T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 374-375.

⁴⁴⁰ Zob. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, op. cit., s. 61.

⁴⁴¹ Predyktywny charakter mają liczne uniwersalia kulturowe, np. wróżby, przewidywanie pogody, urodzaju, życia pozagrobowego, powodzenia życiowego, uczuciowego czy też samo w sobie planowanie (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 616-621; G.P. Murdock, *The Common...*, op. cit., s. 123-142).

⁴⁴² Chodzi tu przede wszystkim o tzw. koszty kontroli, tj. wynikające z nieufności koszty monitorowania i realizacji kontraktów, jak również straty związane z nieudanymi transakcjami, które są następstwem nietrafnej prognozy co do lojalności drugiej strony (zob. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, op. cit., s. 110).

⁴⁴³ R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 61-62.

miejsce na poziomie organizmu), transmisja ewoluujących według praw doboru darwinowskiego informacji kulturowych przy pomocy symboli języka⁴⁴⁴.

5. Prawo i jego normatywność

5.1. Uwagi wstępne

Jednym z podstawowych składników kultury są wzory zachowań. Funkcjonowanie w ludzkiej niszy przyrodniczo-kulturowej w dużym stopniu polega na posługiwaniu się językiem, a także na uczestnictwie w intertemporalnych relacjach wymiany, opartych na altruizmie wzajemnym. Relacje takie wymagają wzajemnej przewidywalności przyszłych zachowań ich uczestników oraz ograniczania ryzyka oszustwa („jazdy na gapę”, jak to określa się w teorii gier⁴⁴⁵), czemu służą właśnie memy i ich zespoły określające normy (wzory) zachowania. Opierają się one w dużej mierze na ewolucyjnie wczesnym, emocjonalno-intuicyjnym fundamencie przeżyć moralnych, wobec czego nie może być zaskoczeniem, że tworzą liczną grupę wśród uniwersaliów kulturowych⁴⁴⁶. Należą do nich również i takie konwencje, których funkcją jest egzekwowanie posłuszeństwa wobec wzorów o charakterze materialnym, zarówno poprzez zróżnicowane sankcje, jak i procedury służące rozwiązywaniu konfliktów wynikłych na tle stosowania wzorów zachowań (np. mediacja)⁴⁴⁷.

Zdolność człowieka do posługiwania się językiem symbolicznym w powiązaniu z innymi właściwościami jego umysłu, takimi jak predyspozycje do abstrakcyjnego i nieegocentrycznego myślenia, umożliwiła ewoluowanie tych zespołów w kierunku coraz to

⁴⁴⁴ Ten punkt widzenia przywodzi na myśl dawne koncepcje organiczne, wypowiedane zarówno na gruncie socjologii, jak i w prawoznawstwie, zgodnie z którymi zjawiska społeczne stanowią najwyższą postać zjawisk biologicznych, a społeczeństwo funkcjonuje jak żywy organizm złożony z instytucji społecznych powiązanych ze sobą jak jego organy (również J. Makarewicz nie wykluczał słuszności organicznej perspektywy na społeczeństwo – zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 83-84; idem, *Ewolucja...*, op. cit., s. 121). Z perspektywy teorii koewolucji genetyczno-kulturowej poglądy organiczne nie przedstawiają się już tak anachronicznie, jakby się to mogło *prima facie* wydawać, pod warunkiem jednak, że inkorporujemy do nich koncepcję bytów emergentnych. Dodatkowo wspiera je fakt, że z perspektywy współczesnej wiedzy zaciera się linia demarkacyjna pomiędzy organizmem a społecznością, tradycyjnie postrzegana przez pryzmat, całkowitej z jednej strony i niecałkowitej z drugiej, jedności celów, coraz większe natomiast uznanie zdobywa pogląd, że wszystkie organizmy także są, w pewnym sensie, społecznościami (zob. np. R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 312-317; R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 336-339). Tym, co pozwala zrozumieć w jaki sposób środowisko samolubnych bytów (poszczególnych genów w chromosomie, chromosomów w organizmie, różnych organelli w komórce czy w końcu jednostkowych organizmów w grupie) zaczyna przypominać pojedynczą zorganizowaną całość jest pojęcie strategii ewolucyjnie stabilnej (zob. R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 164).

⁴⁴⁵ R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 30-31.

⁴⁴⁶ Zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 616-621.

⁴⁴⁷ Ibidem, s. 618.

bardziej złożonych i całościowych systemów regulacji zachowań. Ich rozwój jest sprzężony z narastaniem złożoności i skali społecznej kooperacji oraz towarzyszącym mu coraz większym wyrafinowaniem strategii niekooperatywnych. Pierwotne mechanizmy zapobiegające zachowaniom antyspołecznym w społeczeństwach prymitywnych, sprowadzające się do szeroko rozumianej kontroli społecznej ze strony innych członków grupy⁴⁴⁸ oraz groźby ostracyzmu lub utraty reputacji, były skuteczne w małych i stabilnych grupach społecznych, w ramach których relacje wymiany – o niewielkim zróżnicowaniu co do treści i przedmiotu – stanowiły składnik wieloletniej, codziennej interakcji pomiędzy tymi samymi osobami. Przestały jednak wystarczać w społeczeństwach opartych na niezliczonych, a jednocześnie niezwykle złożonych relacjach mutualistycznych, które często łączą osoby nie utrzymujące ze sobą innego kontaktu, a nawet nie mające ze sobą żadnej bezpośredniej styczności. Ewolucja systemów regulacji zachowania może być zatem postrzegana jako część ogólnego rozwoju technologii informacji i zaufania⁴⁴⁹, który stwarza uczestnikom wymiany społecznej coraz lepsze warunki do tego, by podejmowane przez nich decyzje opierały się na odpowiednio uprawdopodobnionych przewidywaniach odnośnie do przyszłych zachowań innych osób.

5.2. Normatywność

Niewątpliwie rację miał H. Hart podkreślając, że powinności nie da się sprowadzić, jak to próbują czynić niektórzy teoretycy, do prognozy o prawdopodobieństwie doznania w przyszłości jakiejś najszerzej rozumianej dolegliwości w razie nie spełnienia obowiązku. Nie traci ona przecież swojego charakteru także w sytuacji, gdy prawdopodobieństwa takiego nie ma⁴⁵⁰. Pomimo to, oczywiste jest, że w pojęcie obowiązku silnie wpisane są elementy konformizujące i predyktywne, presupozycją dla niego jest bowiem istnienie dostatecznie skutecznego, w sensie generalnym, nacisku społecznego na podejmowanie zachowań zgodnie z przyjętymi w danej społeczności wzorami⁴⁵¹. Dzięki zdolności ludzkiego mózgu do tworzenia metareprezentacji o charakterze intertemporalnym wzory zachowań mogą być odnoszone do przyszłości, a ich krytyczna refleksja na poziomie procesów świadomych

⁴⁴⁸ Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 73-74.

⁴⁴⁹ Za szczególną formę komunikacji społecznej uważał systemy normatywne, np. S. Ehrlich (zob. S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., s. 46).

⁴⁵⁰ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 120-126.

⁴⁵¹ Ibidem.

powoduje, że mogą one stanowić obiektywne racje postępowania⁴⁵². W pojęciu racji mieści się kilka właściwości, które pozwalają przeciwstawić ją psychologicznemu motywowi mogącemu być impulsem działania o nienormatywnym charakterze. Jedną z nich jest intersubiektywność polegająca na niezależności racji od poglądów zarówno danej jednostki, jak i społeczności, w której funkcjonuje. Po drugie, racje cechuje właściwość uzasadniania zachowań, dzięki której mogą one być dyskutowane, jak również stanowić wzorzec dla krytyki czyjegoś zachowania. Po trzecie, postąpienie zgodnie z racją następuje po namyśle, a nie w wyniku impulsu sterowanego poprzez procesy nieświadome i zautomatyzowane⁴⁵³.

Nie wdając się w toczony od wieków spór o relację pomiędzy bytem a powinnością, który sprowadza się do wyboru pomiędzy dualizmem a monizmem⁴⁵⁴, można przyjąć za B. Brożkiem, że przełamanie tego utrwalonego schematu ontologicznego umożliwia koncepcja superweniencji, a to dzięki uznaniu, że reguły zależą od tego, co jest faktem, ale nie są do nich redukowalne⁴⁵⁵. Słuszne wydaje się przy tym stanowisko, że reguły są bytami emergentnymi superweniującymi jednocześnie zarówno na stanach mentalnych (aspekt internalny), jak i praktykach społecznych (aspekt eksternalny)⁴⁵⁶. Według H. Harta obowiązywania reguły społecznej⁴⁵⁷ nie można wyjaśnić bez jednoczesnego odwołania się do obu tych aspektów, ponieważ w pojęcie jej istnienia „wkomponowany jest związek regularnego postępowania z uznaniem go za wzorzec”⁴⁵⁸. Aspekt zewnętrzny (eksternalny) wiąże się z istnieniem społecznego nawyku (standardu) postępowania zgodnie

⁴⁵² Ibidem, s. 121.

⁴⁵³ Zob. B. Brożek, *Normatywność prawa*, Warszawa 2012, s. 12-13; Ch.M. Korsgaard, *The Sources of Normativity*, publikacja dostępna online pod adresem: http://www.tannerlectures.utah.edu/_documents/a-z/k/korsgaard94.pdf [data dostępu: 6 czerwca 2019 r.].

⁴⁵⁴ Zob. J. Stelmach, *A jeśli powinność nie istnieje*, [w:] *Fenomen normatywności*, A. Brożek, B. Brożek, J. Stelmach, Kraków 2013, s. 205.

⁴⁵⁵ B. Brożek, *Normatywność...*, op. cit., s. 304.

⁴⁵⁶ Ibidem, s. 20. Zbliżone poglądy prezentują również W. Załuski oraz T. Pietrzykowski. Różnice pomiędzy szczegółami stanowisk zajmowanych przez powołanych autorów nie mają istotnego znaczenia dla prowadzonych tu rozważań, decydujące jest natomiast to, co dla tych autorów wspólne, a mianowicie, założenie, że zjawiska sfery normatywnej superweniują zarówno na regularnościach zachowań społecznych, jak i na przeżyciach psychicznych odnoszących się do tych regularności, a pośrednio (z uwagi na przechodni charakter relacji superweniencji) na procesach neurofizjologicznych jednostek (zob. B. Brożek, *Normatywność...*, op. cit., s. 18; W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 96-98; T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 29-30; zob. także H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 84-86).

⁴⁵⁷ By dokładnie oddać koncepcję H. Harta zrezygnowano w dotyczących jej fragmentach pracy z posługiwania się określeniem „norma”, którego uczony ten unikał, zastępując je stosowanym przez niego pojęciem „reguły” („reguły społecznej”) (zob. J. Woleński, *Wstęp. Harta pojęcie prawa*, [w:] *Pojęcie...*, H.L.A. Hart, op. cit., s. XXIII).

⁴⁵⁸ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 78-91, 122 i 271. Również A. Ross uważał, że obowiązywanie normy to swoista jej relacja do faktów społecznych, polegająca na istnieniu dostrzegalnej z zewnątrz regularnej praktyki społecznej stosowania się do tej normy, której towarzyszy świadomość stosowania się do tej normy oraz związania nią (A. Ross, *Directives and Norms*, London-New York 1968, s. 83; zob. też K. Opałek, J. Wróblewski, *Prawo – metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 191).

z wzorem określonym przez regułę⁴⁵⁹. Jego stwierdzenie wymaga przyjęcia zewnętrznego punktu widzenia, to jest wglądu z perspektywy obserwatora, który sam nie akceptując reguły uznania, rejestruje *ab extra* faktyczną regularność zachowań w danej społeczności traktowanej jako całość⁴⁶⁰. Aspekt eksternalny ma zatem charakter empirycznej generalizacji, dla jego wystąpienia konieczne jest bowiem powszechne występowanie zachowań odpowiadających wzorowi wynikającemu z reguły⁴⁶¹. Powszechność nie oznacza jednak wymogu całkowitej ich jednolitości, nie wyklucza jej bowiem nieuniknione dla każdej społeczności występowanie z jakąś częstotliwością odstępstw od powszechnych standardów⁴⁶². Podobne właściwości wykazuje również aspekt wewnętrzny (internalny) polegający, najogólniej mówiąc, na świadomym stosowaniu się do reguły⁴⁶³. W przeciwieństwie do aspektu zewnętrznego może on jednak być rozumiany na dwa sposoby: z wewnętrznego punktu widzenia członka danej społeczności, traktującego określone zachowanie jako wzór, który wiąże go i może również stanowić miarę do oceniania zachowań innych osób⁴⁶⁴, albo z „nieradykalnie” zewnętrznego (hermeneutycznego, a nie behawioralnego) punktu widzenia obserwatora, który rozumiejąc badane zjawiska prawne (reguły oraz sterowane przez nie zachowania) w takim stopniu, jakby był zaangażowanym podmiotem prawa, ale bez rzeczywistej własnej ich akceptacji (albo w oderwaniu od niej), stwierdza, że badana grupa reguły te akceptuje⁴⁶⁵, a przez to wskazuje z zewnątrz sposób, w jaki jej członkowie związani są regułami z wewnętrznego punktu widzenia⁴⁶⁶. To eksternalne stwierdzenie aspektu wewnętrznego również ma charakter empirycznego uogólnienia, z wszystkimi przedstawionymi powyżej tego konsekwencjami. W szczególności, nie wyklucza istnienia reguły społecznej fakt, że w grupie funkcjonuje jakaś liczba jednostek, które jej nie akceptują, postrzegając ją

⁴⁵⁹ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 79-85.

⁴⁶⁰ Ibidem, s. 85 i 143. Wypowiedzi zewnętrzne składają się na dyskurs predyktywny, deskryptywny, behawioralny, prowadzony według kryterium prawdy (zob. Z. Pulka, *Założenia metanaukowe koncepcji prawa H.L.A. Harta*, [w:] *Teoria...*, red. W. Gromski, op. cit., s. 49-51; zob. także G.L. Seidler, *Z zagadnień...*, t. 2, op. cit., s. 16).

⁴⁶¹ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 83.

⁴⁶² Wytyczenie jednoznacznej granicy pomiędzy nawykiem społecznym, a jego brakiem nie jest w związku z tym możliwe (ibidem, s. 83-84).

⁴⁶³ J. Woleński, *Wstęp*, [w:] *Pojęcie...*, H.L.A. Hart, op. cit., s. XX.

⁴⁶⁴ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 85-86 i 126. Hartowski wewnętrzny punkt widzenia odpowiada temu, co Petrażycki określał jako osobiste przeżycie prawa (zob. G.L. Seidler, *Z zagadnień filozofii prawa. Prawo i idee*, t. 1. Lublin 1984, s. 33; zob. także G.L. Seidler, *Z zagadnień...*, t. 2, op. cit., s. 16). Wypowiedzi wewnętrzne tworzą dyskurs normatywny, wartościujący, krytyczny, oparty na kryterium efektywności (zgodności z założonym systemem wartości) (zob. Z. Pulka, *Założenia...*, op. cit., s. 49-51).

⁴⁶⁵ Co wyraża się w sposobach dokonywania krytyki lub samokrytyki, żądaniu przestrzegania oraz uzasadnianiu owych ocen i żądań przy użyciu normatywnej terminologii, np. „powinno”, „musi”, „należy”, „słuszny”, „zły”.

⁴⁶⁶ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 127-128 i 143; Z. Pulka, *Założenia...*, op. cit., s. 51.

z zewnętrznego punktu widzenia, tj. wyłącznie jako informację o prawdopodobieństwie poniesienia określonych dolegliwości w razie nie dochowania wynikającego z niej standardu zachowania⁴⁶⁷.

Normatywność nie jest właściwością jedynie prawa, ani nawet wyłącznie systemów regulacji zachowania, takich jak normy religijne, moralne, obyczajowe, mody, zachowań rodzinnych, sprzecznych z prawem zachowań w subkulturach więziennych itp.⁴⁶⁸ W istocie rzeczy jest ona wbudowana we wszelkie czynności społeczne, w tym w samo posługiwanie się językiem. Z powodu intertemporalnego charakteru niszy, w której egzystuje gatunek ludzki oraz wynikającej stąd potrzeby regulowania przyszłych zachowań, funkcjonowanie człowieka w społeczeństwie polega na zaciąganiu zobowiązań „na każdym kroku”⁴⁶⁹. Powinność nie jest, jak to przyjmował Kant, czymś leżącym poza naturą, w sferze nie podlegających mechanizmom przyczynowo-skutkowym przejawów wolnej woli, i poznawanym nie poprzez empirię, lecz w drodze dedukcji wychodzącej od rozumowo konstruowanych praw *a priori*⁴⁷⁰. Stanowi natomiast wszechobecny („*normativity is pretty much everywhere*”⁴⁷¹) wytwór materialnych procesów zachodzących w ludzkim mózgu i jako taka może być badana, przynajmniej w niektórych swych aspektach, przy wykorzystaniu panującej w naukach przyrodniczych metody indukcyjnej. J. Searle w słynnym dowodzie wynikania „powinien” z „jest” wykazał, że wbrew tradycyjnym poglądom, wywodzącym się jeszcze od Hume’a, pomiędzy bytem a powinnością nie ma żadnej ontologicznej przepaści wykluczającej przekład jednej z tych sfer na drugą⁴⁷². Powinność jest po prostu faktem złożonym z normatywnych przeżyć psychicznych oraz ich zewnętrznych przejawów – nie tylko zgodnych z nimi zachowań, ale także wypowiedzi normatywnych, oceniających, performatywnych itp. Dzięki wyższym funkcjom języka, do których należą nie tylko funkcja

⁴⁶⁷ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 272.

⁴⁶⁸ Zob. S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., rozdz. 4, *passim*.

⁴⁶⁹ Część autorów przyjmuje, że pewne rudymenarne formy normatywne występują już u zwierząt, a zwłaszcza najwyżej rozwiniętych małych człokształtnych, np. u szympanów, które demonstrują zachowania mogące świadczyć o przeżywaniu takich emocji, jak poczucie winy czy zażenowanie w związku ze złamaniem norm grupowych (zob. F.B.M de Waal, *Chimpanzee...*, op. cit., s. 42). Z kolei S. Ehrlich, odwołując się do obserwacji J. Lawick-Goodall, dopatrywał się u szympanów nawet protonorm, w tym represji karnej (zob. S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., s. 40).

⁴⁷⁰ Zob. I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności* [tyt. oryg. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*], tłum. M. Wartenberg, Warszawa 1971 [wyd. oryg. Riga 1785], s. 5-6.

⁴⁷¹ J.R. Searle, *Rationality in Action*, London-Cambridge [USA, Mass.] 2001, s. 182-183.

⁴⁷² Ibidem, s. 159-160; J.R. Searle, *Jak wywieść „powinność” z „jest”*, „Etyka” 1978, t. 16, s. 163-177; idem, *Czynności mowy. Rozważania z filozofii języka* [tyt. oryg. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*], tłum. B. Chwedańczuk, Warszawa 1987 [wyd. oryg. Cambridge 1969], s. 218-245; zob. także E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 214.

deskrypcyjna i argumentacyjna, ale – co podkreślał A. Ross⁴⁷³ – także rozkazodawcza, wyrażania prośb, przyrzekania, zaciągania zobowiązań, radzenia, chwaleń, potępiania i inne, sformułowane językowo wytwory ludzkich myśli tworzące Popperowski Świat 3 mają charakter rozkazów, prośb, zobowiązań, porad, pochwał, krytyki itp. i są realne w takim samym stopniu jak przedmioty materialne, na które mogą oddziaływać przyczynowo w ramach złożonych konwencji społecznych o różnej sile perswazyjnej.

Na płaszczyźnie językowej granica pomiędzy sferą bytu a powinności jest płynna: pomiędzy ujęciami „opisowymi” a ujęciami „etycznymi” leży „oczekiwanie” jako wynik rozumowania indukcyjnego⁴⁷⁴, które niepostrzeżenie może nabrać takiego odcienia znaczeniowego, przy którym jego niespełnienie (w szczególności przez zachowanie się odbiegające od oczekiwania) rodzi zarzut nie przeciwko błędności oczekiwania, które się nie sprawdziło, lecz przeciw „niewłaściwości” zachowania się⁴⁷⁵.

Normatywne wytwory Świata 3, nazywane przez przedstawicieli realizmu skandynawskiego „niezależnymi imperatywami”⁴⁷⁶, wykazują przy tym znaczną autonomię wobec przeżyć psychicznych, na których superwenują, można na przykład przyjąć, że obiektywnie istnieją pewne powinności⁴⁷⁷, które nie zostały nigdy przez nikogo pomyślane i czekają na swoje odkrycie (np. nie uświadomione jeszcze przez nikogo konsekwencje zastosowania przy wykładni konkretnego przepisu określonych wnioskowań prawniczych)⁴⁷⁸.

⁴⁷³ A. Ross, *The Raise...*, op. cit., s. 197-212.

⁴⁷⁴ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 7-18.

⁴⁷⁵ F. Studnicki, *Wzór zachowania się, wzór postępowania i norma*, ZNUJ, „Prace prawnicze” 1961, z. 8, s. 15.

⁴⁷⁶ Zob. K. Olivecrona, *Law as Fact*, Copenhagen-London 1939, s. 45-49 i 154.

⁴⁷⁷ Uznanie realności tych wytworów stanowi zasadniczy moment odróżniający przyjętą w rozprawie koncepcję zjawisk normatywnych od psychologicznej teorii prawa L. Petrażyckiego, w której nakazy i zakazy, obowiązki i powinności, a także wszelkie oceny należą do kategorii projekcji emocjonalnych (fantazmatów emocjonalnych) – Petrażycki za realne uznawał wyłącznie same procesy psychiczne, natomiast „ucieleśnianie” ich wytworów traktował jedynie jako konsekwencję projekcyjnych skłonności człowieka, znajdujących wyraz między innymi w budowie ludzkiego języka (L. Petrażycki, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, t. 1, Warszawa 1959, s. 55-62; Cz. Znamierowski, *Psychologiczna teoria prawa*, „Przegląd Filozoficzny” 1922, z. 1, s. 27). Pomimo redukcjonistycznego charakteru psychologicznej teorii prawa jej walorem było postrzeganie zjawisk normatywnych jako wytworu długotrwałych procesów przystosowawczych, zachodzących w analogiczny sposób w zbiorowościach ludzkich i zwierzęcych, które zmierzają do doskonalenia kooperacji (zob. H. Leszczyńska, *Petrażycki*, Warszawa 1974, s. 25). Pozwala to uznać L. Petrażyckiego za prekursora psychologii ewolucyjnej (zob. także K. Opałek, *Zarys...*, op. cit., s. 12).

⁴⁷⁸ Do pewnego stopnia przypomina to sposób rozumienia powinności przez fenomenologiczną teorię wartości N. Hartmanna, która na gruncie prawa karnego zainspirowała finalistów, w tym zwłaszcza H. Welzla (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 13). Według Hartmanna wartości nie są wytworem podmiotu oceniającego, ale poprzedzają świadomość ludzką przynależąc do świata bytów idealnych, obok niepoznawalnych za pomocą zmysłów przedmiotów logiki i matematyki. Od innych przedmiotów idealnych wartości odróżniają się tym, że wywierają nacisk, aby się urzeczywistnić. Ich istotą jest więc to, że kreują powinności, które występują w postaci norm nakazujących postępować tak, by kształtować rzeczywistość zgodnie z wartością (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 111-112).

5.3. Prawo i jego geneza

Szczególnym zjawiskiem normatywnym jest prawo. Podejmowane na przestrzeni dziejów i stanowiące swoistą obsesję teoretyków i filozofów prawa⁴⁷⁹ próby odpowiedzi na pytanie „Czym jest prawo?” nie przyniosły akceptowanego powszechnie rezultatu, a proponowane odpowiedzi pozostają wobec siebie w zasadniczej sprzeczności w kwestiach najbardziej fundamentalnych⁴⁸⁰. Prawo jest więc pojmowane m. in. jako fakt językowy (wypowiedzi normatywne), fakt psychologiczny (przeżycia, emocje prawne), fakt socjologiczny (zachowania prawnie relewantne) albo zjawisko złożone, łączące więcej niż jeden z powyższych elementów⁴⁸¹. Poszukiwanie cech prawa, pozwalających odróżnić je od innych kategorii zjawisk normatywnych, jest szczególnie ważne w przypadku analizy ewolucyjnej, ponieważ przyjęcie tego paradygmatu implikuje, że prawo nie pojawiło się od razu w swej gotowej postaci, ale wyłaniało się stopniowo z bardziej rudymenarnych form zjawisk powinnościowych, ewoluując ku coraz większej złożoności, co przy okazji wiązało się z jego coraz większym oddalaniem się od innych systemów norm⁴⁸².

Według S. Ehrlicha nawet w monistycznym systemie normatywnym społeczeństw archaicznych można już wyodrębnić autonomiczne zespoły norm⁴⁸³. Powstaje jednak pytanie, za pomocą jakich kryteriów można wyróżnić prawo wśród ogółu zjawisk normatywnych. Przyjęta w rozprawie koncepcja prawa jako bytu emergentnego superwenującego na regularnościach zachowań społecznych, jak i na odnoszących się do nich przeżyciach psychicznych, odpowiada na pytanie o ogólny status ontologiczny tego zjawiska, nie pozwala natomiast odróżnić go od innych systemów normujących ludzkie zachowania, zarówno bowiem aspekt eksternalny, jak i aspekt internalny należą do istoty każdego zjawiska

⁴⁷⁹ J. Woleński, *Wstęp...*, [w:] *Pojęcie...*, H.L.A. Hart, op. cit., s. XVIII.

⁴⁸⁰ Zob. np. L. Petrażycki, *Wstęp...*, op. cit., s. 25; H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 11-12.

⁴⁸¹ J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Teoria prawa*, Kraków 1998, s. 23-24.

⁴⁸² S. Ehrlich postawił hipotezę, że procesy wykształcania się zespołów norm mogą sięgać paleolitu, o czym świadczą wiarygodne świadectwa w tej kwestii odnoszące się do osiedli wczesnego neolitu. Hipoteza ta opiera się m. in. na założeniu, że złożone – już na tak wczesnym etapie rozwoju ludzkości – formy aktywności grup liczących kilkadziesiąt osobników, w ramach których wykształcił się pierwszy wielki podział pracy na łowiectwo i zbieractwo oraz realizowane były najwcześniejsze etapy zorganizowanego rozprzestrzeniania się, wymagały regulowania przez normy, odnoszące się w szczególności do podziału pracy, podziału żywności, organizacji i wyposażenia pochodów grupy itp. (zob. S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., 46-47).

⁴⁸³ Ibidem, s. 62. Również B. Malinowski podkreślał, że w społeczeństwach pierwotnych występuje pewna klasa reguł obowiązujących, które są wolne od mistycznego, sakralnego i nadnaturalnego charakteru, a zamiast tego wyposażone w czysto społeczną moc wiążącą (zob. B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 43-45).

normatywnego. Pod tym względem reguły prawne nie różnią się od reguł etycznych, racjonalności, językowych itd.⁴⁸⁴

W poszukiwaniu tego, co wyróżnia prawo od innych zjawisk normatywnych celowe wydaje się wykorzystanie zaproponowanego przez Harta niedefinicyjnego wyjaśnienia („oświecenia”) pojęcia prawa za pomocą metody analizy lingwistycznej pojęć występujących w języku potocznym⁴⁸⁵. Istotny jest przy tym nie tylko rezultat tej analizy, ale również i sama metoda, wywodząca się z oksfordzkiej szkoły filozofii analitycznej.

Punktem wyjścia dla rozważań Harta było spostrzeżenie, że pojęcia występujące w języku potocznym są ze swej natury nieostre, posiadają bowiem zarówno „rdzeń bezdyskusyjnego znaczenia” (*core of determinate meaning*), jak i „pasmo niezdeterminowania” czy też „cień semantyczny” (*penumbra of indeterminacy*)⁴⁸⁶, a do tego nieustannie ewoluują wraz ze zmianami w społecznej praktyce ich używania⁴⁸⁷. Z tego powodu obok obiektów stanowiących niewątpliwie desygnaty określonych pojęć, istnieją również przypadki graniczne, które trudno jednoznacznie zaklasyfikować. Esencjonalistyczne⁴⁸⁸ próby tworzenia definicji równościowej, określającej zespół cech przynależnych tym tylko przedmiotom i żadnym innym, a więc stanowiących ich jednoznaczną charakterystykę⁴⁸⁹, siłą rzeczy musiałyby się wiązać z wyeliminowaniem z jej zakresu zjawisk granicznych, usytuowanych w „paśmie niezdeterminowania”. Prowadziłoby to do zafałszowania sposobu użycia tego pojęcia w języku potocznym⁴⁹⁰. Trudności tych pozwala uniknąć zmiana orientacji z konstruktywistycznej na deskrypcjonistyczną, która preferuje typologiczną charakterystykę analizowanych zjawisk⁴⁹¹.

Z uwagi na to, że język nie jest jedynie środkiem opisu życia społecznego, ale sam w sobie stanowi wydarzenie społeczne o charakterze performatywnym, społeczeństwo „dzieje się” głównie za jego pomocą. Skoro rzeczywistość społeczną kreują przede wszystkim sformułowane w języku myśli, to jej badanie powinno polegać właśnie na

⁴⁸⁴ Zob. B. Brożek, *Normatywność...*, op. cit., s. 20.

⁴⁸⁵ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 286-287; zob. także J. Woleński, *Wstęp*, [w:] *Pojęcie...*, H.L.A. Hart, op. cit., s. XVII-XXI.

⁴⁸⁶ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 26-27.

⁴⁸⁷ Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*, Kraków 1978, s. 71-72.

⁴⁸⁸ Esencjonalizm zakłada, że desygnaty definiowanych pojęć muszą mieć pewną wspólną cechę, co pozwalać ma na precyzyjną delimitację zakresów zastosowania terminów, które poddawane są zabiegom definicyjnym (Z. Pulka, *Założenia...*, op. cit., s. 47).

⁴⁸⁹ Zob. K. Ajdukiewicz, *Język i poznanie*, t. 2, Warszawa 1965, s. 296; Z. Ziemiński, *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966, s. 151.

⁴⁹⁰ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, op. cit., s. 108-109.

⁴⁹¹ Z. Pulka, *Założenia...*, op. cit., s. 41-42; zob. także T. Gizbert-Studnicki, *Teoria prawa, filozofia języka, lingwistyka*, „Studia Filozoficzne” 1985, z. 2-3, s. 71-72.

analizie praktyki użycia języka w różnych kontekstach społecznych, zarówno językowych, jak i pozajęzykowych⁴⁹². Badania nad znaczeniem słów rzucają więc światło nie tylko na same słowa, ale również na wyrażane przez nie sytuacje i stosunki społeczne⁴⁹³, przy czym dla realizacji tego celu analiza powinna obejmować zarówno wzorcowe, jak i graniczne sytuacje, w których dane pojęcia są używane⁴⁹⁴.

Zastosowana przez Harta metoda ma jednak jeszcze głębszy fundament, ze względu na który użyteczność analizy lingwistycznej nie ogranicza się jedynie do badania wytworów ludzkiej kultury. Uwzględnienie wyrażanej przez język potoczny struktury ludzkiego myślenia w każdym poznaniu rzeczywistości to realizacja postulatu epistemicznej teorii prawdy H. Putnama (realizmu wewnętrznego), opartej na tezie o względności pojęciowej. Głosi ona, że rozstrzygnięcia poznawcze są zrelatywizowane do układu pojęciowego, w jego ramach mają jednak charakter obiektywny⁴⁹⁵. Nie ma danej z góry relacji korespondencji między językiem a światem, która byłaby uniwersalnie „właściwa”, ponieważ sama kategoryzacja świata na indywidua jest konsekwencją decyzji co do używania pojęć⁴⁹⁶. Względność pojęciowa nie pociąga jednak za sobą relatywizmu, nie wyklucza bowiem, że indywidua wyodrębnione ze świata w wyniku decyzji pojęciowych „w jakimś sensie mogą być rzeczywiste”, a ponadto zakłada, że – z uwagi na określone potrzeby poznawcze – pewien układ pojęciowy wyznaczający ekstensję nazwy rodzajowej może być lepszy od innego. Układ taki może przy tym ewoluować wraz ze zwiększaniem się możliwości poznawczych, jak to uwiadcniają np. kolejne zmiany sposobu definiowania pojęcia kwasu następujące w związku z odkryciami naukowymi dokonywanymi w dziedzinie chemii⁴⁹⁷. Co istotne, pomimo uzgodnienia układu odniesienia, próba indywiduacji (kategoryzacji na indywidua) najczęściej napotyka na problem o właściwościach sorytu z powodu

⁴⁹² Zob. Z. Pulka, *Założenia...*, op. cit., s. 41-42.

⁴⁹³ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 4. Tego rodzaju poznaniem bezpośrednim (określanym przez J. Stelmacha jako intuicja racjonalna – zob. J. Stelmach, *Intuicja prawnicza*, [w:] *Dziedzictwo prawne XX wieku. Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. A. Zoll, J. Stelmach, J. Halberda, Kraków 2001, s. 380), polegającym na wyprowadzeniu wiedzy z nazw, posługiwał się także J. Makarewicz, który poszukując na przykład odpowiedzi na pytanie o istotę prawa karnego wyszedł od analizy samej nazwy „prawo karne” (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 88-89; idem, *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914, s. 1 i 15; idem, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 1, 14; idem, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 4-5).

⁴⁹⁴ Z. Pulka, *Założenia...*, op. cit., s. 47.

⁴⁹⁵ Zob. A. Grobler, *Prawda a względność*, Kraków 2000, s. 47-49.

⁴⁹⁶ Jednym z ulubionych przykładów Putnama obrazujących istotę względności pojęciowej jest problem możliwości uznania za wodę płynu występującego na „Ziemi Bliźniaczej”, który może być różnie rozwiązany w zależności od przyjętego kryterium jednakowości, np. chemicznego, różnych wariantów kryterium funkcjonalnego (zob. ibidem, s. 53-54 oraz 61-66).

⁴⁹⁷ Ibidem, s. 54 i 63-66.

zróznicowanego natężenia cechy uznanej za kryterium jednakowości⁴⁹⁸, skutkiem czego nieuniknione jest występowanie „cienia semantycznego” i niepewności w obszarach granicznych. W konsekwencji wszelkie terminy ogólne są nieusuwalnie otwarte⁴⁹⁹.

Względność pojęciowa oraz problemy o charakterze sorytu pojawiają się również przy poszukiwaniu ekstensji (poprawnych użyć) nazwy „prawo”. Dotyczy to zresztą już samej kwestii jego normatywności, jak to bowiem powyżej sygnalizowano, zarówno aspekt eksternalny, jak i internalny normy (reguły) jest pewną empiryczną generalizacją, z którą z natury rzeczy wiąże się występowanie „pasma niezdeterminowania”⁵⁰⁰. Potrzeby poznawcze mogą decydować o przyjmowaniu różnych kryteriów jako istotnych dla zaklasyfikowania danego obiektu normatywnego jako prawa, a zróznicowane natężenie cech uznanych za te kryteria powoduje, że „prawność” określonego zjawiska może też być, w pewnych granicach, stopniowalna. Powoduje to, że obok zjawisk wzorcowych, których prawny charakter nie budzi wątpliwości, pojawiają się różne przypadki graniczne, do których Hart zaliczył prawo prymitywne oraz prawo międzynarodowe. Wykazują one szereg cech „wzorcowego” prawa, jednak nie wszystkie, w szczególności zaś brakuje w nich suwerennego prawodawcy, sądów o gwarantowanej przymusem jurysdykcji oraz centralnie zorganizowanego systemu sankcji⁵⁰¹.

Antydefinicyjna metoda zastosowana przez Harta wydaje się być przydatna szczególnie na użytek analizy ewolucyjnej⁵⁰², nie tylko zresztą samego zjawiska prawa, ale również i bardziej szczegółowych pojęć prawnych (np. przestępstwa czy też elementów jego struktury, takich jak wina czy bezprawność). Pozwala bowiem na ich wyodrębnienie spośród zjawisk do nich podobnych, podczas gdy wykorzystanie w tym celu definicji opartych na właściwościach form współczesnych eliminowałoby ich postaci rudymentalne. Te bowiem ze swej natury wykazują jedynie pewne właściwości form rozwiniętych, a przecież ze względu na przyjętą metodę badawczą konieczne jest znalezienie takiego układu

⁴⁹⁸ Istotę sorytu najlepiej obrazuje słynny przykład o nazwie „Łysy”, który stanowi rozumowanie prowadzące od przesłanek, że osoba która ma na głowie 1 włos jest łysa, a także że skoro osoba, która ma na głowie n włosów jest łysa, to osoba która ma na głowie $n+1$ włosów jest łysa, do wniosku, że osoba, która ma na głowie, np. milion włosów jest łysa (zob. B. Brożek, *Argument z równi pochyłej*, [w:] *Paradoksy bioetyki prawniczej*, J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, Warszawa 2010, s. 74-75; H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 15).

⁴⁹⁹ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 176.

⁵⁰⁰ Ibidem, s. 84.

⁵⁰¹ Zob. ibidem, s. 15 i 286.

⁵⁰² Sam H. Hart podkreślał, że współczesne systemy prawa mogły stopniowo wyłonić się z prawa ludów pierwotnych, które pozbawione jest szeregu właściwości charakteryzujących w pełni rozwinięte zjawisko prawne (ibidem).

pojęciowego, który umożliwiłby uchwycenie tego, co wspólne dla form znajdujących się na różnych etapach rozwoju.

Metoda analizy lingwistycznej opiera się na korespondencyjnej teorii języka, która przyjmuje, że język potoczny jest oparty na ogólnej strukturze ludzkiego myślenia, właściwej zarówno dla poznania potocznego, jak i naukowego. W związku z tym zawiera preteoretyczne pojęcia codziennej praktyki, których opanowanie jest warunkiem wstępnym przyswojenia sobie pojęć teoretycznych poszczególnych dziedzin szczegółowych⁵⁰³. Język potoczny, w przeciwieństwie do różnych języków naukowych, jest uniwersalny, co oznacza, że wszelkie wyrazy i wyrażenia występujące w tych językach dają się na niego przetłumaczyć⁵⁰⁴. Według J.L. Austina język potoczny stanowi kompendium wiedzy o świecie, w którym zakodowany jest proces poznawania świata⁵⁰⁵, ponieważ ucieleśnia on wszystko to, co ludzie uznali za istotne, a bogactwo i trafność wyrażanych w nim rozróżnień i relacji jest następstwem tego, że sprostały one długotrwałemu sprawdzianowi, jakim jest przeżycie najlepiej przystosowanych⁵⁰⁶.

Odwołując się do praktyki użycia słowa „prawo” w języku potocznym, H. Hart przełamał Kelsenowski radykalny rozdział faktów i powinności sytuujący prawo, w tym postulowaną w jego ramach „czysto pomyślaną lub sfingowaną” tzw. normę podstawową (*Grundnorm*), z której cały system prawa czerpie swoją moc obowiązującą, wyłącznie w sferze powinności⁵⁰⁷. Doszedł bowiem do wniosku, że u podłoża całego systemu prawnego w jego rozwiniętej postaci leży tzw. ostateczna reguła uznania, która ma empiryczny charakter. Reguła ta nie może ani obowiązywać, ani nie obowiązywać, a po prostu istnieje, gdy jest faktycznie akceptowana i funkcjonuje jako wzorzec, według którego oceniane jest obowiązywanie innych reguł (zarówno pierwotnych jak i wtórnych)⁵⁰⁸. Stwierdzenie istnienia

⁵⁰³ P.F. Strawson, *Analiza i metafizyka. Wstęp do filozofii* [tyt. oryg. *Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy*], tłum. A. Grobler, Kraków 1994 [wyd. oryg. Oxford 1992], s. 30-31.

⁵⁰⁴ A. Tarski, *Pojęcie prawdy w językach nauk dedukcyjnych*, Warszawa 1933 [przedr. A. Tarski, *Pisma logiczno-filozoficzne*. t. 1. *Prawda*, Warszawa 1995, s. 29-33].

⁵⁰⁵ Z. Pulka, *Założenia...*, op. cit., s. 43.

⁵⁰⁶ J.L. Austin, *Prośba o wybaczenie* [tyt. oryg. *A plea for Excuses: The Presidential Address*, wyd. oryg. „Proceedings of the Aristotelian Society” 1956-57, Vol. 57, s. 1-30], [w:] idem, *Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne*, tłum. B. Chwedeńczuk, Warszawa 1993, s. 243-244; M. Matczak, *Imperium tekstu. Prawo jako postulowanie i urzeczywistnianie świata możliwego*, Warszawa 2019, s. 96-97.

⁵⁰⁷ Zob. J. Woleński, *Wstęp*, [w:] *Pojęcie...*, H.L.A. Hart, op. cit., s. XXI; K. Opalek, *Problemy statycznych i dynamicznych systemów normatywnych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego”, Katowice 1993, s. 161 i nast.; J. Stelmach, *Obowiązywanie prawa w sensie absolutnym i relatywnym*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 319-320.

⁵⁰⁸ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 151 i 313-316. Koncepcja faktualnej ostatecznej reguły uznania wyjaśnia obowiązywanie prawa w sensie absolutnym, tzn. jego obowiązywanie w ogóle, co jest koniecznym składnikiem ontologicznie ugruntowanej definicji prawa, która pozwala uniknąć typowej dla prawniczego myślenia tautologii, że prawo obowiązuje, bo jest po prostu prawem. Jednocześnie ukazuje rolę ostatecznej reguły uznania

ostatecznej reguły uznania może więc być wyłącznie zewnętrzne i faktualne, o ile bowiem inne, podporządkowane jej reguły mogą obowiązywać i w tym sensie „istnieć”, nawet gdy są powszechnie ignorowane⁵⁰⁹, reguła uznania istnieje jedynie jako praktyka wyrażania stwierdzeń wewnętrznych o obowiązywaniu podporządkowanych jej reguł (identyfikacji prawa przez odniesienie do jej kryteriów)⁵¹⁰. Koncepcja Harta jest więc *par excellence* naturalistyczna⁵¹¹, a po uzupełnieniu o harmonizujące z nią założenie, że prawo, podobnie jak i inne zjawiska normatywne, nie jest prostą sumą aspektu eksternalnego i internalnego, lecz superwenującym na nich bytem emergentnym (nadłożonym), tworzącym nieredukowalną do faktów nową jakość, realizuje ona ideę nieredukcjonistycznej, wertykalnej integracji nauk społecznych.

Co istotne, stanowisko to wyklucza możliwość rozpatrywania prawa w całkowitym oderwaniu od jego treści. Chociaż nie ma koniecznego (definitywnego) związku pomiędzy prawem a moralnością⁵¹², to jednak system prawny, który nie jest postrzegany z wewnętrznego punktu widzenia przez dostatecznie liczną grupę w ramach społeczeństwa nie może być stabilny, a brak powszechnej akceptacji reguł i dobrowolnego współdziałania w ich przestrzeganiu, rekompensowany przez narastającą represyjność prawa, wywołuje stałe zagrożenie buntem⁵¹³. Gdy wewnętrzny punkt widzenia (a przynajmniej pasywna zgoda na stosowanie reguł) nie jest w społeczności wystarczająco rozpowszechniony to w ogóle trudno mówić o obowiązywaniu reguł. Aspekt internalny – który jest czymś zasadniczo odmiennym od samego podporządkowania się nakazowi zagwarantowanemu przymusem – jest przecież tym co nadaje wzorowi zachowania normatywny charakter⁵¹⁴. By być skutecznym regulatorem ludzkich zachowań prawo musi zawierać „minimalną treść

jako wzorca, według którego oceniane jest obowiązywanie w znaczeniu relatywnym, odnoszone do wszystkich norm jej podporządkowanych (zob. J. Stelmach, *Obowiązywanie...*, op. cit., s. 315-316).

⁵⁰⁹ Na przedprawnym etapie, gdy istnieje jedynie zbiór nie powiązanych w system reguł pierwotnych, o ich obowiązywaniu można mówić – podobnie jak w odniesieniu do ostatecznej reguły uznania rozwiniętego systemu prawa – jedynie w sensie empirycznym. Reguły te wiążą, gdy są faktycznie akceptowane i funkcjonują jako takie. Dopiero wykształcenie się reguły uznania wytwarza jakościowo nową sytuację: faktyczność prawa koncentruje się na podstawowym poziomie istnienia tej reguły, zaś pozostałe reguły wtórne oraz reguły pierwotne obowiązują już na podstawie stwierdzeń wewnętrznych, tj. gdy spełniają wymagania reguły uznania (zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 314-315).

⁵¹⁰ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 153-155.

⁵¹¹ Według J. Woleńskiego fundament naturalistycznego spojrzenia na prawo stanowi teza, że powstanie, akceptacja, przestrzeganie, naruszanie oraz ustanie obowiązywania norm prawnych polega na zaistnieniu zdarzeń empirycznych wraz z założeniem, że normy nie mają charakteru lingwistycznego, ale są wynikiem performatywnych aktów normowania, które są wyrażane poprzez zdania deontyczne (zob. J. Woleński, *Naturalizm w teorii prawa*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 910-911).

⁵¹² Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 252 i 281-282.

⁵¹³ Ibidem, s. 272.

⁵¹⁴ Zob. ibidem, s. 162.

prawa naturalnego”⁵¹⁵, rozumianego jako uniwersalne zasady postępowania mające podstawę w elementarnych prawdach dotyczących ludzi, ich naturalnego środowiska i celów, do których można zaliczyć np. dążenie do zachowania własnego życia, ale także unikania niekorzystnych nierówności w porównaniu z innymi ludźmi⁵¹⁶. Prawniczy pozytywizm w ujęciu Harta przystaje więc do ewolucyjnego spojrzenia na prawo, wynika z niego bowiem, że dowolność prawodawcy w kształtowaniu norm prawnych nie jest całkowicie nieograniczona, pewną „minimalną” treść prawa wymuszają bowiem ukształtowane w drodze doboru naturalnego, fundamentalne i wspólne wszystkim ludziom mechanizmy psychiczne⁵¹⁷.

Analiza praktyki użycia słowa „prawo” w języku potocznym doprowadziła Harta do wniosku, że jest nim takie zjawisko normatywne, w którym obok reguł przyznających ludziom pewne uprawnienia i nakładających na nich określone obowiązki co do działań i zaniechań w sferze (w dużej mierze) fizycznej, tj. reguł pierwotnych (*primary rules*), istnieją operujące (pasożytujące) na nich reguły wtórne (*secondary rules*), które określają sposoby wprowadzania, zmiany, usuwania reguł pierwotnych, dokonywania w odniesieniu do nich czynności konwencjonalnych⁵¹⁸, rozsądzania sporów na tle ich stosowania, a także ich egzekwowania i sankcjonowania przypadków ich naruszeń⁵¹⁹. Poza tą odrębnością reguły wtórne nie różnią się od pierwotnych, jeżeli chodzi o samą swoją istotę, w szczególności ich normatywność opiera się na współistnieniu aspektu eksternalnego (powszechnej praktyki ich stosowania przy dokonywaniu operacji na regułach pierwotnych) oraz aspektu internalnego (uznaniu tej praktyki za wzorzec powiniennych operacji na regułach pierwotnych)⁵²⁰. Szczególne znaczenie wśród nich mają reguły uznania (*rules of recognition*; „rodowód” w terminologii R. Dworkina⁵²¹) dostarczające kryterium identyfikacji reguł jako

⁵¹⁵ G. Radbruch wyraził to w formie zasady *lex iniustissima non est lex*.

⁵¹⁶ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 258-269.

⁵¹⁷ Jak podkreślił L. Petrażycki, skuteczne oddziaływanie prawa jest oparte na założeniu jego zgodności z psychiczną naturą podmiotu, od którego wymagane jest określone zachowanie (L. Petrażycki, *Wstęp...*, Warszawa 1968, s. 26).

⁵¹⁸ Hart ma tu na myśli przede wszystkim prywatnoprawne możliwości kształtowania stosunków prawnych. Presuponowane w pojęciu samowiążących operacji reguły określające kto, w jakich okolicznościach i w jaki sposób może dokonać określonej czynności konwencjonalnej mają charakter wtórny i opierają się na powszechnym uznaniu ich mocy obowiązującej (H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 53 i 114). W istocie rzeczy cała regulacja wtórna określa zasady dokonywania czynności konwencjonalnych, nie tylko prywatnoprawnych, ale przede wszystkim publicznoprawnych. Niczym innym, jak czynnościami konwencjonalnymi jest bowiem samo tworzenie lub dokonywanie zmian w regulacji pierwotnej czy orzekanie o konsekwencjach zastosowania tych reguł (zob. J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989, s. 83).

⁵¹⁹ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 116-117 i 134. Sam Hart zastrzegał jednak, że choć wzajemny związek reguł pierwotnych i wtórnych może być słusznie uważany za istotę prawa, to jednak reguły obu rodzajów nie zawsze występują razem, gdy słowo „prawo” jest poprawnie używane (zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 117, 139 i 211).

⁵²⁰ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 162.

⁵²¹ Ibidem, s. 353.

wiążących w danej grupie⁵²², przy czym wspomniana już tzw. ostateczna reguła uznania, leżąca u podstaw całego systemu prawa, jest pewnym faktem społecznym – złożoną praktyką instytucjonalną efektywnego akceptowania określonych źródeł prawa jako obowiązujących.

Można sądzić, że prawo wykształciło się jako produkt ewolucji rudymenarnych zespołów norm poprzez „nadbudowywanie” reguł wtórnych nad regułami pierwotnymi drogą eksternalizacji i internalizacji określonych precedensowych zdarzeń faktycznych⁵²³. Przejście od zbiorów norm pozbawionych rozwiniętych regulacji wtórnych do prawa było niewątpliwie procesem długotrwałym i płynnym, wydaje się jednak, że pewne rudymenarne postaci unormowań wtórnych, w szczególności dotyczących źródeł uznania określonych praktyk za powinne, sposobów ich egzekwowania oraz sankcjonowania odstępstw od nich, mogły wynikać wprost z biologicznie zdeterminowanych pierwotnych form poczucia sprawiedliwości opartych na przeżyciach afektywnych, takich jak zazdrość, wdzięczność czy instynkt odwetu. Nie ma ludzkich społeczności, w których nie występowały by sankcje, uniwersalny charakter ma przy tym określona przyczyna ich wymierzenia – popełnienie przestępstwa przeciwko zbiorowości, a także konkretny ich rodzaj – wykluczenie jednostki z grupy społecznej⁵²⁴. Konieczny dla utrzymania spójności grupy konformizm społeczny na bardziej pierwotnych etapach rozwoju zapewniały, i to z nie mniejszą skutecznością niż współczesne sankcje karne *sensu stricto*, takie źródła nacisku jak zasada wzajemności i świadomość wynikających z niej konsekwencji. Były one wzmacniane uroczystym charakterem czynności będących źródłem powinności, który pozwalał na publiczną kontrolę i jawną krytykę⁵²⁵, naciskiem (sankcją) opinii publicznej⁵²⁶, groźbą krwawej zemsty,

⁵²² W najprostszej postaci może to być samo umieszczenie reguły na autoryzowanej liście zapisanej w jakimś dokumencie lub nawet wyrytej na monumencie umieszczonym w miejscu publicznym. Wraz z rozwojem regulacji wtórnej reguły uznania stają się coraz bardziej złożone i mogą oznaczać na przykład, że reguły pierwotne zostały wydane przez właściwy organ we właściwym trybie, zostały uznane na mocy odpowiednio długiej praktyki zwyczajowej, czy też powstały drogą decyzji sądowych (zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 134-135).

⁵²³ Zob. W. Uruszcak, *Historia państwa i prawa polskiego. Tom I (966-1795)*, Warszawa 2013, s. 72.

⁵²⁴ Zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 620.

⁵²⁵ B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 45.

⁵²⁶ Nacisk ten wzmacniany był siecią wzajemnych zależności i potrzeb: sprawca wykroczenia, który odmówił podporządkowania się grupie, miał świadomość, że nie otrzyma jej pomocy, gdy sam będzie w potrzebie, a może z niej zostać nawet wykluczony, co w surowych warunkach egzystencji na wczesnym poziomie rozwoju cywilizacyjnego, mogło być niemal równoznaczne z wyrokiem śmierci. Siła presji grupy była tak wielka, że mogła prowadzić do popełnienia samobójstwa przez winowajcę, który w ten sposób sam wymierzał sobie karę (zob. B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 44-47, 59-61; idem, *Dzieła*, t. 2, *Życie seksualne dzikich w północno-zachodniej Melanezji. Miłość, małżeństwo i życie rodzinne u krajowców z Wysp Triobrianda Brytyjskiej Nowej Gwinei* [tyt. oryg. *The Sexual Life of Savages in North-western Melanesia. An Ethnographic Account of Courtship, Marriage and Family Life among the Natives of the Triobriand Islands, British New Guinea*], tłum. J. Chałasiński, A. Waligórski, Warszawa 1984 [wyd. oryg. London 1929], s. 157-159).

która była „potężnie zastraszającym środkiem”⁵²⁷, w końcu zaś sankcjami nadnaturalnymi⁵²⁸, w tym np. groźbą zastosowania czarnej magii przez plemiennego czarownika działającego w imieniu społeczności⁵²⁹. Zjawisko tabu (zakazu) należy do uniwersaliów kulturowych, a w zestawionych przez J. Makarewicza przykładach jego występowania u różnych ludów świata bez trudu dostrzec można co najmniej załączkowe metanormy dotyczące zarówno zgeneralizowanych sposobów nadawania statusu nienaruszalności określonym przedmiotom, jak i sankcjonowania przypadków jego pogwałcenia⁵³⁰.

Istnienie intersubiektywnego uzasadnienia jest immanentną komponentą normatywnego charakteru reguł pierwotnych jako wspólnego dla grupy układu odniesienia umożliwiającego ocenę zachowań poszczególnych jej członków. Służyć temu mogły również uzasadnienia sakralne wywodzące obowiązywanie norm społecznej konformizacji z ładu nadprzyrodzonego (a więc zakładające ich pochodzenie od boga lub duchów), uzupełniane często o element tradycjonalistyczny, podkreślający ich istnienie od niepamiętnych czasów. Tego rodzaju załączki reguły uznania, pomimo charakterystycznej dla prawa pierwotnego płynności i nieuchwytności, dostrzec można już w społecznościach wykazujących najniższy poziom złożoności organizacyjnej⁵³¹. Wraz z rozwojem organizacji społecznej reguła uznania staje się coraz bardziej uchwytna, przybliżając się powoli do form znanych nam z rozwiniętych systemów prawnych: już na etapie przedpaństwowym za źródło identyfikacji prawa zaczynają być uważane sprecyzowane akty określonych podmiotów, np. postanowienia wodza czy wyroki sądu plemiennego⁵³².

Wraz ze wzrostem złożoności życia społecznego ewoluowały nie tylko reguły pierwotne, ale także nadbudowane nad nimi reguły wtórne, zaś ich wzajemne relacje tworzyły układ coraz bardziej kompleksowy i złożony. W końcu zmiany „ilościowe” w nim zachodzące doprowadziły do „jakościowej” przemiany statycznego, rozproszonego zbioru nie powiązanych w system reguł pierwotnych, w których zasadniczym środkiem kontroli

⁵²⁷ Zob. B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 95-96; H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 268; E.E. Evans-Pritchard, *The Nuer: A Description of the Modes of Livelihood and Political Institutions of a Nilotic People*, Oxford 1940, s. 150-151; J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 283.

⁵²⁸ B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka uwag o antropologicznych badaniach nad prawem pierwotnym*, [w:] *Filozofia...*, red. B. Czech, op. cit., s. 459.

⁵²⁹ B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 66-71.

⁵³⁰ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 178-181; idem, *Metoda socjologiczna w historii prawa*, [w:] *Pamiętnik III Zjazdu Historyków Polskich w Krakowie. Referaty*, t. 1, Kraków 1900, s. 11-13; B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 459.

⁵³¹ B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 461; B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 21.

⁵³² Zob. B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 461.

społecznej był ogólny nacisk ze strony grupy⁵³³, w dynamiczne, samoorganizujące się według własnych reguł prawo. Tezę tą potwierdzają obserwacje prowadzone wśród ludów przedpaństwowych, u których da się dostrzec prawidłowość, że równolegle do wzrostu złożoności społecznej coraz liczniejsze, bardziej skomplikowane i wzajemnie powiązane stają się układy normatywne o cechach Hartowskich regulacji wtórnych⁵³⁴.

Warto dodać, że współcześnie jesteśmy świadkami procesu wykształcania się ponadpaństwowych porządków prawnych, który przebiega w sposób podobny do wyłaniania się prawa z rudymenarnych zbiorów reguł w społecznościach prymitywnych, a więc poprzez stopniowe nadbudowywanie nad powszechnie uznanymi regułami pierwotnymi coraz bardziej złożonego mechanizmu operujących na nich reguł wtórnych. Jeszcze H. Hart, dostrzegając zasadnicze podobieństwo prawa międzynarodowego do porządku reguł pierwotnych istniejących w społeczeństwach prymitywnych⁵³⁵, uważał, że może budzić wątpliwości, czy jest ono wyposażone w reguły zmiany, orzekania, a nawet regułę uznania dostarczającą ogólnych kryteriów rozpoznawania jego przepisów⁵³⁶. Ten stan rzeczy uległ jednak zasadniczej zmianie w ciągu kolejnych kilkudziesięciu lat na znacznym obszarze Europy w związku z rozwojem Unii Europejskiej jako struktury wyposażonej w kompetencje do samodzielnego stanowienia prawa ponadnarodowego, które stanowi system reguł pierwotnych i wtórnych o stopniu złożoności i usystematyzowania odpowiadającym prawu państwowemu⁵³⁷. Już wcześniej prawo międzynarodowe zostało uznane za samoistne źródło materialnych norm prawa karnego, gdy czyny nie były karalne według *lex loci*⁵³⁸,

⁵³³ Co interesujące, H. Hart rozważając kwestię możliwości przetrwania społeczności, w której relacje międzyludzkie regulowane są wyłącznie przez reguły pierwotne doszedł do wniosków, które w dużym stopniu odpowiadają hipotezom na temat warunków rzeczywistości panujących w EEA. Społecznością tą musiała bowiem być, jak uważał, niewielka grupa spojona bliskimi związkami pokrewieństwa i wspólną ideologią (zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 130-131).

⁵³⁴ Zob. B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 459-461; J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., passim; I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 19-20 i 42-43.

⁵³⁵ Do takich samych wniosków doszedł wcześniej P. Vinogradoff eksponując podobne znaczenie samopomocy i mediacji dla realizacji obowiązujących w obu porządkach norm prawnych (zob. P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*, Vol. 1, London-Edinburgh-Glasgow-New York-Toronto-Melbourne-Capetown-Bombay 1920, s. 351-355).

⁵³⁶ H. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 15, 287, 304-305 i 310-313. Już jednak na tym etapie reguły w relacjach międzynarodowych są traktowane i określane jako obowiązkowe, występuje też powszechny nacisk na ich przestrzeganie, są one też postrzegane jako źródło roszczeń i dozwoleń, a także mocne uzasadnienie dla rekompensaty i retorsji (ibidem, s. 295).

⁵³⁷ Zob. W. Hakenberg, *Prawo...*, op. cit., s. 25-26.

⁵³⁸ Zob. artykuł VI Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego dołączonej do Porozumienia z dnia 8 sierpnia 1945 r. pomiędzy Rządem Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki, Rządem Tymczasowym Republiki Francuskiej i Rządem Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej (Dz. U. z 1947 r. Nr 63, poz. 367).

przy czym przyjęto, że stanowi je również prawo zwyczajowe oraz precedensowe⁵³⁹. Co szczególnie interesujące, już wówczas stanowisko to uzasadniano odwołując się do spostrzeżenia, że tak jak wewnętrzne prawo karne na najwcześniejszym swoim etapie „narastało od wypadku do wypadku”, tak prawo międzynarodowe nie jest statyczne, lecz podlega ustawicznym zmianom, dostosowując się do aktualnych potrzeb, a zawierane traktaty w wielu wypadkach nie są niczym innym, jak tylko wyraźniejszym sprecyzowaniem już istniejącego prawa⁵⁴⁰.

Z perspektywy teorii koewolucji genetyczno-kulturowej prawo można uznać za wytwór rozwijającej się technologii informacji i zaufania, którego funkcją jest zwiększenie przewidywalności przyszłych zachowań ludzkich i wspieranie w ten sposób opartych na altruizmie wzajemnym relacji wymiany. Prawo w znormalizowany sposób wspiera działanie ukształtowanego w ludzkim umyśle w drodze ewolucji biologicznej ośrodka wykrywania oszustw (będąc zarazem jednym z jego zaawansowanych, kulturowych wytworów), a przy tym jest jedną z form komunikacji rozumianej jako wywieranie wpływu na zachowania ludzi⁵⁴¹. Poprzez prawo społeczeństwo uzyskuje także autorytatywną informację o wartościach, którymi ma kierować się w swych decyzjach co do podejmowanych zachowań. W ten sposób spełnia ono funkcję integracyjną zspalając grupę w zwarty organizm społeczny⁵⁴².

Prawo może być przy tym postrzegane, w ujęciu koncepcji trzech Światów Poppera, jako system funkcjonalnie ze sobą powiązanych, sformułowanych językowo myśli dotyczących powinnych zachowań, który jest częściowo autonomiczny wobec realnych przeżyć psychicznych i może na nie oddziaływać przyczynowo, a za ich pośrednictwem, również na świat przedmiotów fizykalnych⁵⁴³. Widzieć w nim można także zespół jednostek informacji kulturowej (memów), tj. układ wzajemnie sprzężonych replikatorów powielanych w drodze transmisji kulturowej i podlegających selekcji zgodnej z mechanizmem doboru

⁵³⁹ Zob. M. de Baer, *Prace przygotowawcze nad represją zbrodni wojennych 1941-1943*, PiP 1948, z. 3, s. 7-8; F. Biddle, *Proces norymberski*, PiP 1948, z. 3, s. 16-17; T. Cyprian, *Zbrodnia przeciwko pokojowi*, PiP 1948, z. 3, s. 21-26; A.L. Goodhart, *Uwagi o procesach norymberskich*, PiP 1948, z. 3, s. 29-30; J. Sawicki, *Prawo norymberskie a polskie prawo karne*, PiP 1948, z. 3, s. 59-61.

⁵⁴⁰ Uzasadnienie wyroku Międzynarodowego Trybunału Wojskowego z dnia 1 października 1946 r. (cyt. za: F. Biddle, *Proces...*, op. cit., s. 16-17).

⁵⁴¹ S. Ehrlich, opierając się na teorii społecznej komunikacji J. Habermasa, uważał prawo za „system informacyjno-decyzyjny” służący komunikowaniu wiążących wzorów zachowania (zob. S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., s. 155-157; zob. też R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 127; T.E. Kuczma, *Genetyczne...*, op. cit., s. 183 oraz I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 148).

⁵⁴² G.L. Seidler, *Z zagadnień...*, t. 1., op. cit. 56-58.

⁵⁴³ W bardziej tradycyjnym ujęciu, wyrażonym np. przez G. Seidlera, przyczynowość prawa polega na tym, że zawarte w nim wartości z czasem tworzą nowe nawyki, doprowadzając do jego zinternalizowania, przez co stają się podstawą nowego sposobu myślenia (zob. G.L. Seidler, *Z zagadnień...*, t. 1., op. cit., 56-58).

naturalnego. Odrzucić trzeba konstruktywistyczne modele genezy prawa, zakładające, że prawo jako takie powstało w wyniku racjonalnej działalności zmierzającej do spowodowania określonych z góry zmian stosunków społecznych. Rzecz jasna, współcześnie nieodłącznym składnikiem zjawiska prawnego jest świadoma działalność polegająca na wykorzystywaniu go – mniej lub bardziej skutecznie – jako narzędzia inżynierii społecznej, jednakże pojawiła się ona dopiero w toku jego rozwoju, swój początek miało natomiast prawo w rozproszonym procesie spontanicznej interakcji pomiędzy ludźmi, w którym adaptatywność pojawiających się memów o właściwościach reguł pierwotnych i wtórnych testowana była przez mechanizm doboru naturalnego. W taki właśnie sposób doszło do powstania wczesnej jego postaci – prawa zwyczajowego⁵⁴⁴.

5.4. Prawo a państwo

Jak wynika z wcześniejszych rozważań, warunkiem *sine qua non* „prawności” systemu normatywnego nie jest jego związek z państwem⁵⁴⁵ czy też – ujmując ogólnie – jego wywodzenie się z nieograniczonej prawnie woli suwerennego prawodawcy⁵⁴⁶.

Na poparcie poglądu o koniecznym związku prawa z państwem (*Ubi civitas, ibi ius*)⁵⁴⁷ przedstawiano różne argumenty⁵⁴⁸. Nie są one jednak przekonujące.

⁵⁴⁴ Zob. F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A Statement of The Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Chicago 1976, s. 72-78.

⁵⁴⁵ Należy pamiętać, że również pojęcie państwa jest sporne nawet w kwestiach fundamentalnych, a dominujące współcześnie stanowisko opiera się nie na definicji tego zjawiska, ale na wskazywaniu jego cech typologicznych, do których z reguły zalicza się: społeczny charakter organizacji, władzę publiczną, terytorium, ludność, przymusowość, suwerenność i zorganizowanie w aparat państwowy (zob. W. Lang, *Państwo jako forma organizacji politycznej społeczeństwa globalnego*, [w:] *Teoria...*, W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, op. cit., s. 64-68; E. Kustra, *Wstęp do nauki o państwie*, Toruń 1999, s. 21; P. Winczorek, *Wstęp do nauki o państwie*, Warszawa 1998, s. 51-55). Nie wdając się w niepotrzebne tu szczegóły, można za R. Carneiro przyjąć, że państwo powstaje wtedy, gdy władza w danym społeczeństwie wzmacnia się na tyle, że może pobierać podatki, prowadzić zaciąg do wojska i różnych prac, wydawać prawa oraz egzekwować je za pomocą zinstytucjonalizowanych sankcji (zob. R. Carneiro, *A Theory...*, op. cit., s. 733-738; W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 88).

⁵⁴⁶ Tzw. imperatywna teoria prawa, która zakłada, że za prawo można uznać tylko to, co jest wytworem suwerennego prawodawcy, ewentualnie jest przez niego uznane (H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 15, 203-204 i 327).

⁵⁴⁷ Tak np. Cz. Znamierowski, *Szkola prawa. Rozważania o państwie*, Warszawa 1988, s. 101.

⁵⁴⁸ Przeciwno stanowisku dopuszczającemu możliwość istnienia prawa w społeczeństwach przedpaństwowych wypowiedział się między innymi S. Ehrlich, który na poparcie tej tezy, obok argumentów merytorycznych sprowadzających się do podkreślenia wyjątkowości „systemu informacyjno-decyzyjnego” (komunikowania wiążących wzorów zachowania) w państwie, polegającej na całościowym koordynowaniu zachowania członków organizacji państwowej oraz przewadze norm heteronomicznych (narzuconych) umożliwiającej ukształtowanie monopolu wyobcowanego aparatu przymusu, odwołał się również do niedopuszczalnych w dyskursie teoretycznym uzasadnień o charakterze ideologicznym, akcentując potrzebę rezygnacji z pojęcia prawa prymitywnego, wyrażającego – jego zdaniem – nastawienie europocentryczne i kolonizatorskie

W pierwszej kolejności trzeba zauważyć, że na liście kulturowych uniwersaliów G. Murdocka znajduje się prawo, a obok niego także prawo własności, reguły dziedziczenia oraz sankcje karne⁵⁴⁹. Choć taka decyzja pojęciowa sama w sobie nie przesądza przedpaństwowej genezy prawa, koncepcja kulturowych uniwersaliów powstała bowiem na gruncie i na potrzeby antropologii, nie zaś prawoznawstwa⁵⁵⁰, to jednak niewątpliwie występowanie „wyższej” postaci systemu normatywnego, odróżnianego skądinąd przez G. Murdocka nie tylko od prostszych zjawisk normatywnych⁵⁵¹, ale również od innych bardziej złożonych już systemów regulacji zachowań⁵⁵², jest nieodłączną cechą każdego społeczeństwa (*Ubi societas, ibi ius*), o ile występują w nim na tyle stabilne formy organizacyjne, że mogła się wykształcić regulacja wtórna⁵⁵³, w szczególności zaś sankcje

(podobnie jak pojęcia „dzikość” i „barbarzyństwo”), a także celowość wyeksponowania w stosowanej terminologii „epokowego wydarzenia, jakim było przekroczenie wielkiego progu w dziejach ludzkości” (zob. S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., s. 155-157). Co ciekawe, zbliżone w swej osnowie argumenty doprowadziły do przeciwnego wniosku I. Andrejewa (zob. I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 20-22). Krytyczna ocena kontaminacji twierdzeń w swym założeniu deskryptywnych argumentami właściwymi dla dyskursu praktycznego nie umniejsza potrzebie poszukiwania neutralnej i nie nacechowanej protekcjonalizmem terminologii mogącej zastąpić pejoratywne określenie „prawo prymitywne”. W tym właśnie kierunku zmierza zaproponowane przez W. Załuskiego rozróżnienie prawa „formalnego” (prawa społeczeństw państwowych) i „nieformalnego” (prawa społeczeństw przedpaństwowych) albo – mogące jednak prowadzić do niejasności – wyróżnienie przez L. Gerneta pojęcia „przedprawa” (zob. M. Mazoyer, C. Koray Zeynep, *O „kodeksie heteykim”*, [w:] *Z dziejów...*, red. J. Utrat-Milecki, op. cit., s. 111).

⁵⁴⁹ G.P. Murdock, *The Common...*, op. cit., s. 123-142. Podobnie na liście opracowanej przez D.E. Browna nie zabrakło kategorii „Prawo (prawa i obowiązki)”, obok wielu innych uniwersaliów o charakterze powinnościowym, w tym takich, którym – jak się wydaje – można przypisać prawny charakter (sankcje za przestępstwa, w tym za przestępstwa przeciwko zbiorowości, tabu-zakazy, porządek dziedziczenia itp.) (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 617-621).

⁵⁵⁰ Niewątpliwie jednak przyjęty za H. Hartem sposób rozumienia pojęcia prawa zbliża teoretyczne znaczenie tego terminu do jego intuicyjnego rozumienia, którym najczęściej posługują się inne, nieprawnicze dziedziny wiedzy, takie jak antropologia czy ekonomia. Szeroką definicję prawa na gruncie antropologii kulturowej przyjął B. Malinowski, zaliczając do niego wszelkie istniejące w danym społeczeństwie rodzaje reguł i zobowiązań zmierzających do zachowania ładu i porządku społecznego (co do konkurencyjnych, węższych definicji prawa sformułowanych na gruncie antropologii – zob. B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 457-459).

⁵⁵¹ Takich jak między innymi: gry, obrzędy, obyczaje, ograniczenia, reguły, rytuały.

⁵⁵² Na przykład etyki i etykiety.

⁵⁵³ Definicję prawa jako zespołu norm regulujących ludzkie zachowania, zaopatrzonych w sankcje władzy państwowej, odrzucił m. in. W. Uruszczak z uwagi na wynikające z niej założenie o koniecznym związku prawa z państwem, które jest sprzeczne z wynikami badań historyków dowodzącymi istnienia w przedpaństwowych społeczeństwach wczesnośredniowiecznych norm zabezpieczających różne dobra indywidualne i grupowe. Powołany autor przyjął, że tym, co pozwala na odróżnienie norm prawnych od innych norm społecznych jest zinstytucjonalizowany, oparty na trwałych relacjach społecznych, przymus w postaci z góry określonej reakcji grupy (sankcji). Taka forma wymuszenia posłuchu dla norm jest możliwa bez istnienia państwa, ale jedynie w obrębie społeczności wykazujących już pewną trwałą organizację (W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 25-26). Ilustruje to przytoczony przez J. Kurczewskiego przykład pochodzący z indiańskiego koczowniczego plemienia Czejenów – przedpaństwowej społeczności wykazującej wysoki poziom stratyfikacji oraz złożoności politycznej. Fundamentem dla wyraźnie wyodrębnionej tam działalności prawotwórczej była reguła uznania – faktyczna akceptacja uprawnień władczych organów stowarzyszenia (wodzów), związana z ich autorytetem opartym na sukcesji funkcji (wyznaczenie następcy przez ustępującego wodza), rolę jaką stowarzyszenia pełniły w społeczności oraz osobistymi przymiotami wodza, które musiały odpowiadać oczekiwanemu społecznie wzorcowi, a nawet były obwarowane sankcjami o wyraźnie karnoprawnym charakterze (zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 247-255).

wymuszające posłuch dla norm tworzących regulację pierwotną⁵⁵⁴. Występowanie, choćby załączkowych, norm regulujących negatywną reakcję grupy jako całości lub upoważnionych przez nią jednostek na zachowania sprzeczne z wzorami uznanymi za wiążące, jest wystarczające, by można było przyjąć istnienie reguł wtórnych, a w konsekwencji uznać prawny charakter danego systemu regulacji zachowań⁵⁵⁵.

Potwierdzają to badania nad prawem pierwotnym prowadzone przez antropologów kulturowych, które zostały zapoczątkowane przez B. Malinowskiego. Pokazują one, że praktyka funkcjonowania społeczności przedpaństwowych nie ma nic wspólnego ani z całkowitą anarchią pozbawioną załączkowych choćby form prawa, ani z automatycznym, bezrefleksyjnym posłuszeństwem wobec wszechogarniającego zwyczaju⁵⁵⁶. B. Malinowski nie miał żadnych wątpliwości, że w badanej przez niego części Melanezji istniało prawo, pomimo, że nie wyrażało się ono w żadnych autonomicznych urządzeniach czy instytucjach, ani w jakimś systemie ustaw, ale było „specyficznym wynikiem konfiguracji zobowiązań, czyniącej dla krajowca rzeczą niemożliwą zrzucenie z siebie odpowiedzialności bez odcierpienia tego w przyszłości”⁵⁵⁷. Mechanizm ten wykazywał znaczną złożoność, w związku z czym badacz skonstatował nawet, że cechą życia pierwotnego była raczej hipertrofia prawa, aniżeli bezprawie⁵⁵⁸.

Za hipotezę, że wykształcenie się systemu będącego wielowymiarowym układem reguł pierwotnych i wtórnych jest wynikiem ewolucji przebiegającej na podłożu silnych reguł epigenetycznych, przemawia też powszechność podobnych do siebie systemów wymierzania sprawiedliwości wszędzie tam, gdzie złożoność społeczna osiągnęła odpowiedni

⁵⁵⁴ Ze stanowiskiem W. Uruszczaaka, kładącym nacisk na istnienie sprecyzowanej i przewidywalnej z góry sankcji społecznej jako kryterium „prawności” systemu normatywnego regulującego stosunki społeczne można się w zasadzie zgodzić, z tą jedynie uwagą, że także i ta koncepcja wydaje się wyrastać z tradycyjnego dla prawoznawstwa paradygmatu, przykładającego zasadniczą wagę do przypadków naruszania prawa oraz ich sankcjonowania. Ta perspektywa, którą krytykowali już Petrażycki i Lande, w niewystarczającym stopniu dostrzega sferę pozytywną „zdrowego działania prawa”, na którą składa się regulowanie przez normy prawne życia społecznego za pomocą funkcji motywacyjnej (zob. G.L. Seidler, *Z zagadnień...*, t. 2, op. cit., s. 71). Pomijanie pozytywnego aspektu regulacyjnej funkcji prawa prowadzi do eksponowania przymusu w definicjach zjawiska prawnego, zarówno na gruncie antropologii (zob. B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 458), jak i prawoznawstwa (imperatywne teorie prawa). Taki punkt widzenia został doprowadzony do skrajności w radzieckiej nauce prawa, gdzie aż do końca istnienia ZSRR, uważano szeroko rozumiane prawo karne wręcz za synonim prawa w ogóle (zob. A. Bosiacki, *Utopia. Władza. Prawo. Doktryny i koncepcje prawne „bolszewickiej” Rosji 1917-1921*, Warszawa 1999, s. 217-218).

⁵⁵⁵ Zob. np. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 10 i 280-281.

⁵⁵⁶ B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 457. Na przykład na Wyspach Triobrianda „cała struktura społeczeństwa opiera się na zasadzie stanu prawnego. (...) roszczenia wódza w stosunku do poddanych, męża w stosunku do żony, rodziców względem dzieci i *vice versa*, egzekwowane są nie dowolnie i jednostronnie, lecz zgodnie z określonymi regułami i uszeregowane w łańcuchu wzajemnych usług” (zob. B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 40).

⁵⁵⁷ Ibidem, s. 48.

⁵⁵⁸ Ibidem, s. 17.

poziom rozwoju, przede wszystkim zaś zdumiewająca wręcz konwergencja kulturowa w zakresie innowacji normatywnych kultur Starego i Nowego Świata, całkowicie izolowanych od siebie aż do XVI w.⁵⁵⁹

Trafne argumenty przemawiające za stanowiskiem, że prawo jest zjawiskiem pierwotnym wobec państwa przedstawił J. Makarewicz⁵⁶⁰. Punktem wyjścia w jego rozważaniach było spostrzeżenie, że podstawowym składnikiem natury człowieka jest to, że jest on istotą społeczną, w związku z czym ludzie tworzą naturalne zrzeszenia pewnej liczby jednostek, które dążą do osiągnięcia wspólnego celu⁵⁶¹. Związki społeczne stopniowo ewoluowały, niezależnie jednak od ich wielkości i stopnia ukonstytuowania, niezbędne było istnienie w nich norm zapewniających wewnętrzną spójność grupy oraz współdziałanie jej członków w dążeniu do osiągnięcia wspólnego celu. Immanentną cechą tego dążenia, a w konsekwencji również samej grupy społecznej, jest bowiem pewne ograniczenie indywidualnej wolności oraz wymuszenie kooperacji wbrew jednostkowym interesom jej członków („ograniczenie walki o byt”, jak to ujął sam Makarewicz, odwołując się do współczesnych sobie pojęć wczesnego darwinizmu)⁵⁶². Cel ten jest niemożliwy do osiągnięcia bez zdolności grupy do egzekwowania posłuszeństwa wobec tych norm. By grupa społeczna dysponowała siłą umożliwiającą tworzenie i egzekwowanie norm postępowania nie jest jednak konieczne istnienie państwa, zdolność taką dostrzec można bowiem także u wspólnot przepaństwowych lub podgrup funkcjonujących w ramach państwa. W związku z tym „można znaleźć społeczeństwa pozornie bez przywództwa, ale nie można znaleźć takich, w których jednostki żyją ze sobą bez jakiejkolwiek normy”⁵⁶³.

Również W. Wolter uważał, że w historycznym rozwoju prawo karne wiązało się z organizacjami niższego stopnia, takimi jak np. hordy, szczepy, klany, a stan taki

⁵⁵⁹ Tytułem przykładu można przywołać system wymiaru sprawiedliwości u Azteków, w którym funkcjonowało instancyjne sądownictwo, rozróżniano sprawy cywilne i karne, sędziowie ponosili odpowiedzialność, w tym karą, za nadużycia władzy (F. Avalos, *An Overview of the Legal System of the Aztec Empire*, „Law Library Journal” 1994, No. 2, s. 259-276; R.F. Carter, *The Amazing Aztec Jurisprudence*, „American Bar Association Journal” 1964, Vol. 50, No. 7, s. 667-669; M. Ciepluch, *Imperium Azteków – społeczeństwo, sądownictwo, prawo*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2015, z. 4, s. 37-43).

⁵⁶⁰ Zob. np. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 2-3; idem, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 14.

⁵⁶¹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 51-53.

⁵⁶² Ibidem, s. 56-59. Do podobnych wniosków doszedł również H. Hart przyjmując, że ze względu na ograniczony ludzki altruizm oraz skłonność do agresji i egoizmu, niezbędny a zarazem możliwy jest „system wzajemnych wyrzeczeń”, który „byłby niepotrzebny aniołom, a niemożliwy dla szatanów” (H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 264-265). Społeczna natura człowieka nie oznacza skłonności kolektywistycznych (zakładanych w tej wizji człowieka, którą W. Załuski nazwał „modelem Hayekowskim”). Nawet w strukturach klanowych, w których tradycyjnie dopatrywano się przejawów „pierwotnego komunizmu”, wśród najbliższych krewnych „rywalizacja, niezgoda i zaciekle egotyzm kwitną w najlepsze (...). Dzikie nie jest ani skrajnym »kolektywistą« ani bezkompromisowym »indywidualistą«, ale – jak wszyscy ludzie – połączeniem obu” (B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 41-42).

⁵⁶³ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 59.

utrzymywał się jeszcze po powstaniu organizacji państwowej do momentu kiedy władza państwowa okrzepła na tyle, by wyłączyć prawo karania innych grup organizacyjnych⁵⁶⁴. Podobnie zdaniem E.St. Rappaporta, pierwotne prawo kryminalne istniało „od zarania dziejów, od chwili gdy dwoje ludzi powiązanych zostało wspólnotą lub rozbieżnością wzajemnych stosunków w elementarnej, najprymitywniejszej walce o byt”⁵⁶⁵.

Nie może jednak umknąć specyfika pierwotnych zjawisk prawnych, które – w braku ośrodka monopolizującego stosowanie przymusu – w dużym stopniu oparte są na idei dobrowolnego kompromisu (wyrażającego się np. warunkiem akceptacji przez obie strony sporu osoby mediatora albo samego rostrzygnięcia). Konsekwencją tego jest daleko posunięta elastyczność w stosowaniu wzorców normatywnych, które stanowią przede wszystkim podstawę wysuwania roszczeń i punkt wyjścia w drodze do porozumienia, nie zaś charakterystyczny zwłaszcza dla współczesnego systemu prawa kontynentalnego, zgeneralizowany wzorzec, z którego w nieunikniony sposób wynikać ma, wydobywany operacjami o charakterze sylogistycznym, sposób rozstrzygnięcia sporu. W tym modelu normatywnym jego wynik zależy bowiem od konstelacji różnych czynników⁵⁶⁶, w związku z czym współistnieje w nim przekonanie o obowiązywaniu określonej normy oraz świadomość, że nie zostanie ona w pełni zrealizowana⁵⁶⁷. Prawo społeczeństw przedpaństwowych nie jest skoncentrowane na ustaleniu odpowiedzialności winnego czy pozwanego oraz wydaniu rozstrzygnięcia odpowiadającego abstrakcyjnym zasadom sprawiedliwości, ale głównie na przywróceniu stanu zgody i harmonii społecznej⁵⁶⁸. Ma więc charakter przede wszystkim komunikacyjny – jest elastycznym, przepojonym społecznym oportunizmem, środkiem kształtowania wspólnej woli drogą dialogu zmierzającego do uzyskania porozumienia⁵⁶⁹. Jak to zwięźle ujął J. Makarewicz, na tym poziomie kulturowym „aksjomat *fiat justitia, pereat mundus* nikomu

⁵⁶⁴ W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 1-2.

⁵⁶⁵ E.St. Rappaport, *Polityka kryminalna w zarysie*, Łódź 1948, s. 33.

⁵⁶⁶ Takich jak np. stopień, w jakim zastosowanie normy naruszałoby interesy strony przegrywającej, pozycja społeczna, siła fizyczna, ekonomiczna oraz osobowość stron i ich stronników, ich reputacja, rozsądnosc stawianych roszczeń, gotowość do ugody, czy w końcu poziom zainteresowania społeczności zażegnaniem konfliktu (zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 193-194; B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 460-461).

⁵⁶⁷ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 193-194. Szacuje się, że u Papuasów zaledwie połowa spraw była rozstrzygana zgodnie z uznanymi normami (cyt. za: J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 287).

⁵⁶⁸ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 294; I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 28-29.

⁵⁶⁹ Zob. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Warszawa 2011, s. 106; B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 461. Co ciekawe, silnie komunikacyjny duch prawa przetrwał w mającym ponadtysiącletnią tradycję kodyfikacyjną prawie japońskim (zob. J. Widacki, *Przestępczość i wymiar sprawiedliwości karnej w Japonii. Zarys problematyki*, Lublin 1990, s. 103 i literatura tam powołana).

nie przychodzi do głowy, *justitia* to usłużny duch, który zmienia poglądy odpowiednio do *mundus*”⁵⁷⁰.

Immanentna niedookreśloność i oportunistyczny charakter prawa prymitywnego nie uzasadniają jednak pozbawienia go statusu prawa. Choć takie innowacje normatywne, jak stanowienie prawa, jego pisemność, sformalizowany proces legislacyjny, hierarchia aktów prawnych czy zasady techniki legislacyjnej wraz z rozwiniętą przez naukę prawa metodyką wykładni tekstów prawnych, znacznie zniwelowały ową niedookreśloność, to jednak bez wątpienia całkowicie jej nie wyeliminowały. Jest ona bowiem wpisana w samą istotę prawa, na które – jak to trafnie zauważył R. Dworkin – składają się dwa rodzaje norm: konkluzywne reguły i niekonkluzywne, wskazujące jedynie pewien kierunek argumentacyjny, zasady⁵⁷¹. Można w tym układzie terminologicznym powiedzieć, że prawo prymitywne jest złożone w głównej mierze z norm niekonkluzywnych, a sposób rozstrzygnięcia konkretnego konfliktu jest niemożliwą do ścisłego skwantyfikowania wypadkową różnych ścierających się wartości, wśród których zasadnicze znaczenie ma ład i harmonia społeczna oraz ochrona wartości nadrzędnej – spójności grupy. W prawie nowoczesnym bardzo licznie występują natomiast reguły, nie oznacza to jednak, że zmniejszyła się rola zasad. Co więcej, obserwacja współczesnej praktyki prawnej pokazuje, że niekiedy nawet normy o *prima facie* ściśle konkluzywnym charakterze muszą ustąpić, gdy wejdą w kolizję z takimi zasadami, jak stabilność systemu prawnego oraz rozstrzygnięć sądowych i administracyjnych czy ochrona praw nabytych. Szczególnie istotną rolę odgrywają one w przy rozstrzyganiu tzw. trudnych przypadków⁵⁷². Paradygmatyczny w tej materii charakter ma działalność orzecznicza sądów konstytucyjnych, która w zasadniczej części polega właśnie na rozstrzyganiu kolizji niedających się ze sobą pogodzić konstytucyjnych zasad⁵⁷³, niedawny zaś przykład tego rodzaju orzeczenia stanowi pkt 3 uchwały składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r.⁵⁷⁴, przy wydawaniu której Sąd Najwyższy musiał rozstrzygnąć m. in. kolizję pomiędzy konkluzywną normą, zgodnie z którą wymiar sprawiedliwości w sprawach cywilnych i karnych mogą sprawować wyłącznie osoby powołane na urząd sędziowski

⁵⁷⁰ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 157-158.

⁵⁷¹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie* [tyt. oryg. *Taking Rights Seriously*], tłum. T. Kowalski Warszawa 1998 [wyd. oryg. Harvard University Press 1977], s. 60-65; zob. też T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, PiP 1988, z. 3, s. 17-19; L. Morawski, *Zasady prawa – komentarz krytyczny*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 73; P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 149-150.

⁵⁷² R. Dworkin, *Biorąc...*, op. cit., s. 68.

⁵⁷³ P. Tuleja, *Stosowanie...*, op. cit., s. 189-202.

⁵⁷⁴ BSA I-4110-1/20, OSNC 2020, z. 4, poz. 34.

w trybie gwarantującym ich niezawisłość, a szeregiem zasad konstytucyjnych, które zostałyby naruszone w razie destabilizacji systemu prawnego, do której prowadziłyby unicestwienie ogromnej liczby orzeczeń wydanych już przez osoby powołane nieprawidłowo i konieczność ponownego przeprowadzenia w należytej obsadzie wszystkich postępowań sądowych, w których osoby te orzekały.

Różnica pomiędzy prawem pierwotnym a współczesnymi systemami prawnymi, z perspektywy ich praktycznego funkcjonowania jest więc raczej ilościowa niż jakościowa, *law in action* niezależnie od epoki i miejsca zawsze jest bowiem częścią komunikacji społecznej. Prawo nie jest nadnaturalnym sposobem przejawiania się transcendentnej powinności, która „spośród chmur spływa na społeczeństwo”⁵⁷⁵, ale wytworem kultury – rozwinięciem ludzkiej natury służącym regulacji zachowań ludzi oraz rozwiązywaniu sporów wynikających z występujących pomiędzy nimi kolizji interesów. Priorytetowy charakter funkcji komunikacyjnej nad logiczno-dedukcyjną współokreślał ewolucyjnie pierwotną strukturę ludzkiego myślenia, ta zaś nadal ma zasadniczy wpływ na wytwory mentalne i behawioralne współczesnych ludzi⁵⁷⁶.

Wraz z postępami ewolucji kulturowej społeczeństwo zinstytucjonalizowało się w państwo⁵⁷⁷, które w czasach nowożytnych zmonopolizowało funkcję tworzenia norm prawnych, w konsekwencji czego prawotwórcza aktywność istniejących w nim związków społecznych ma charakter pomocniczy, opiera się bowiem na upoważnieniu ze strony państwa jako wyłącznie akceptowanej regule ich uznania. W najwyższym stopniu dotyczy to norm prawa karnego⁵⁷⁸. Stan taki zależy jednak od siły państwa – w przypadku,

⁵⁷⁵ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 52.

⁵⁷⁶ Charakterystykę struktury myślenia właściwej dla ludzi z kultur przedsiębiorczych szeroko omawia C. Hallpike (zob. C.R. Hallpike, *The Foundations of Primitive Thought*, New York 1979, passim). W największym uproszczeniu, ten typ myślenia koncentruje się przede wszystkim na relacjach emocjonalnych, a nie na poszukiwaniu przyczynowości fizycznej, traktując język głównie jako środek komunikacji społecznej, nie zaś narzędzie operacji logiczno-dedukcyjnych. Jego przejawy nadal są wszechobecne, a proces zastępowania w populacji myślenia prymitywnego rozumowaniem logiczno-dedukcyjnym przebiega bardzo powoli i z wielkimi oporami.

⁵⁷⁷ Państwo jest nie tylko podmiotem tworzącym prawo, ale – przede wszystkim – samo w sobie jest wytworem prawa (zob. J. Lande, *Teoria...*, op. cit., s. 10). Praktycznie wszystkie cechy typologiczne państwa (a w tym władza publiczna jako taka, przymusowość, suwerenność, zorganizowanie w aparat państwowy) w istocie rzeczy stanowią złożone zespoły reguł pierwotnych i wtórnych (zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 138). Z logicznej konieczności powstanie państwa nie mogło zatem chronologicznie wyprzedzić wykształcenia się prawa, skoro to właśnie z prawa zbudowane są elementy składające się na zjawisko państwa (zob. E. Jara, *Ogólna teoria prawa*, Warszawa 1920, s. 142 i powołane tam prace R. Leoninga oraz R. Stammlera). Państwo nie wyłoniło się przy tym z niebytu w gotowej postaci, ale stopniowo wykształcało w powolnym procesie ewolucyjnym przebiegającym od organizacji politycznych o zupełnie załączkowym poziomie instytucjonalizacji władzy z przewagą elementów faktycznych i personalnych (jak np. wodzostwo), aż do etapu finalnego jakim jest, przynajmniej z obecnej perspektywy, współczesne demokratyczne państwo prawne z jego wysoce zinstytucjonalizowaną, a jednocześnie silnie rozproszoną władzą.

⁵⁷⁸ Zob. W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 1-2; J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 3.

gdy w stabilnych warunkach jest ona niewystarczająca, obok prawa karnego państwowego współistnieją systemy o charakterze partykularnym, np. prawo karne miejskie, kościelne, patrymonialne, czy nawet akademickie⁵⁷⁹. Gdy natomiast dochodzi do nagłego załamania zdolności państwa do realizacji swoich funkcji, jak to ma miejsce na przykład podczas rewolucji, powracają reakcje zbiorowe w postaci samosądów⁵⁸⁰.

5.5. Ewolucja prawa

Prawo nie tylko jest wynikiem ewolucji świata powinności, ale samo również ewoluuje jako podlegający selekcji kulturowej zespół memów. Wykształcenie się nadłożonego układu reguł pierwotnych i wtórnych, jakim jest prawo, było jedynie pierwszym krokiem w ewolucji tej najbardziej rozwiniętej formy normatywnego regulatora stosunków społecznych. Początkowo przybrał on postać opartego na zwyczaju (powszechnie uznanej w danej społeczności formie zachowania się) prawa zwyczajowego, które wykazywało wiele wad prostych zbiorów reguł pierwotnych, a w szczególności małą podatność na świadome dostosowywanie do potrzeb zmieniających się stosunków społecznych, znaczną niepewność i niewielką skuteczność⁵⁸¹. Postęp na tej płaszczyźnie dokonał się nie tylko poprzez „przekroczenie wielkiego progu w rozwoju ludzkości”, jakim było powstanie państwa⁵⁸² – suwerennego i przymusowego regulatora pierwotnego i wtórnego, ale także w wyniku szeregu udoskonaleń w obrębie reguł pierwotnych⁵⁸³ i wtórnych⁵⁸⁴, towarzyszących im

⁵⁷⁹ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 2-3.

⁵⁸⁰ J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 8; idem, *Ewolucja kary*, op. cit., s. 144-145 i 158. Innym przykładem jest początkowy okres rozwoju społeczeństwa zachodniego na terenie Ameryki Północnej, gdzie pod wpływem warunków w jakich musieli funkcjonować osadnicy, nieadekwatnych do poziomu rozwoju cywilizacyjnego krajów ich pochodzenia, powstała „stolica linczu – najprymitywniejsza *vindicta publica*” (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 370). Jeszcze pod koniec XIX w. przypadki linczu były w USA częstsze, aniżeli egzekucje dokonywane w wykonaniu wyroków sądowych, funkcjonowało też przekonanie, że nie mają one charakteru „samowolnego gwałtu”, ale stanowią postać wymierzania sprawiedliwości przez społeczność (zob. J. Makarewicz, *Ewolucja kary*, „Ateneum” 1897, t. 1, s. 139). Kilka wieków wcześniej zemsta społeczna (np. w postaci pustoszenia domostwa przestępcy) lub wydanie winowajcy motłochowi (rosyjski *potok*) były niekiedy sankcjonowane przez państwowe prawo stanowione (zob. np. J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 145; idem, *Polskie...*, op. cit., s. 241).

⁵⁸¹ Zob. T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 268-269; W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 71-72.

⁵⁸² S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., s. 157.

⁵⁸³ Na przykład nowych unormowań stanowiących przejaw podążania prawa za narastającą złożonością regulowanych stosunków społecznych (przyznających ochronę prawną coraz to nowym rodzajom wytworów myśli człowieka, czy też określających zasady ochrony dóbr prawnych przed nowymi zagrożeniami wynikającymi z postępu technologicznego i społecznego).

⁵⁸⁴ Do tej grupy zaliczyć można powstanie i rozwój zinstytucjonalizowanych form stanowienia i stosowania prawa, w tym wymierzania sprawiedliwości, a także takie ponadczasowe innowacje normatywne, jak domniemanie niewinności czy prawo do obrony.

zespołów memów w postaci doktryn polityczno-prawnych⁵⁸⁵ oraz teoretycznej refleksji nad prawem i jego naturą⁵⁸⁶, które dostarczając dyrektyw i uzasadnień dla działalności prawotwórczej, stosowania prawa, a także dla zachowań adresatów norm oraz ich oceny, wszechstronnie wpływają na aspekt internalny i eksternalny prawa.

Jako zespół memów prawo ewoluuje nie tylko co do swojej treści, ale także w zakresie sposobów jej międzyosobniczej transmisji, wpisując się tym w szerszy kontekst rozwoju technologii informacji, w ramach którego szczególne znaczenie miał wynalazek pisma⁵⁸⁷, umożliwiający przekaz bez bezpośredniego kontaktu interpersonalnego, w tym także międzypokoleniowy. Dzięki tej innowacji możliwe było przejście od prawa zwyczajowego do prawa stanowionego, co w średniowiecznej Europie następowało etapami i w większości krajów trwało aż do schyłku XVIII w., najpierw poprzez tworzenie prywatnych zbiorów prawa zwyczajowego⁵⁸⁸, następnie ich sankcjonowanie w drodze praktyki sądowej lub aprobaty władcy, a w końcu intensywny rozwój ustawodawstwa monarszego, tworzącego nowy system prawa stanowionego⁵⁸⁹. Pozwoliło to relacjom powinnościowym oderwać się od interakcji w kręgu osób utrzymujących ze sobą stałe kontakty w ramach niewielkiej grupy i stać się narzędziem regulacji zachowań w wielkich grupach społecznych spajanych siecią skomplikowanych, w przeważającej mierze pośrednich, powiązań. Wynalazek prawa stanowionego radykalnie zwiększył przy tym dokładność przekazu treści normatywnych,

⁵⁸⁵ Można tutaj wymienić choćby oświeceniową ideę humanitaryzmu.

⁵⁸⁶ Zaczątków nauki prawa można doszukiwać się u przedstawicieli szkół starobabilońskich (zob. J. Klima, *Prawa Hammurabiego* [tyt. oryg. *Zákony Chammurapiho*], tłum. C. Kunderewicz, Kraków 2019 [wyd. oryg. Praha 1954], s. 53), a w kodeksie Hammurabiego wyraźnie dostrzegalna jest przemyślana systematyzacja (pewne tendencje w tym kierunku widoczne są już w prawodawstwie Bilalamy), wyrażająca się wyodrębnieniem grup przepisów majątkowo-prawnych, prawa małżeńskiego, rodzinnego, spadkowego i karnego (ibidem, s. 59-60). O umiejętnościach prawodawców starobabilońskich w przekuwaniu założeń polityki kryminalnej na regulację prawną świadczy posługiwanie się konstrukcją, którą ponad trzy tysiące lat później nazwano typem rezerwowym (*Auffangtatbestand*) – zestawem znamion łatwiejszych do udowodnienia, który służy ukaraniu domniemanego sprawcy cięższego przestępstwa, co do którego brak jest wystarczających dowodów (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 216). Taki właśnie charakter ma przepis kodeksu Bilalamy (§ 49) przewidujący ukaranie jako złodzieja każdego, kto posiadał jakąś rzecz, a nie mógł wskazać sprzedawcy, od którego ją kupił (J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 255).

⁵⁸⁷ Znamienne jest, że prawdopodobnie to rozwój metod dokumentowania relacji wymiany doprowadził do wynalezienia pisma złożonego z abstrakcyjnych symboli (zob. R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 115-116), a przynajmniej już na najwcześniejszych etapach swojego rozwoju pismo znalazło szerokie zastosowanie właśnie jako nośnik informacji o zaciąganych zobowiązaniach (zob. ibidem, s. 118).

⁵⁸⁸ Już ta najprostsza postać, charakterystyczna dla wczesnego prawa pisanego, jaką jest autoryzowana lista lub sam tekst, unifikując rozproszone wcześniej reguły wprowadza, w zarodkowej postaci, ideę systemu prawa. Identyfikacja reguły jako posiadającej wymaganą cechę przynależenia do autoryzowanej listy przepisów jest też zaczątkiem idei obowiązywania prawa (H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 134-135 i 144).

⁵⁸⁹ T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 269; W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 71-72. Ojczyzną idei kodyfikacji były despotyczne monarchie orientalne oraz Grecja (zob. H. Kupiszewski, *Prawo...*, op. cit., s. 26-27; R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 118).

co dodatkowo podniosło skuteczność regulacji ludzkich zachowań⁵⁹⁰. Pisemny charakter wypowiedzi normatywnych (zarówno performatywnych aktów normowania oraz stosowania norm, jak i aktów, poprzez które dochodzi do zaciągania zobowiązań) zdecydowanie podnosi ich stabilność, zwiększając prawdopodobieństwo trafności opartych na nich prognoz co do przyszłych zachowań ludzkich i dając dzięki temu poczucie bezpieczeństwa, skłaniające ludzi do angażowania się w bardziej złożone relacje oparte na altruizmie wzajemnym. Większa dokładność wypowiedzi pisemnych ułatwiła komunikowanie bardziej złożonych i mniej intuicyjnych wzorów zachowania, a ich utrwalanie w znormalizowanej postaci umożliwiło wykształcenie się – na dalszym etapie rozwoju zjawiska prawa – kolejnych zwiększających zaufanie do niego, a tym samym skuteczność, zaawansowanych reguł wtórnych, takich jak system urzędowej publikacji aktów normatywnych czy też zasada *nullum crimen sine lege poenali anteriori*⁵⁹¹. Wszystkie te innowacje pozwoliły systemom normatywnym, wspierającym w swych początkach jedynie te regularności społeczne, które wprost miały oparcie w biologicznie ukształtowanej naturze ludzkiej, wkroczyć również na obszary bezpośrednio przez nią nie determinowane⁵⁹², a nawet stać się narzędziem, ograniczonej i stopniowej, modyfikacji jej przejawów.

6. Podsumowanie – uwagi metodologiczne w sprawie badań nad ewolucją prawa

Myśl, że prawo jest zjawiskiem, które ewoluuje w kierunku możliwym – przynajmniej w ogólnym zarysie – do określenia na podstawie bardziej uniwersalnych prawidłowości, nie jest wytworem ostatnich czasów. Na przykład L. Petrażycki eksponując biologiczne podłoże procesów psychologicznych, na podstawie których wykształciły się normy moralne, a następnie prawo (nazywane przez niego „oficjalnym”), jak również rozwojową ciągłość tych procesów, uznał, że badania nad zachowaniami zwierząt mogą pomóc w zrozumieniu społecznych zachowań ludzi. Jednocześnie był przekonany, że historycznie potwierdzony jest postęp moralny, czego dowodem są właśnie zmiany w treści prawa⁵⁹³. Również J. Makarewicz uważał, że prawo obowiązujące w danym miejscu i czasie stanowi

⁵⁹⁰ Uwagę na to zwrócił C. Beccaria (C. Beccaria, *O przestępstwach...*, op. cit., s. 66-67).

⁵⁹¹ Zob. np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 99; M. Budyn-Kulik, *Zasady prawa karnego*, [w:] *Prawo...*, red. M. Mozgawa, op. cit., s. 38-39.

⁵⁹² Jak to ujął H. Hart, prawo „choć zawiera sporo z tego, co jest moralnie ważne, obejmuje głównie przepisy oparte na arbitralnych dystynkcjach, o charakterze wysoce formalnym i ze specjalistycznymi szczegółami” (H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 307).

⁵⁹³ Zob. L. Petrażycki, *Wstęp...*, op. cit., s. 25-29.

jedynie pewien etap w rozwoju historycznym, w związku z czym tylko spojrzenie na przebieg jego ewolucji pozwala uchwycić istotę danej instytucji prawnej. Niezależnie od całego jego zróżnicowania, można dostrzec w prawie przekształcanie się pewnych stałych wątków, które umożliwiają porównywanie ze sobą prawa karnego różnych epok i miejsc⁵⁹⁴. Dla ich uchwycenia przydatne jest „zejście do najprostszych, prymitywnych grup społecznych i obserwacja powstawania tam norm moralnych”, co stanowi przygotowanie do interpretacji bardziej złożonych zjawisk⁵⁹⁵. Idea rozwoju stanowi przy tym fundament filozofii prawa, uprawnia bowiem ocenę każdego zjawiska z perspektywy ostatniego słowa ewolucji, a więc zawiera w sobie osąd, że coś jest lepsze lub gorsze. Dzięki niej filozofia prawa nie tylko formułuje istotę prawa, ale także określa ku czemu jego rozwój zmierza, pozwalając na określenie – na podstawie tego, co było i jest – linii rozwoju, a tym samym przepowiadanie, przynajmniej w ogólnym zarysie, przyszłych zjawisk⁵⁹⁶.

Dziś wiemy już, że pełne wyjaśnienie zjawiska prawnego, obejmujące hipotezy co do jego genezy, charakteru i wzajemnych zależności, nie jest możliwe bez uwzględnienia najnowszych osiągnięć dynamicznie rozwijających się nauk kognitywnych⁵⁹⁷. To właśnie one dają bowiem głęboki wgląd w podłoże zjawisk etycznych, dzięki któremu można uchwycić najbardziej pierwotną naturę „nici przewodnich”, przewijających się w dziejach prawa. Bez ich uwzględnienia nie jest też możliwe prowadzenie racjonalnej polityki prawa, a przecież wskazywanie ustawodawcy sposobu kształtowania rzeczywistości społecznej za pomocą norm należy do szczególnie istotnych zadań dogmatyki prawa. Jego realizacja wymaga zespolenia tradycyjnej, traktowanej jako poznanie rekonstruuje stosunki istniejące między normami⁵⁹⁸, wewnątrzprawnej metody porządkowania pojęć prawnych na płaszczyźnie logiczno-językowej z metodą polegającą na analizie prawa z perspektywy ewolucyjnych uwarunkowań natury ludzkiej⁵⁹⁹. Tylko spojrzenie interdyscyplinarne pozwala na wybór realistycznych, a więc możliwych do osiągnięcia celów prawa oraz właściwych do tego sposobów oddziaływania (mających wsparcie w ludzkiej

⁵⁹⁴ Zob. J. Makarewicz, rec.: *Zum ältesten...*, op. cit., s. 392-394; idem, recenzja książki: H. Hoegel, *Geschichte des österreichischen Strafrechtes in Verbindung mit einer Erläuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen* [Wien 1904], *CzPiE* 1905, z. 4, s. 394-400.

⁵⁹⁵ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 63.

⁵⁹⁶ Ibidem, s. 30-34.

⁵⁹⁷ T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 42.

⁵⁹⁸ Zob. J. Wróblewski, *Paradygmat...*, op. cit., s. 47.

⁵⁹⁹ Trzeba tu jednak zaznaczyć, że wyjaśnienia przedstawiane przez szeroko rozumianą teorię ewolucji nie pozwalają prognozować zachowań poszczególnych osób. Dostarczają one natomiast użytecznych wyjaśnień dlaczego określone kategorie zachowań rozpowszechnionych w społeczeństwie są w różnym stopniu podatne na modyfikację za pomocą prawa (O.D. Jones, T.H. Goldsmith, *Law and Behavioural Biology*, „Columbia Law Review” 2005, Vol. 105, s. 461).

naturze albo stanowiących mechanizm kompensujący w tych przypadkach, w których postawione cele będą wymagać tłumienia naturalnych skłonności ludzkich). Analiza ewolucyjna może się więc przyczynić do podniesienia skuteczności prawa jako narzędzia kształtowania ludzkich zachowań⁶⁰⁰.

Postawienie w odpowiedzi na pytanie ontologiczne o naturę prawa hipotezy, że stanowi ono wytwór ewolucji, która przebiega w dwóch splecionych ze sobą nurtach – biologicznym i kulturowym, aktualizuje pytanie epistemologiczno-metodologiczne, dotyczące tego, jakie metody należy zastosować, by móc efektywnie analizować zjawisko prawne w jego ewolucyjnym kontekście. W dużym stopniu jest to pytanie o sposób realizacji postulatu zewnętrznej integracji nauk prawnych.

Szansę na dokonanie trafnych i nietrywialnych ustaleń w tej dziedzinie daje strategia badawcza polegająca na połączeniu wyników badań osiągniętych w różnych dziedzinach nauk przyrodniczych i społecznych, pozwoli to bowiem na skonstruowanie spójnych wyjaśnień przyczynowo-skutkowych obejmujących różne poziomy organizacji materii⁶⁰¹. Nasuwa to jednak kolejne pytanie o możliwość prowadzenia prac na tym obszarze przez prawników, którzy z natury rzeczy nie dysponują odpowiednim przygotowaniem do posługiwania się, w znacznym stopniu sformalizowanym, aparatem pojęciowym nauk przyrodniczych. Optymalnym rozwiązaniem byłoby rzecz jasna prowadzenie wspólnych badań prawno-empirycznych przez przedstawicieli różnych nauk prawnych wraz z reprezentantami dyscyplin nieprawniczych⁶⁰², tym niemniej jednak wydaje się, że wgląd w prawo jako zjawisko faktyczne, nie musi być ograniczony tylko do tego rodzaju kompleksowych przedsięwzięć interdyscyplinarnych.

Nie wydaje się by rację miał K. Opalek, który w swoich późniejszych pracach postulował, aby badania nad psychologicznymi, socjologicznymi, historycznymi, ekonomicznymi czy politologicznymi aspektami prawa, jako nienależącymi do właściwego przedmiotu prawoznawstwa, pozostawić przedstawicielom odpowiednich dyscyplin

⁶⁰⁰ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 116. O.D. Jones sformułował prawo prawniczej dźwigni (*the law of law's leverage*), oparte na założeniu, że prawo stanowi rodzaj dźwigni poruszającej ludzkimi zachowaniami, a ich modyfikacja za pomocą sankcji prawnych jest tym trudniejsza, im bardziej adaptatywne były te zachowania w środowisku, w którym wyewoluowały (zob. O.D. Jones, *Law and Biology: Towards an Integrated Model of Human Behavior*, „Journal of Contemporary Legal Issues” 1997, Vol. 8, s. 167-208). Również i ta myśl ma swoje bardziej odległe historyczne źródła, już L. Petrażycki napisał bowiem, że „prawo może oddziaływać i oddziaływa na rozwój etyki zbiorowej w ten sposób, że rozumna polityka prawa wytwarza lub przyspiesza postęp moralny”. Rozumność polityki prawa jest przy tym uwarunkowana uwzględnieniem psychicznej natury podmiotu, do którego prawo jest adresowane (zob. L. Petrażycki, *Wstęp...*, op. cit., s. 26-29).

⁶⁰¹ E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 315-316 i 330.

⁶⁰² K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 369.

pozaprawnych, a zadania prawników upatrywać jedynie w przekazywaniu im „impulsów” do rozwoju tego rodzaju „dziedzin stykowych” poprzez unaocznienie nie-prawnikom swoistości problematyki prawnej, wymagającej uwzględnienia podczas badań nie mieszczących się zasadniczo w ramach nauki prawa⁶⁰³. Pełne zrozumienie zjawiska prawnego wymaga przecież nie tylko badania praktyk społecznych i stanów mentalnych, do czego konieczne jest zastosowanie metod przyjętych w naukach pozaprawnych, ale również odniesienia się do tego, co nadaje im normatywny charakter – związku z treścią norm uznawanych za obowiązujące. W konsekwencji nie można prowadzić badań nad prawem jako faktem bez uwzględnienia wewnątrzprawnego punktu widzenia z jego specyficznymi metodą formalno-dogmatyczną. Przedstawiciele nauk pozaprawnych w żadnej mierze nie znajdują się więc na uprzywilejowanej pozycji, barierą do pełnego zrozumienia przez nich zjawiska prawnego jako faktu społecznego jest bowiem brak wykształcenia prawniczego⁶⁰⁴.

Nie wydaje się przy tym by brak profesjonalnego przygotowania do zastosowania metod stosowanych w badaniach zjawisk usytuowanych na bardziej elementarnych piętrach drabiny wiedzy stanowił dla prawnika barierę nie do pokonania. Niektóre sformalizowane działy wiedzy można bowiem pojąć także intuicyjnie bez konieczności odwoływania się do języka matematyki czy wyjaśnień na poziomie molekularnym, a rezultaty takiego ich oglądu mogą mieć dużą wartość naukową⁶⁰⁵. Również na gruncie nauk przyrodniczych przyznaje się ją nie poddającym się empirycznej weryfikacji hipotezom opartym na spekulacjach⁶⁰⁶, prowadzonych przy zastosowaniu takich metod jak eksperyment myślowy, lingwistyczna analiza przypadków wzorcowych oraz zjawisk granicznych⁶⁰⁷, ewolucyjna analiza funkcjonalna⁶⁰⁸, rekonstrukcja historii memów i konwencji kulturowych⁶⁰⁹,

⁶⁰³ Zob. K. Opalek, *Interdyscyplinarne związki prawoznawstwa*, „Studia Filozoficzne” 1985, z. 2-3, s. 28.

⁶⁰⁴ Jak to ujął G. Seidler, socjolog zainteresowany kontrolą procesów społecznych, która jest przecież jedną z podstawowych funkcji prawa, w swojej wędrówce po „autonomicznej prowincji prawa” musi korzystać z przewodnictwa prawnika jako eksperta w dziedzinie problemów prawniczych (G.L. Seidler, *Z zagadnień...*, t. 2, op. cit., s. 70).

⁶⁰⁵ Konsekwencją spekulatywnego charakteru tego rodzaju metod są, rzecz jasna, specyficzne niedostatki i zagrożenia, o których trzeba zawsze pamiętać by zminimalizować ryzyko błędu (zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 56-57).

⁶⁰⁶ Zob. R. Dawkins, *Fenotyp...*, op. cit., s. 16-17 i przykłady tam podane (jednym z nich jest hipoteza K. Lorenza, zgodnie z którą kształtowanie się wzorów zachowań można traktować podobnie jak wykształcanie się w procesie ewolucyjnym narządów anatomicznych, uważana we współczesnej etologii za oczywistość, pomimo że została postawiona bez przeprowadzenia jakichkolwiek badań empirycznych na jej poparcie).

⁶⁰⁷ Z. Pulka, *Założenia...*, op. cit., s. 43.

⁶⁰⁸ Polega ona na stawianiu hipotez dotyczących tego, jakie adaptacje mentalne i behawioralne mogły wyewoluować w odpowiedzi na określone problemy adaptatywne, które stawiały przed ludźmi środowiska ancestralne (zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 56-57; E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 100 i 210).

⁶⁰⁹ E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 210 i 283-284.

analizy metahistoryczne⁶¹⁰ czy też metoda psychologicznych testów międzykulturowych⁶¹¹. Za pomocą tych ostatnich możliwe jest opracowanie zgromadzonego na gruncie prawoznawstwa materiału badawczego, czyli niezwykle rozległych zasobów informacji o zjawisku prawnym różnych epok i kultur oraz przeprowadzenie z ich wykorzystaniem ewolucyjnej analizy funkcjonalnej poszczególnych instytucji prawnych, a w dalszej perspektywie podjęcie próby skonstruowania ogólnej metahistorii prawa⁶¹².

Zastosowanie tych, filozoficznych jak to określił R. Dawkins⁶¹³, metod nie jest niczym nowym w prawoznawstwie, a w tym także w nauce prawa karnego. Na bardzo podobnych założeniach opierał się J. Makarewicz, którego oryginalna metoda badania prawa karnego, nazwana przez samego autora metodą socjologiczną, polegać miała na stosowaniu wnioskowań zbliżonych do indukcyjnych⁶¹⁴, które – pomimo, że nie dają wyników pewnych – to jednak pozwalają na wysnuwanie hipotez co do istoty zjawisk zachodzących w rzeczywistości. Zestawianie pokrewnych instytucji prawnych różnych społeczeństw pozwala wychwycić oderwaną od czasu i miejsca istotę prawa i poszczególnych jego instytucji, co pozwoli nie tylko poznać przeszłość prawa i jej stosunek do teraźniejszości, ale również ze znacznym prawdopodobieństwem przewidzieć jego przyszłość⁶¹⁵. Dla osiągnięcia tego celu powinno się korzystać z możliwie najszerszego materiału badawczego i z tego punktu widzenia J. Makarewicz pojmował metodę socjologiczną jako połączenie dwóch metod: prawnoporównawczej, operującej materiałem zaczerpniętym ze społeczeństw znajdujących się na zbliżonym poziomie rozwoju oraz metody etnologicznej, stawiającej sobie za zadanie „zbieranie materiału prawnego u ludów niskiej kultury, a to celem zbadania początków instytucji prawnych”⁶¹⁶.

⁶¹⁰ Metahistorię z perspektywy ewolucjonizmu można określić również – tak jak to uczynił W. Załuski – „darwinowską filozofią historii” (zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 174; R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 21).

⁶¹¹ Zakłada ona, że występowanie określonej cechy w wielu kulturach w wysokim stopniu uprawdopodobnia hipotezę o jej biologicznym podłożu, a wnioskowanie to jest tym mocniejsze, im bardziej były one izolowane od wzajemnych wpływów (zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 57; E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 186).

⁶¹² Prekursorem takiego paradygmatu był Kant, który postulował podjęcie „filozoficznej próby opracowania historii powszechnej jako realizowania się planu przyrody, stawiającego za cel doskonałe, obywatelskie zjednoczenie całego rodu ludzkiego” poprzez „prawidłowo postępujące naprzód doskonalenie ustrojów państwowych” (I. Kant, *Pomysły...*, op. cit., s. 48-49). Swoje zadanie królewiecki filozof widział w znalezieniu „apriorycznej nici przewodniej” dla takiej historii, resztę „zostawiając przyrodzie, z ufnością, że wyda ona człowieka, który kierując się tą nicią potrafi taką historię napisać” (ibidem, s. 36 i 50).

⁶¹³ R. Dawkins, *Samolubny...*, op. cit., s. 370-371.

⁶¹⁴ Brak możliwości przeprowadzania eksperymentów w naukach społecznych wyklucza zastosowanie w nich ścisłej indukcji.

⁶¹⁵ Zob. J. Makarewicz, *Metoda...*, op. cit., s. 1-3.

⁶¹⁶ Ibidem.

Metodologiczny paradygmat zaproponowany przez J. Makarewicza nie miał ograniczać się przy tym do teoretycznej (filozoficznej) refleksji nad prawem jako zjawiskiem społecznym. Na płaszczyźnie dogmatycznej wynikał z niego bowiem postulat wprowadzenia, jako czwartej obok gramatycznej, logicznej i historycznej, metody interpretacji prawniczej – wykładni prawnofilozoficznej, której zadanie miałoby polegać na „określeniu pozycji każdej instytucji prawnej w ciągu stuleci oraz jej roli w rozwoju prawa, a także przedstawienie ideału danej instytucji, tzn. pokazanie do jakiego ostatecznego wyniku prowadzi jej rozwój w danym kierunku”⁶¹⁷. Filozofia prawa była więc rozumiana przez J. Makarewicza jako nauka o podwójnej funkcji. Jej zadaniem miało być, z jednej strony, tworzenie syntezy zjawisk prawnych, nastawionej na „pogłębienie i odnalezienie istoty całości oraz relacji z otoczeniem”⁶¹⁸. Z drugiej, poprzez dostarczenie narzędzi do wykładni prawa obowiązującego „tu i teraz”, udzielenie pomocy praktyce stosowania prawa w jego „rozwoju, w takim stopniu, w jakim pozwoli na to gramatyczna i logiczna interpretacja oraz potrzeby społeczne”⁶¹⁹. W przekonaniu lwowskiego uczonego, nowożytna filozofia prawa powinna w związku z tym przenieść swój ciężar na poszczególne dyscypliny i dlatego za konieczne uważał on stworzenie, między innymi, samodzielnej filozofii prawa karnego, w ramach której powinny być prowadzone badania historyczne i prawnoporównawcze⁶²⁰.

Oparcie się na przedstawionych założeniach, uzupełnionych o konsekwencje koncepcji ontologicznego emergentyzmu, pozwala przyjąć, że spór o metodę toczony przez W. Woltera⁶²¹, najpierw z J. Makarewiczem, a następnie z I. Andrejewem⁶²², był w rzeczywistości pozorny. Przecistawiane w nim podejścia badawcze można bowiem uznać za komplementarne. Pełne wyjaśnienie zjawiska prawnego wymaga uwzględnienia zarówno jego psychospołecznego fundamentu, w badaniu którego metoda formalno-dogmatyczna pełni pomocniczą rolę, jak i wyłaniającego się z tego podłoża świata powinności o charakterze prawnym, w poznaniu którego wysuwa się ona na pierwszy plan⁶²³.

⁶¹⁷ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 37.

⁶¹⁸ Ibidem, s. 27; J. Makarewicz, *Nowożytne zadania filozofii prawa*, PPIA 1905, t. 30, s. 185.

⁶¹⁹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 37.

⁶²⁰ Ibidem, s. 38-39.

⁶²¹ W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 5-7; idem, *W obronie metody*, PiP 1975, z. 8-9, s. 138-146.

⁶²² I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 33-37.

⁶²³ Niewątpliwie rację miał W. Wolter, gdy podkreślał, że metodę formalno-dogmatyczną można uzupełniać innymi metodami, ale nie można jej jakkolwiek inną metodą zastąpić, co wynika z prostego faktu, że tworzywem przepisów prawnych jest język, badając prawo nie można więc pominąć płaszczyzny językowej dotyczącej relacji pomiędzy rzeczywistością a językiem oraz logicznej, związanej z tym, że język jest narzędziem myślenia. W konsekwencji metoda ta jest niezbędna „dla uzyskania pewnego celu”, jakim jest w szczególności właściwe zrozumienie przepisów prawa oraz ich zastosowanie do pewnych faktów społecznych (zob. W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 7-8; idem, *W obronie...*, op. cit., s. 138-146).

Co trzeba podkreślić, J. Makarewicz (podobnie zresztą jak później I. Andrejew) nie kwestionował znaczenia metody formalno-dogmatycznej (nazywanej przez niego metodą pozytywną – metodą ścisłych pojęć), a przeciwnie, dostrzegał jej walory eksponowane przez W. Woltera, tj. ścisłość prawniczego wnioskowania, jakość tworzonych za jej pomocą definicji itp. Jej wykorzystanie uważał za konieczne przy naukowym badaniu obowiązującego prawa oraz w działalności legislacyjnej⁶²⁴. W przeciwieństwie jednak do W. Woltera, który uświadamiając sobie społeczną genezę i uwarunkowania prawa karnego i dzieląc w tym zakresie poglądy J. Makarewicza i W. Makowskiego⁶²⁵, pozostawiał jednak „poza obrębem nauki prawa karnego jako takiego” wszystko to, co wykraczało poza budowę „całości logicznie zharmonizowanego systemu norm prawnych drogą analizy i syntezy”⁶²⁶, lwowski uczone krytycznie oceniał ograniczenie badania prawa do stosowania wyłącznie metody formalno-dogmatycznej, ponieważ zagrażałoby to przekształceniem się badań nad prawem w „czystą scholastykę”. Dla ścisłości należy podkreślić, że za błędną uważał on każdą postawę badawczą odwołującą się do tylko jednego spośród wyróżnionych przez siebie czterech kierunków filozofii prawa (prawa natury, historycznego, pozytywnego i porównawczego). W każdym z nich dostrzegał zalety nie występujące w pozostałych oraz wady związane z jednostronnością spojrzenia, a przyznając nadrzędność kierunkowi prawnonaturalnemu, rozumianemu jako tworzenie syntezy zjawisk prawnych uwzględniającej naturę człowieka („duchowe potrzeby społeczeństwa”), podkreślał konieczność „zakreślenia możliwie szerokiego kręgu” w badaniach poprzez poznanie rozwoju prawa na świecie „w jego teraźniejszości i przeszłości”, w którym to dążeniu prawoznawstwo powinno się posługiwać „precyzyjnymi pojęciami wprowadzonymi przez kierunek pozytywistyczny”⁶²⁷. Był więc J. Makarewicz prekursorem prawdziwie wielopłaszczyznowego badania prawa,

Ponadto, poznanie prawa jako faktu, zwłaszcza na gruncie prawa kontynentalnego, nie może obejść się bez uwzględnienia wpływu na to zjawisko, nieodłącznie z nim związanej, „ściśle prawniczej metody myślenia”. Ukształtowana na przestrzeni dziejów w praktyce odkodowywania performatywnych aktów normowania ze zdań deontycznych, metoda ta sama w sobie stanowi element Popperowskiego Świata 3, oddziałujący przyczynowo na ludzkie przeżycia psychiczne i zachowania, a – za ich pośrednictwem – również na rzeczywistość materialną. Metoda formalno-dogmatyczna nie może jednak być traktowana jako wyłączna, ponieważ – o czym już wspomniano – sama w sobie nie jest ona wystarczająca nawet do uzyskania wąsko wyznaczonego celu, jakim jest zrozumienie przepisów prawa (wydobycie zawartych w nich norm). Jak – słusznie w związku z tym – podkreślał I. Andrejew, w nauce o przestępstwie każde pojęcie powinno być rozpatrywane w trzech aspektach: semantycznym, normatywnym i funkcjonalnym (I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 274).

⁶²⁴ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 23.

⁶²⁵ Zob. W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 1-2.

⁶²⁶ W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 6. Odnotować tu jednak trzeba późniejsze, nieco mniej rygorystyczne stanowisko, w którym W. Wolter dopuścił posługiwanie się innymi metodami, w tym „kryminalnopolitycznymi”. Jak zauważył, metoda językowo-logiczna nie stoi im na przeszkodzie, ale dopiero po „uświadczeniu sobie semantycznej treści przepisu”, wyznaczającej granice, których przy zastosowaniu tych innych metod przekroczyć nie wolno (zob. W. Wolter, *W obronie...*, op. cit., s. 138-146).

⁶²⁷ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 21-38, idem, *Nowożytność...*, op. cit., s. 185-186.

opartego nie tylko na świadomości istnienia różnych aspektów tego zjawiska, ale także złożonych relacji pomiędzy nimi, które również muszą zostać uwzględnione, jeżeli prawoznawstwo ma być czymś więcej niż tylko „rozwiązywaniem dialektycznych łamigłówek” i „ćwiczeniami gimnastycznymi w zakresie pojęć prawniczych”⁶²⁸.

Rozdział II. Zjawisko przestępstwa

1. Ekspozycja przedmiotu analizy

Punktem wyjścia dla analizy każdego zjawiska musi być, choćby wstępne i przybliżone, określenie jej przedmiotu. Zadanie to nie stwarza szczególnych problemów w przypadku dogmatycznych badań instytucji aktualnie obowiązujących na gruncie określonego porządku prawnego, ich przedmiot wyznacza bowiem konkretna konstrukcja normatywna, która z zasady jest dobrze wykształcona, a co za tym idzie możliwa do wyodrębnienia za pomocą dostatecznie jednoznacznych kryteriów. Określenie przedmiotu badań komplikuje się już jednak w przypadku rozważań historycznoprawnych czy komparatystycznych. Zjawiska prawne wykazują ogromne zróżnicowanie, a podobne problemy rozwiązywane były przy pomocy bardzo odległych od siebie narzędzi normatywnych. Analiza porównawcza ma wartość jedynie wtedy, gdy jej przedmiotem są zjawiska jednorodnej kategorii, wyodrębnionej w sposób adekwatny do celu badań. Wymaga to standaryzacji (wskazania kryteriów podobieństwa) oraz cech porównywalności, ze względu na które przedmioty przynależne do jednej grupy ontologicznej (ustandaryzowane) mają być porównywane w celu ustalenia podobieństw i różnic⁶²⁹.

Możliwe jest przyjęcie różnych kryteriów istotności, np. językowego, logicznego, funkcjonalnego, aksjologicznego itp.⁶³⁰ Standaryzacja na potrzeby ewolucyjnej analizy prawa wykazuje jednak szczególną trudność. Ambicją tej metody jest bowiem uchwycenie istoty i przyczyny przemian badanych zjawisk od form najbardziej pierwotnych aż do tych, które znamy współcześnie. Trafne ze względu na takie potrzeby badawcze wyodrębnienie obiektu analizy jest sprawą pierwszorzędą, ponieważ – jak to ujął J. Makarewicz – „zadaniem sumiennego badacza jest tropienie każdego zjawiska aż po jego początki

⁶²⁸ Zob. J. Makarewicz, *Realizm...*, op. cit., s. 59-60.

⁶²⁹ Zob. R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 32-35.

⁶³⁰ Ibidem, s. 35-37.

i odkrywanie, co jest w nim naturalne, istotne, a co stanowi tylko późniejsze zbędne próby upiększenia”⁶³¹.

Na przedpolu dalszych rozważań konieczne jest więc znalezienie odpowiedzi na pytanie, czym jest przestępstwo z perspektywy ewolucyjnej i co wyróżnia je wśród innych zjawisk prawnych.

Niecelowe byłoby dosłowne odwołanie się w tym celu do współczesnej definicji przestępstwa formułowanej na gruncie konkretnego systemu prawnego, ponieważ wykazuje ona silne związki z konstrukcją normatywną obowiązującą w określonym czasie i miejscu. Ogranicza to jej przydatność nawet do badań porównawczych prawa karnego obejmujących współczesne główne kultury prawne, nie mówiąc już o analizie ewolucyjnej, z założenia mającej uwzględnić również najwcześniejsze etapy rozwojowe zjawiska przestępstwa i odpowiedzialności karnej. Na przykład przyjęcie założenia, że jedną z cech dystynktywnych przestępstwa jest zgodność czynu z określonym w ustawie obowiązującej w czasie jego popełnienia typem czynu zabronionego⁶³², pozostawiłoby poza zakresem tego pojęcia nie tylko to, co uważano za przestępstwo w prawie pierwotnym, ale nawet w kontynentalnym prawie karnym poprzedzającym kodyfikacje XVIII i XIX w. Dopiero one wyeliminowały bowiem powszechnie akceptowaną we wczesnonowożytnych ordynacjach karnych odpowiedzialność za *delicta innominata (extraordinaria)*⁶³³ i przyjęły za podstawę prawa karnego oświeceniową ideę ustawowej wyłączności czynu zabronionego. Definicji przestępstwa nie spełniałoby nie tylko to, co mogło być uznane za powód wymierzenia kary według ustawodawstw państw totalitarnych, w których całkowicie pozbawiono normy prawa karnego ich gwarancyjnej funkcji i przywrócono odpowiedzialność karną na zasadzie retroakcji⁶³⁴, analogii oraz sędziowskiego uznania opartego na ocenie samej karygodności zachowania z perspektywy aksjologii ustawodawcy totalitarnego⁶³⁵, ale również to, za co wymierza się karę w niektórych współczesnych systemach kultury prawnej *common law*, nie znających ustawowej typizacji przestępstw, oraz w dopuszczającym kryminalizację na zasadzie analogii prawie karnym Islandii⁶³⁶. Z zakresu prawa karnego wykluczyć

⁶³¹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 62.

⁶³² Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 125-127; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 177.

⁶³³ Zob. np. T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 531.

⁶³⁴ W hitlerowskich Niemczech po raz pierwszy pogwałcenie tej zasady nastąpiło w § 1 ustawy z dnia 29 marca 1933 r. (tzw. *lex van der Lubbe*), który przewidywał stosowanie najwyższego wymiaru kary za przestępstwa opatrzone łagodniejszą sankcją w czasie ich popełnienia (zob. F. Ryszka, *Państwo stanu wyjątkowego. Rzecz o systemie państwa i prawa Trzeciej Rzeszy*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1964, s. 406).

⁶³⁵ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 105-112.

⁶³⁶ Art. 1 kodeksu karnego Islandii z 1940 r. określa, że odpowiedzialności karnej podlega tylko ten, kto popełnia czyn uznany przez ustawę za karalny lub taki, który może być uznany za w pełni równoważny z zachowaniem

należałoby także regulację zawartą w Karcie Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, która stanowiła podstawę odpowiedzialności za popełnione w czasie II wojny światowej przez niemieckich przestępców wojennych zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości⁶³⁷, nie byłoby też możliwości przyjęcia, że przestępstwo stanowiły mordy sądowe, które popełnione zostały w zgodzie z ustawami uchwalanymi przez Reichstag w hitlerowskich Niemczech⁶³⁸.

Do znacznego zawężenia przedmiotu zainteresowania nauki prawa karnego prowadziłyby uwzględnienie w kryteriach standaryzacji nawet tak fundamentalnej cechy współcześnie rozumianego przestępstwa, jak jego odnoszenie się wyłącznie do zachowania człowieka, które można zakwalifikować jako czyn, tj. podjętego w sytuacji możliwości psychicznego sterowania własnymi ruchami⁶³⁹. Współcześnie stanowi ona trzon większości definicji przestępstwa, jednakże stan ten ukształtował się dopiero w długim procesie rozwoju prawa karnego. Na wcześniejszych jego etapach do „podmiotów” uznanych za zdolne do ponoszenia odpowiedzialności za zaistniałe zło zaliczano, obok ludzi, w tym dzieci i osób, które współcześnie uznane byłyby za niepoczytalne, także ludzkie zwłoki, zwierzęta, rośliny (np. drzewo, z którego ktoś spadł), przedmioty nieożywione (np. kamień, który wypadł z domu zabijając kogoś), a nawet zjawiska przyrodnicze (np. fale, które zatopiły okręt)⁶⁴⁰.

Zupełnie inaczej niż współcześnie przedstawiały się też kryteria wyboru podmiotu odpowiedzialnego za przestępstwo. Obok odpowiedzialności indywidualnej stosowana była odpowiedzialność zbiorowa oparta na przynależności do grupy w jakiś sposób powiązanej ze

uznanym za przestępstwo przez ustawę (oficjalne tłumaczenie tekstu islandzkiego na język angielski dostępne online pod adresem: <https://www.government.is/Publications/Legislation/Lex/?newsid=7e2af9c7-f488-11e7-94243-005056bc530c> [data dostępu: 24 sierpnia 2019 r.]).

⁶³⁷ Zarzut osądzania sprawców według *ex post facto* *lex* dotyczył przede wszystkim oskarżenia o prowadzenie wojny agresyjnej oraz o zbrodnie przeciwko ludzkości, o ile nie miały charakteru zbrodni wojennych *sensu stricto*, w szczególności zaś „popełnionych na terytorium niemieckim przez Niemców przeciwko Niemcom” (zob. T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo norymberskie. Bilans i perspektywy*, Warszawa-Kraków 1948, s. 287-329). Dla jego obalenia posłużono się, obok odwołania do elementarnych intuicji sprawiedliwościowych, argumentacją przyjmującą, że art. VI Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego nie wprowadzał kryminalizacji czynów w nim określonych, a jedynie powtarzał to, co wynikało z międzynarodowego prawa zwyczajowego oraz „uświęconych zasad ludzkości” (zob. ibidem, s. 297; a także T. Cyprian, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 21-26; A.L. Goodhart, *Uwagi...*, op. cit., s. 29-30).

⁶³⁸ Zob. np. G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo* [tyt. oryg. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, wyd. oryg. „*Süddeutsche Juristenzeitung*” 1946, H. 5, s. 105-108], [w:] *Filozofia prawa*, idem, tłum. E. Nowak, Warszawa 2009, s. 244-254.

⁶³⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 168.

⁶⁴⁰ Zob. J. Kochanowski, *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1985, s. 12; I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 35-36; J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, op. cit., s. 104; idem, *Polskie...*, op. cit., s. 207-209; idem, *Wstęp...*, op. cit., s. 233-234; W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 39-40; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 812; K. Koranyi, *Powszechna historia państwa i prawa*, t. 1, *Starożytność*, Warszawa 1961, s. 76; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 293. Wykonanie na trupie przestępcy kary za bardzo ciężkie lub wywołujące publiczne zgorszenie przestępstwa przewidywała jeszcze *Theresiana* (zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 337).

sprawcą zła (odpowiedzialność rodowa, za podwładnych i niewolników, odpowiedzialność kolektywna grupy jako takiej, np. jednostki terytorialnej)⁶⁴¹. Uzasadnieniem dla przypisania odpowiedzialności za przestępstwo, wobec deficytu wiedzy w zakresie kauzalnych powiązań zachodzących w przyrodzie, były stany rzeczy „najbliższe” mu czasoprzestrzennie lub społecznie (odnalezienie trupa, własność ziemi lub wody, w której go odnaleziono, własność drzewa, z którego ktoś spadł lub zwierzęcia, które spowodowało śmierć⁶⁴², własność miecza pożyczanego lub zabranego bez wiedzy jego właściciela, który został przez inną osobę użyty do zabójstwa lub zranienia⁶⁴³, a nawet jedynie przestraszył dziecko, które w wyniku tego wpadło do wody i utonęło⁶⁴⁴, własność noża, którym z własnej winy śmiertelnie zraniła się osoba, której został on pożyczony⁶⁴⁵, wybudowanie pieca, na którym stał garnek z gorącą wodą, która poparzyła dziecko⁶⁴⁶ itp.). Powszechnie karane było czarostwo i praktyki magiczne⁶⁴⁷. Wybór podmiotu i uzasadnienia dla jego odpowiedzialności odzwierciedlał, adekwatnie do sposobu postrzegania świata przez ówczesnych ludzi, mechanizmy psychologiczne służące rozładowaniu napięcia emocjonalnego spowodowanego rozbieżnością pomiędzy tym co się wydarzyło, a tym, co być powinno⁶⁴⁸. Stany rzeczy wywołujące taką

⁶⁴¹ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 331-353.

⁶⁴² Relikty tego rodzaju zasad przypisania odpowiedzialności występowały jeszcze w późnym średniowieczu, a więc w czasach kiedy myślenie kauzalne było już dawno wykształcone (zob. J. Kochanowski, *Subiektywne...*, op. cit., s. 12-15 i literatura tam powołana; T. Maciejewski, *Historia ...*, op. cit., s. 365; zob. J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 111-112).

⁶⁴³ K. Koranyi, *Powszechna historia państwa i prawa*, t. 2, *Średniowiecze*, Warszawa 1963, s. 102.

⁶⁴⁴ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 77.

⁶⁴⁵ J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, op. cit., s. 104.

⁶⁴⁶ J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 51.

⁶⁴⁷ Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 167 i 243; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 154-155; I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 47-57; idem, *Podstawowe...*, op. cit., s. 38; J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 22; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., passim; W. Wołodkiewicz, *Prawo karne i postępowanie w sprawach karnych*, [w:] *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, red. W. Wołodkiewicz, Warszawa 1986, s. 219; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 107; idem, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 220-221; idem, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 44; T. Maciejewski, *Historia*, op. cit., s. 531-534. Przestępstwo czarów penalizowały jeszcze *Carolina* i *Theresiana*, a zniósł je dopiero kodeks józefiński (zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 335-337; S. Salmonowicz, *Wizerunek Kodeksu: Constitutio Criminalis Carolina*, „Rocznik Nauk Prawnych” 2003, t. 13, z. 1, s. 61; M. Mazoyer, C. Koray Zeynep, *O „kodeksie hetycznym”*, op. cit., s. 110). W Polsce karę śmierci za czary uchylono w 1776 r., przy czym niewiele wcześniej, bo w 1769 r., Jakub Czechowicz – autor pierwszego podręcznika prawa karnego napisanego w języku polskim o tytule *Praktyka kryminalna* wiele miejsca poświęcił sprawom o czary (zob. J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 217; I. Andrejew, *Polskie...* [1978], op. cit., s. 45). Interesującym wyjątkiem było tu prawo longobardzkie, które już w VII w. (edykt Rotara z 643 r.) poddawało w wątpliwość istnienie czarownic oraz przypisywanych im praktyk, a za zabicie kobiety – nawet półwolnej lub niewolnej – pod pretekstem, że była czarownicą przewidywało wysokie kary pieniężne (zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 104).

⁶⁴⁸ Zob. J. Kochanowski, *Subiektywne...*, op. cit., s. 13.

reakcję nie były przy tym z góry ustalone⁶⁴⁹, a to, co ją uzasadniało określane było *a casu ad casum*⁶⁵⁰.

Mimo to, zarówno w pracach z zakresu historii prawa, jak i dogmatyki prawa karnego, powszechnie przyjmuje się (najczęściej milcząco), że opisane powyżej reakcje, oparte na niezgodnych z zasadami przyczynowości wyobrażeniach o powiązaniu pomiędzy złem a określoną osobą lub innym „podmiotem”, miały karnoprawny charakter. Pomiędzy tego rodzaju pierwotnymi formami odpowiedzialności a współczesnym prawem karnym, musi zatem istnieć, pomimo fundamentalnych *prima facie* różnic, jakiś wspólny mianownik, z powodu którego intuicja wiąże je ze sobą, prowadząc do ich uznania za różne postacie rozwojowe tego samego zjawiska.

2. Uniwersalna istota przestępstwa

2.1. Uwagi wstępne

Odpowiedzi na pytanie o uniwersalną istotę przestępstwa poszukiwał J. Makarewicz, który w tym zadaniu widział najważniejszy cel filozofii prawa karnego⁶⁵¹. Krytycznie oceniał on poglądy formułowane w tej sprawie do początków XX w., które – jak zauważył – sprowadzały się do czterech zasadniczych grup, definiujących przestępstwo: 1) jako coś negatywnego, złego, odpychającego, grzesznego; 2) jako naruszenie normy wynikającej z prawa lub z umowy społecznej; 3) jako czyn szkodliwy dla wspólnoty; 4) jako działanie lub zaniechanie, które jest karane przez państwo⁶⁵². Każde z tych ujęć akcentowało jakiś istotny aspekt zjawiska przestępstwa: istotną tożsamość czynu niemoralnego i przestępnego, znaczenie opinii publicznej, której odzwierciedleniem są prawa, szkodliwość przestępstwa, w końcu zaś „moment karzącej reakcji, bez której przestępstwo byłoby tylko czynem niemoralnym”⁶⁵³. Zarazem jednak żadne nie dawało przekonującej i uniwersalnej odpowiedzi na pytanie czym jest przestępstwo. Błąd pierwszej grupy poglądów polegał na poszukiwaniu źródła dobra i zła, a tym samym przestępstwa, ponad stosunkami społecznymi (w Bogu, Absolucie, prawie naturalnym itp.). Poglądy drugiej grupy nie pozwalały natomiast na przedstawienie uniwersalnej koncepcji przestępstwa, pomijały bowiem, że za podstawę

⁶⁴⁹ W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 40; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 157; B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 75.

⁶⁵⁰ W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 24 i 43; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 157.

⁶⁵¹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 41.

⁶⁵² Ibidem, s. 41-45.

⁶⁵³ Ibidem.

represji karnej nie zawsze i nie wszędzie przyjmowano naruszenie ustawy, ale karano również z powodu np. antyspołecznego charakteru czy też *malam voluntatem*. Z kolei poglądy zaliczone do trzeciej grupy zacierały różnicę pomiędzy przestępstwem i czynem niemoralnym. Ostatnie wykazywały natomiast cechy tautologii.

Punktem wyjścia dla J. Makarewicza było spostrzeżenie, że z samej nazwy „prawo karne” wynika immanentny jego związek z karą. Przestępstwem jest wszystko to, za co grupa społeczna karze swoich członków, w sytuacji gdy moralna przygana jest niewystarczająca z uwagi na znaczną szkodliwość czynu naruszającego istotne podstawy związku społecznego⁶⁵⁴. Przestępstwem jest więc czyn popełniony przez członka danej grupy społecznej, który pozostali jej członkowie uznają za szkodliwy dla grupy lub który ujawnia taki stopień antyspołecznego nastawienia sprawcy, że reagują przeciwko sprawcy publicznie, zewnętrznie, wspólnie starając się ograniczyć jedno z jego dóbr⁶⁵⁵.

To właśnie charakter reakcji na nieakceptowane społecznie zachowanie jest tym, co różni czyn niemoralny od przestępstwa⁶⁵⁶, przy czym granica pomiędzy nimi jest trudna do wytyczenia, ponieważ różnice między nimi nie mają jakościowego, a jedynie ilościowy charakter⁶⁵⁷. Sprawę dodatkowo komplikuje fakt, że prawo i moralność oddziałują na siebie w obu kierunkach, a – jak zauważył J. Hall – zasady etyczne są w znacznym stopniu produktem prawa karnego, które jest co najmniej równie stare jak etyka⁶⁵⁸.

Podobnie widział to H. Hart, według którego eksternalizacja nacisku społecznego może przybierać formę jedynie ogólnie wyrażonego niezadowolenia lub reakcji krytycznej (np. werbalnego apelu lub wyrażenia dezaprobaty), oddziałującego poprzez wywołanie uczucia wstydu, wyrzutów sumienia czy poczucia winy, nie zaś przez odwołanie się do strachu czy interesu, może jednak prowadzić także do wykształcenia się sankcji fizycznych, których powtarzalność, nawet gdy nie są ściśle określone lub wymierzane przez urzędników,

⁶⁵⁴ J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 122. Współcześnie podobnie ujął to A. Wąsek przyjmując, że czyn zabroniony jest czynem niemoralnym, który w ponadprzeciętnym stopniu oddziałuje negatywnie na stosunki społeczne (zob. A. Wąsek, *Czyn niemoralny – czyn społecznie niebezpieczny – czyn przestępny*, SI 1988, t. 16, s. 227-228).

⁶⁵⁵ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 92.

⁶⁵⁶ J. Makarewicz za błędne, oparte na złudzeniu wynikającym z wysokiego stopnia subiektywizacji pojęć etycznych, uważał często przyjmowane stanowisko, że tym co różni moralność od prawa jest cel: w pierwszym przypadku nakierowany na doskonalenie woli, a w drugim na regulowanie postępowania. W rzeczywistości zarówno etyka, jak i prawo regulują zewnętrzne zachowanie człowieka, a różni je tylko to, że dysponują one innymi środkami, by zmusić ludzi do określonego postępowania (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 61-62).

⁶⁵⁷ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 84-85.

⁶⁵⁸ J. Hall, *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis 1947, s. 294 i nast.; cyt. za: I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 51-52.

przemawia za przyjęciem prawnego charakteru zjawiska⁶⁵⁹. Choć występowanie nacisku pierwszego rodzaju skłania nas do uznania określonych reguł za moralne, a drugiego za prawne, nie przesądza to jednak ich charakteru⁶⁶⁰. Oba rodzaje reguł są do siebie podobne pod tym względem, że wiążą niezależnie od zgody jednostek, a przy tym są zagwarantowane silnym naciskiem społecznym⁶⁶¹. W dziedzinie moralności nacisk ten polega przede wszystkim, choć nie wyłącznie, na odwołaniu się do poszanowania reguł jako ważnych samo przez się oraz moralnych przeżyć adresata, nie zaś do strachu i interesu⁶⁶². Jednoznacznie karnoprawny charakter mogą mieć jednak także takie formy reakcji społecznej, które polegają wyłącznie na wyrażeniu dezaprobaty wobec określonej osoby (np. przewidziane we współczesnym polskim prawie karnym odstępnie od wymierzenia kary, które – jak podkreślił M. Cieślak – zawiera w sobie dolegliwość związaną z oficjalnym, społecznym potępieniem popełnionego przestępstwa, co zbliża je do kary nagany⁶⁶³). Dolegliwość z niej wynikająca może być przy tym większa niż sankcji o charakterze fizycznym, nie tylko z perspektywy wewnętrznych przeżyć psychicznych jednostki, ale także wymiernego wpływu na szanse osiągnięcia sukcesu darwinowskiego, zwłaszcza jeżeli prowadzi do zerwania stosunków społecznych albo ostracyzmu⁶⁶⁴.

2.2. Kara jako ostre publiczne potępienie

Istotą kary jest ostre potępienie ze strony ogółu, na co – jak zauważył J. Makarewicz – wskazuje podstawowe znaczenie tego słowa w języku średniowysokoniemieckim ok. XI w. (*Strafe*), które odnosiło się do ostrej nagany, ostrego napomnienia, ostrego potępienia, tj. nagany, która swą intensywnością i surowością wykracza poza normalną nagane⁶⁶⁵. Z wymierzeniem kary mamy do czynienia już w sytuacji, gdy sprawca jest publicznie upokarzany przez przedstawiciela społeczeństwa⁶⁶⁶. Karą jest więc np. publiczne pouczenie czy nagana⁶⁶⁷, napomnienie w urzędzie⁶⁶⁸, odśpiewana na zgromadzeniu plemienia przez cały

⁶⁵⁹ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 123-124 i 244.

⁶⁶⁰ Ibidem.

⁶⁶¹ Ibidem, s. 233.

⁶⁶² Ibidem, s. 244.

⁶⁶³ M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 471-472.

⁶⁶⁴ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 244.

⁶⁶⁵ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 88-89.

⁶⁶⁶ Ibidem, s. 87-88.

⁶⁶⁷ Praktykowana we wczesnonowożytnej Francji (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 295).

⁶⁶⁸ Na przykład cenzorska nagana w starożytnym Rzymie (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 87-88; idem, *Ewolucja...*, op. cit., s. 124) czy nagana wobec sądu w rosyjskim kodeksie kar głównych i poprawczych

tłum pieśń satyryczna na temat złoczyńcy⁶⁶⁹, obdarzenie złodzieja dożywotnio mianem skradzionych przedmiotów⁶⁷⁰, odwołanie obelżywego zarzutu w hańbiących słowach i okolicznościach (np. spod ławki)⁶⁷¹, noszenie siodła (*harmscara*)⁶⁷², kamieni⁶⁷³ lub kamiennego łańcucha⁶⁷⁴, wojskowa kara pohańbienia⁶⁷⁵, wystawienie przestępcy na widok publiczny⁶⁷⁶, często obnażonego⁶⁷⁷ lub w stroju kobiecym⁶⁷⁸, uwięzionego w dybach⁶⁷⁹,

z 1845 r., także w redakcji polskiej, obowiązującej od 1848 r. na ziemiach polskich zaboru rosyjskiego (K. Grzybowski, *Historia państwa i prawa Polski*, t. 4, *Od uwłaszczenia do odrodzenia Państwa*, Warszawa 1982, s. 244).

⁶⁶⁹ Publiczna pieśń ośmieszająca lub ganiąca znana była np. u Eskimosów (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 87-88), a także wśród ludów Tonga w dolinie Zambezii (J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 125). „Śpiew pojedynkowy” Eskimosów jest elementem bardziej złożonej procedury rozwiązywania konfliktów, pozornie będącej jedynie prywatnym starciem skonfliktowanych stron, w rzeczywistości jednak stanowiącej wykształcony na kanwie zemsty krwawej i służący ograniczeniu jej negatywnych skutków społecznych, zinstytucjonalizowany pojedynek publiczny o dość szczegółowo określonych regułach postępowania stron i audytorium. Pojedynek kończy się w chwili, gdy grupa, poprzez wyrażenie swojej sympatii dla jednej ze stron, przyzna jej zwycięstwo, w wyniku czego strona zwycięska ratuje swój prestiż podważony przez konflikt (dotyczy to zwłaszcza pokrzywdzonego, którego godność naruszałby fakt bezkarnego wyrządzenia mu krzywdy – w przypadku zwycięstwa w pojedynku osiąga on satysfakcję moralną i może uzyskać prestiż nawet większy niż ten, którym cieszył się wcześniej). Ocena wyrażona przez opinię publiczną stanowi rozstrzygnięcie sprawy, które zamyka konflikt na płaszczyźnie społecznej i psychologicznej, niezależnie czy decyzja wspólnoty opiera się na racjach moralnych, czy jedynie „technicznym” wyniku pojedynku. Komunikacyjna wartość tego rodzaju sposobów rozwiązywania sporów, podobnie jak powszechnie stosowanych na wczesnych etapach rozwoju cywilizacyjnego ordaliów, w dużej mierze opiera się na wierze w sprawiedliwość immanentną. Przekonanie o permanentnym wpływie świata nadnaturalnego na rzeczywistość, a tym samym również na wynik pojedynku, uprawomocnia „techniczne” rozstrzygnięcie jako zgodne z wolą istot nadprzyrodzonych (zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 95-102; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., passim; idem, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 47, 124 i 223; W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 100; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 256; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 292-293). Podobną genezę mają – występujące również we współczesnych procedurach, przysięgi – stanowiące na wczesnych etapach rozwojowych samoprzekleństwo, poprzez które przysięgający wzywał przeciwko sobie zemsty bóstwa, gdyby fałszywie przysięgał (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 56).

⁶⁷⁰ Kara wymierzana u Eskimosów Nunamiut (J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 91).

⁶⁷¹ Przewidziane przez Statut Wiślicki i praktykowane w Polsce aż do XVI w. (J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 297-298).

⁶⁷² Kara stosowana w prawie państwa frankońskiego (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 217).

⁶⁷³ Na przykład w średniowiecznym prawie niemieckim (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 42).

⁶⁷⁴ Kara stosowana u Swanów w północno-zachodniej Gruzji (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 237).

⁶⁷⁵ Stosowana w starożytnym Rzymie polegała na pozostawianiu poza wałem obozowym, spożywaniu posiłków w pozycji stojącej, zakazie otrzymywania odznaczeń oraz obowiązku noszenia zwiększonych ciężarów w marszu (zob. B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 115).

⁶⁷⁶ Np. u Aszantów, w przedkolonialnym królestwie Loango na terenie dzisiejszego Konga, a także u assamskich górali Dafla (zob. I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 38; J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 187). Jeszcze w roku 1827 projekt kodeksu karnego dla Królestwa Zjednoczonych Niderlandów przewidywał karę tzw. rusztowania łączącą wystawienie przestępcy na widok publiczny z piętnowaniem i machaniem nad jego głową mieczem (B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 208).

⁶⁷⁷ Co praktykowano np. na Śląsku w XII-XIII w. (J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 298).

⁶⁷⁸ Kara za tchórzostwo przewidywana przez kodyfikację Charondasa z VI w. p.n.e. dla miasta Katana we wschodniej Sycylii (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 93). Podobną karę znajdziemy we współczesnym amerykańskim *case law*: sąd zobligował więźnia, który obnażył się przed strażniczką więzienną do noszenia różowego uniformu (G. Maroń, *Kary zawstydzające w porządku prawnym Stanów Zjednoczonych*, Prok. i Pr. 2018, z. 12, s. 8).

⁶⁷⁹ Kara praktykowana nie tylko w średniowiecznej Europie, ale także np. przez assamskich górali Dafla (zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 187).

pod pręgierzem⁶⁸⁰, postawionego pod szubienicą⁶⁸¹ albo z przymocowanym do szyi skradzionym przedmiotem⁶⁸², hańbiące oprowadzanie go lub wożenie wozem po mieście albo jego przejazd na ośle⁶⁸³, zerwanie turbanu, co stanowi dla muzułmanina dotkliwe upokorzenie, ogolenie brody, malowanie twarzy na czarno⁶⁸⁴, noszenie czarnej odzieży i włosów spuszczonej na oczy⁶⁸⁵, umazanie kazirodczych partnerów krwią kozy z jednoczesnym wykpieniem popełnionego występku⁶⁸⁶, hańbiące obcięcie włosów lub ogolenie głowy⁶⁸⁷ czy też oplucie⁶⁸⁸. Podobny charakter miało w dużym stopniu również piętnowanie⁶⁸⁹ oraz wszelkie inne kary na czci⁶⁹⁰, które jako stały motyw przewijają się w prawie karnym wszystkich epok i kultur, np. w postaci pozbawienia określonych praw obywatelskich (w tym urzędów i godności, odznaczeń, stopni wojskowych, udziału w zgromadzeniach, wstępu do świątyń itp.) albo usunięcia z uprzywilejowanej klasy

⁶⁸⁰ Na przykład w średniowiecznym i wczesnonowożytnym prawie niemieckim polskim, francuskim, szwedzkim oraz włoskim (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 42 i 353; J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 299; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 156, 177 i 220). Przewidywały ją jeszcze *Josephina*, humanitarna *Leopoldina* oraz francuskie ustawy karne z 1791 r. (z założeniem obroży na szyję) i 1810 r., na podstawie których stosowano tę karę do 1848 r. (K. Koranyi, *Powszechna historia państwa i prawa. Od rewolucji francuskiej do rewolucji październikowej*, Warszawa 1962, s. 21, 24; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 159; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 791-795).

⁶⁸¹ Co stosowano np. we wczesnonowożytnej Francji (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 295).

⁶⁸² Praktykowane w kraju Bamiléké (Kamerun) (zob. I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 33).

⁶⁸³ Stosowane np. w Polsce w okresie średniowiecza oraz I Rzeczypospolitej (J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 298), a także w prawie islamu (J. Bielawski, *Islam, religia państwa i prawa*, Warszawa 1973, s. 198).

⁶⁸⁴ Kary te przewidziane są w prawie muzułmańskim (J. Bielawski, *Islam...*, op. cit., s. 198; R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 139; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 336).

⁶⁸⁵ Jako składniki (obok zakazu przyjazdu na dwór monarchy) kary na czci określanej jako „niełaska cara”, która była przewidziana przez *Sobornoje Ułożenie Cara Aleksego Michałowicza* z 1649 r. (zob. B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 355).

⁶⁸⁶ Kara znana u ludów Tonga (J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 136).

⁶⁸⁷ Kara stosowana np. u mieszkańców płaskowyżu Futa Dżalon w Gwinei (I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 38), w prawie sumeryjskim i starobabilońskim, w tym kodeksie Hammurabiego (J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 270-271), u Longobardów i Franków (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 103, 105 i 215), w prawie wczesnośredniowiecznej Anglii, średniowiecznej Bułgarii (B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 255 i 348), w Niemczech do XII w. jako hańbiący dodatek do kary chłosty (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 44), w XIV wiecznym prawie chełmińskim (B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 378), w XVIII w. w Austrii wobec prostytutek (A.A. Piontkowski [w:] *Prawo karne. Część ogólna* [tyt. oryg. *Ugolownoje prawo. Obszczaja czast'*], red. A.A. Giercenzon, przekł. zbiorowy pod red. W. Świdry, Warszawa 1952 [wyd. oryg. Moskwa 1948], s. 423).

⁶⁸⁸ Reakcja na niewłaściwe zachowanie współrodowca u amazońskich Indian Bakairi (zob. B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 47); przykładem współczesnym jest wyrok sądu amerykańskiego, w którym zobligowano sprawcę przemocy domowej do znoszenia opluwania przez byłą żonę (G. Maroń, *Kary...*, op. cit., s. 10).

⁶⁸⁹ Znane już w prawie starobabilońskim (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 27; J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 91) czy chińskim (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 249-250), na terenie Europy stosowane było aż do XIX w. (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 105 i 259; idem, *Powszechna historia...*, t. 3, op. cit., passim; idem, *Powszechna historia państwa i prawa*, t. 4, Warszawa 1967, s. 122; idem, *Powszechna historia państwa i prawa. Od rewolucji...*, op. cit., s. 24; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., passim), w tym w Polsce od XIV do XVIII w. (zob. J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 283-284).

⁶⁹⁰ Zob. A. Mogilnicki, *Kary dodatkowe: kary cielesne, kary hańbiące, pozbawienie czci i praw*, Warszawa 1907.

społecznej⁶⁹¹, kar zawstydzających w prawie karnym USA (*shaming punishment*)⁶⁹², a we współczesnym polskim prawie karnym – środków karnych pozbawienia praw publicznych oraz podania wyroku do publicznej wiadomości, które pełnią zarówno funkcję represyjną, jak i symboliczną, związaną ze szczególnym potępieniem moralnym sprawcy przestępstwa⁶⁹³.

Naruszenie norm obyczajowych i moralnych od przestępstwa odróżnia tylko i wyłącznie charakter reakcji potępiającej, która – jak to wykazał J. Makarewicz – staje się karą, gdy nabiera cech publicznych, zewnętrznych i wspólnotowych (taki charakter ma ona również wtedy, gdy dokonywana jest indywidualnie, ale w imieniu społeczeństwa przez pokrzywdzonego lub inne osoby umocowane przez grupę)⁶⁹⁴, a jednocześnie stanowi akt zemsty wyrażający potępienie ze strony grupy społecznej (*vindicta publica*)⁶⁹⁵. Akt zemsty staje się karą, gdy jednostka zostaje przeciwstawiona społeczeństwu⁶⁹⁶.

2.3. Rudymენტarna reakcja karna

Na przedpolu rozważań na temat początków reakcji karnej zaakcentować trzeba wewnątrzgrupowy charakter kary i przestępstwa. Jest to niezbędne, ponieważ trudności może stwarzać samo odróżnienie na wczesnych etapach rozwoju cywilizacyjnego zemsty jako reakcji społecznej o karnoprawnym charakterze od konfliktów zbrojnych (wojen plemiennych)⁶⁹⁷, których siłą napędową w dużej mierze były tożsame afektywne

⁶⁹¹ Zob. np. J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, op. cit., s. 268-272; idem, *Polskie...*, op. cit., s. 289-297; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 93; W. Uruszczyk, *Historia...*, op. cit., s. 365-366; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., passim; W. Wołodkiewicz, *Prawo karne...*, op. cit., s. 221.

⁶⁹² Inną nazwą używaną na tego rodzaju kary (a ściślej mówiąc alternatywne dla kary pozbawienia wolności obowiązki probacyjne, takie jak np. zobowiązanie do umieszczenia na zderzakach samochodu informacji o skazaniu za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości) jest „kara szkarłatnej litery” (*scarlet letter punishment*), która nawiązuje do tytułu powieści amerykańskiego pisarza N. Hawthorne’a, opisującej praktykę karania w XVII w. Massachusetts kobiet dopuszczających się cudzołóstwa poprzez zmuszanie ich do umieszczania na swojej wierzchniej odzieży skrawka szkarłatnego materiału w kształcie litery „A”, jako skrótu słowa „*adulterness*” oznaczającego cudzołożnicę (zob. G. Maroń, *Kary...*, op. cit., s. 5-38).

⁶⁹³ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, op. cit., s. 267-268; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach*, Kraków 1936, s. 140; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 446 i 470; M. Kulik, *Środki karne*, [w:] *Prawo...*, red. M. Mozgawa, op. cit., s. 392.

⁶⁹⁴ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 87; idem, *Metoda...*, op. cit., s. 3; idem, *Ewolucja...*, op. cit., s. 123. Znaczenie elementu społecznej dezaprobaty dla zjawiska kary podkreślał również Liszt, według którego do jej istoty należy połączenie dolegliwości wynikającej z dotknięcia prawnie chronionych interesów sprawcy (życia, wolności, majątku, ale także honoru) oraz namacalnej nagany czynu i sprawcy (F. v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1912, s. 251-252).

⁶⁹⁵ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 1-18; idem, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 4-5.

⁶⁹⁶ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 233-234.

⁶⁹⁷ I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 23.

przeżycia powinnościowe⁶⁹⁸. Wewnątrz grupy walka (prywatna zemsta krwawa) stanowiła środek, poprzez który – w sytuacji instytucjonalnej słabości organizacji społecznej – realizowane było prawo⁶⁹⁹. Pomimo behawioralnych podobieństw, tym co odróżniało pierwotną reakcję karnoprawną było właśnie ukierunkowanie odwetu do wnętrza grupy. Czyniło to z niego narzędzie wspierania wewnątrzgrupowej kooperacji (altruizmu wzajemnego) i rozwiązywania konfliktów wynikających z rozbieżności indywidualnych interesów jej członków. Ten rodzaj agresji kieruje się logiką sumy niezerowej i ma charakter instrumentalny. Agresja ukierunkowana na zewnątrz grupy, choć często również miała charakter powinnościowo zabarwionej międzyplemiennej zemsty krwawej⁷⁰⁰, w przeważającej mierze pozostawała jednak relacją o sumie zerowej: nie służyła egzekwowaniu pożądanых zachowań na przyszłość, a jedynie odwetowi samemu w sobie, zawłaszczeniu cudzych zasobów lub obronie własnych oraz unicestwieniu przeciwnika. Obcy (wróg), nie popełniał przestępstwa, mógł najwyżej ze swej natury zachowywać się wrogo, nie można też było popełnić przeciwko niemu przestępstwa, ponieważ stanowił on jedynie zwierzynę łowną⁷⁰¹.

J. Kurczewski przytoczył przykłady wewnątrzgrupowej reakcji w różnych społeczeństwach pierwotnych, która była przeprowadzana zbiorowo, bez udziału czynnika kierującego, i polegała na natychmiastowym, jednoczesnym skierowaniu wspólnej agresji (wychłostaniu, pobiciu lub pozbawieniu życia) przeciwko sprawcy złamania jakiegoś zwyczajowego zakazu⁷⁰². Sytuowanie źródła zjawiska kary w zemście społecznej, która w bardziej rozwiniętych pod względem organizacyjnym społeczeństwach z reguły dokonywana jest za pośrednictwem państwa, znajduje swoje uzasadnienie zarówno w warstwie językowej⁷⁰³, jak i obserwacjach wskazujących, że „żądza zemsty tłumu” wyrażająca się aktami linczu lub sytuacjami, w których wyłącznie obecność organów odpowiedzialnych za utrzymanie bezpieczeństwa i porządku publicznego aktom takim zapobiega, nie jest zjawiskiem występującym jedynie w społeczeństwach pierwotnych,

⁶⁹⁸ Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., np. s. 24-25, 92; I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 23. Według S. Steinmetza „jeżeli zemstę rodową nazwiemy po prostu wojną [...] rozwiążemy całą zagadkę tego zjawiska, lub też raczej przestanie ona istnieć” (S.R. Steinmetz, *Ethologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, Leipzig 1894, s. 365; cyt. za: J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 268; idem, *Ewolucja kary*, op. cit., s. 121]).

⁶⁹⁹ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 17; J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 128.

⁷⁰⁰ Zob. B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 22-24.

⁷⁰¹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 306.

⁷⁰² J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 87-89.

⁷⁰³ J. Makarewicz dokonał analizy lingwistycznej określeń, za pomocą których kara nazywana była w różnych epokach i kulturach (także w prawach nieprymitywnych), wykazując, że co najmniej do czasów średniowiecza, słowo „zemsta” regularnie stosowane było jako jej synonim (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 234).

ale stanowi stały składnik społecznego funkcjonowania człowieka⁷⁰⁴. Reakcja taka może przybrać dwie najbardziej typowe formy, tj. uśmiercenia przestępcy (ewentualnie pobicia go lub wychłostania) albo wykluczenia go z grupy (wygnania)⁷⁰⁵. Pojawia się ona w społecznościach, w których nie ukształtowało się jeszcze prawo karne o bardziej rozwiniętej postaci albo czasowo nie spełnia ono swoich funkcji (np. podczas rewolucji lub niepokojów społecznych)⁷⁰⁶.

Na najbardziej pierwotnych etapach rozwojowych sposób dokonania egzekucji przez grupę był przypadkowy i nie zależał od charakteru popełnionego czynu, ale od środków dostępnych podczas dokonywania – często na miejscu popełnienia przestępstwa – spontanicznej zemsty⁷⁰⁷. Z uwagi na fakt, że w braku jakichkolwiek narzędzi (np. w sytuacji

⁷⁰⁴ J. Makarewicz wyciągnął z tego wniosek, że z „punktu widzenia psychologii tłum jako podmiot zbiorowy może być tożsamy z jednostką”, a zemsta publiczna od zemsty prywatnej różni się z punktu widzenia prawa i socjologii, ale nie pod względem psychicznym, jako wyraz pewnego nastroju jest z nią bowiem identyczna (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 235 i 245). Internetowa komunikacja społeczna na serwisach informacyjnych donoszących o różnych, bulwersujących opinię publiczną wydarzeniach, pokazuje jak wielu ludzi również obecnie wykazuje skłonność do ulegania tego rodzaju emocjom, które mogą doprowadzić do zjednoczenia grupy we wspólnym akcie zemsty. Potwierdza jednocześnie, że ciągle żywe jest, wywodzące się z wczesnych etapów rozwoju prawa karnego, przeświadczenie, że przestępca już przez sam czyn bezprawny stawia się poza prawem (zob. na ten temat J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 242). Presja opinii publicznej może być tak wielka, że faktyczny lincz dokonywany jest za pośrednictwem organów sądowych, na przykład w przypadku procesów o czary graniczyła ona z obłędem i prowadziła do tego, że nawet światli sędziowie wydawali wyroki wbrew swojemu przekonaniu (zob. G. Rejman, *Teorie i formy winy w prawie karnym*, Warszawa 1980, s. 91 i literatura tam powołana).

⁷⁰⁵ Osoba wykluczona z grupy traciła jakiekolwiek oparcie, nie tylko w walce z siłami natury, ale przede wszystkim stawiała się obcym dla wszystkich, a więc przedmiotem wrogości i agresji tak ze strony członków dawnej swojej grupy, jak i wspólnot ościennych (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 298-305). Z uwagi na warunki egzystencji w społecznościach pierwotnych, w których konieczne było grupowe współdziałanie w walce z siłami natury, dzikimi zwierzętami oraz wrogo nastawionymi obcymi, wykluczenie, oznaczające wyjęcie jednostki spod ochrony grupy (wyjęcie spod prawa), często do tego powiązane ze zrabowaniem, zniszczeniem gospodarstwa, spaleniem domu, zasypaniem studni itp., w zasadzie było równoznaczne z odroczonym pozbawieniem jej życia. Żona wyjętego spod prawa była uważana u Germanów za wdowę, a jego dzieci za sieroty. Wyjęciu spod prawa często towarzyszyło przyzwolenie, a nawet zachęty do uśmiercenia wygnanego lub uciekiniera (np. w prawie rzymskim, pierwotnym prawie germańskim, anglosaskim, lombardzkim, islandzkim, czarnogórskim czy średniowiecznym prawie polskim). Fakt pozbawienia jednostki ochrony ze strony grupy mógł być przy tym oznajmiony innym grupom, dla podkreślenia braku odpowiedzialności za jego zachowania i braku woli jego pomszczenia w przypadku wyrządzenia mu krzywdy przez obcych (np. u Indian Omaha oraz plemion malezyjskich). Niewątpliwie miało to racjonalne podstawy, jeżeli wziąć pod uwagę ogromne koszty ponoszone przez grupę w przypadku zaangażowania się w krwawą zemstę (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 235-245 i 264; idem, *Polskie prawo karne*, op. cit., s. 224-225; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 53; W. Wołodkiewicz, *Prawo karne...*, op. cit., s. 218).

⁷⁰⁶ Nie tylko w postaci spontanicznych reakcji grupowych, ale także nawrotu do „prawnego prymitywu” w prawie pisanym, czego przykład stanowią kolejne regulacje radzieckie z lat 1919-1929, przewidujące środki karne uznania za wroga rewolucji lub wroga ludu (co łączyło się z pozbawieniem obywatelstwa RFSRR [ZSRR], jak również wygnaniem z jego granic), a także wyjęcia spod prawa, które pociągało za sobą konfiskatę całego mienia skazanego i rozstrzelanie go w ciągu 24 godzin po stwierdzeniu tożsamości w razie jego zatrzymania (zob. A.A. Piontkowski [w:] *Prawo...*, red. A.A. Giercenzon, op. cit., s. 448-449; A. Bosiacki, *Utopia*, op. cit., s. 230).

⁷⁰⁷ Od towarzyszących jej okoliczności zależało w dużym stopniu także i to, czy w jej przebiegu w ogóle dochodziło do uśmiercenia przestępcy, czy też reakcja zatrzymywała się na wypędzeniu go (albo jego ucieczce),

ujęcia sprawcy na gorącym uczynku poza osadą) często dostępne były wyłącznie kamienie, popularną formę społecznej zemsty stanowiło ukamienowanie⁷⁰⁸. W zależności od sytuacji mogło jednak dojść do utopienia przestępcy, zrzucenia go ze skały czy też spalenia, jeżeli ukrył się we wnętrzu domu⁷⁰⁹. Dopiero w wyniku regularnego praktykowania przez grupę tego rodzaju reakcji wykształcały się precyzyjnie określone przez zwyczaj formy uśmiercania powiązane z rodzajem karanego przestępstwa⁷¹⁰.

W sytuacji, gdy taka reakcja, zwłaszcza podejmowana na miejscu popełnienia przestępstwa, jest natychmiastowa i spontaniczna, można mieć wątpliwości co do jej karnoprawnego charakteru⁷¹¹. Często jednak zemsta społeczna wykonywana *in corpore* przez całą społeczność mogła być inicjowana przez jedną lub kilka osób wpływowych, albo wykonywać decyzję podjętą przez strukturę organizacyjną stanowiącą zaczątek władzy politycznej (np. radę starszych u rdzennych mieszkańców Australii). W jeszcze innych przypadkach to jednostka występowała z inicjatywą „wypełnienia usługi dla grupy” i po uzyskaniu jednomyślnej zgody wymierzała karę, działając w imieniu i z upoważnienia całej społeczności⁷¹². Najczęściej, choć nie zawsze, był nią aktualny przywódca grupy⁷¹³. W ten właśnie sposób mogło dojść do wyewoluowania władzy karania jako jednego z atrybutów władzy politycznej. W społeczeństwach, w których ukształtowały się już zręby bardziej zinstytucjonalizowanego wymierzania sprawiedliwości (np. sądy plemienne⁷¹⁴), występowały relikty reakcji grupowej, polegające na przykład na tym, że ludność przychodziła uzbrojona „na sąd”, aby zabić przestępcę natychmiast po stwierdzeniu jego winy⁷¹⁵. Reliktami zemsty, zarówno prywatnej jak i publicznej, w społeczeństwach mających

co mogło też być połączone ze zniszczeniem jego domu i gospodarstwa (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 239).

⁷⁰⁸ Powszechne u ludów starożytnych, ale stosowane również przez plemiona germańskie czy berberyjskie (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 237-238).

⁷⁰⁹ Ibidem.

⁷¹⁰ Ibidem, s. 239.

⁷¹¹ I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 29-30.

⁷¹² J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 87-89. Z kolei u tubylców Australii usankcjonowany społecznie odwet, polegający na zgładzeniu winnego świętokradztwa, dokonywany był przez przymusowo wyznaczonego przez plemię (faktycznie tajną radę starszych) „kata”, który nie mógł odmówić wykonania zleconego mu zadania pod groźbą wyroku śmierci na niego samego (J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 92-93).

⁷¹³ W przypadku reakcji wobec niepoprawnego świętokradcy usunięciem winnego mógł zająć się też miejscowy szaman (zob. ibidem, s. 88-89).

⁷¹⁴ Uważa się nawet, że zbiorowe wykonywanie funkcji sądowniczej, służące kanalizowaniu „moralnego oburzenia” społeczności i ograniczenia dzięki temu negatywnych skutków zemsty krwawej, było jednym z ważnych czynników prowadzących do wykształcenia się zgromadzenia ludowego (zob. np. H.S. Maine, *Dissertations on Early Law and Custom*, London 1883, s. 170-171; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 32 i 103; idem, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 49 i 282).

⁷¹⁵ Taka praktyka występowała np. w Beninie, Loango oraz Angoli (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 237).

zinstytucjonalizowany wymiar sprawiedliwości były regulacje przyznające czynną rolę w egzekucji krewnym ofiary albo kolektywnie lokalnej społeczności (np. w braku możliwości skorzystania z usług kata wszyscy mieszkańcy gminy musieli czynnie współuczestniczyć w egzekucji)⁷¹⁶.

Jak z powyższego wynika karnoprawna reakcja grupy już na wczesnym etapie rozwoju cywilizacyjnego mogła być w pewnym stopniu zinstytucjonalizowana, a reguły wtórne, według których przebiegała, stabilne i dość wyraźnie sprecyzowane⁷¹⁷. Uporządkowana w swej formie zemsta społeczna mogła być reakcją np. na powtórne czy wielokrotne zabójstwo, zgwałcenie kilku kobiet należących do grupy czy to niepoprawne świętokradztwo, które w społeczeństwach tych postrzegane było jako zachowanie stwarzające niebezpieczeństwo doczesnych, negatywnych konsekwencji dla całej grupy w następstwie obrazy bóstwa czy sił nadprzyrodzonych. W takich przypadkach mogło dojść albo do bezpośredniego odwetu (często zbiorowego linczu, przy czym dla uniknięcia zemsty w egzekucję angażowali się przedstawiciele różnych klanów i podklanów), albo do pozbawienia przestępcy ochrony jego klanu, w związku z czym mógł być on zabity przez każdego przy okazji popełnienia nowego przestępstwa⁷¹⁸. Na prawny charakter tego rodzaju odwetu wskazuje nie tylko fakt jego realizacji w imieniu zbiorowości i sprecyzowane formy uzyskiwania jej zgody⁷¹⁹, ale również – i najbardziej dobitnie – to, że przynajmniej w niektórych społecznościach, krewnym zabitego nie przysługiwało uprawnienie do zemsty krwawej⁷²⁰.

Opisane powyżej przypadki, w których zbiorowy odwet przybierał wyraźne ramy normatywne, mają wspólny mianownik: dotyczą tzw. „kulturowego recydywisty”. W społeczeństwach przedpaństwowych popełnienie negatywnie ocenianego czynu (nawet tak poważnego, jak zabójstwo, zgwałcenie czy kradzież) z reguły traktowane było przede wszystkim jako konflikt pomiędzy jednostkami i ich rodzinami⁷²¹, który rozwiązywany był przez samopomoc lub mediację grupy zmierzającą do nakłonienia stron konfliktu do zaoferowania i przyjęcia odszkodowania, co pozwalało zakończyć stan destabilizacji życia

⁷¹⁶ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 247.

⁷¹⁷ Zob. ibidem, s. 280-281.

⁷¹⁸ Zob. I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 29-30.

⁷¹⁹ O różnym stopniu sformalizowania – od prostego wyjednania jej po kolei od wszystkich dorosłych mężczyzn u Eskimosów, po złożone formy praktykowane u tubylców Australii, obejmujące decyzję tajnej rady starszych, powiadomienie o niej grupy rodowej „skazanego”, wyznaczenie *Mulunguwy* (jednorazowego „kata” plemiennego) (zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 88-94; J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 133).

⁷²⁰ Np. u Eskimosów czy Huronów (J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 88-89).

⁷²¹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 270-271.

społecznego⁷²², albo przy pomocy innych praktyk spełniających tożsame funkcje, jak np. słowiańska „pokora”⁷²³, czy wspomniane już wcześniej pojedynki sądowe. Natomiast „kulturowy recydywista”, który poprzez kilkakrotne popełnienie czynu ujawniał taki poziom antyspołecznej postawy, że jego obecność stwarzała ogólne poczucie zagrożenia, z reguły uruchamiał w tych społecznościach reakcję grupy jako całości, i to najdalej idącą. Przestępcą nie był już jedynie prywatnym wrogiem pokrzywdzonego i jego krewnych, ale stawał się niebezpiecznym wrogiem publicznym⁷²⁴. Zdaniem J. Kurczewskiego bezpośrednio, publiczne przywracanie ładu społecznego naruszonego przez działalność „recydywisty kulturowego” (np. zidentyfikowanego jako czarownika, któremu przypisuje się kilka zabójstw lub chorób uznanych za skutek złośliwych praktyk magicznych) przez grupę działającą jako całość, pojawia się prawdopodobnie we wszystkich społeczeństwach prymitywnych, nawet na najniższym stopniu rozwoju⁷²⁵.

W społeczeństwach pierwotnych zbiorowo karany był więc właściwie nie tyle współcześnie pojmowany czyn, ale raczej antyspołeczne właściwości jego sprawcy, które mogły znaleźć wyraz właśnie w popełnieniu lub ponownym popełnieniu takiego czynu. Przyczyną ukarania mogły być jednak już same w sobie właściwości jednostki, z powodu których uznawaną ją, często na podstawie zabobonów⁷²⁶, za szkodliwą lub nieprzydatną dla grupy, choćby nie miała ona żadnego wpływu na ich istnienie. Typowe na niskim poziomie rozwoju cywilizacyjnego represje wobec starców i osób ułomych fizycznie lub psychicznie,

⁷²² Rozwiązywanie konfliktów w drodze mediacji stanowi uniwersalium kulturowe (S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 621; zob. też J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 12-14). Symptomatyczne jest, że im większa była odległość między siedzibami zwaśnionych w wyniku zabójstwa rodzin, tym bardziej prawdopodobne było, że dojdzie do zemsty krwawej, ponieważ wraz z odległością malało zainteresowanie opinii publicznej współpracą, jak również znaczenie tej opinii dla zainteresowanych (J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 13). W stosunkach z innymi grupami lokalnymi podstawową zasadą była nieograniczona zemsta krwawa, dziedziczona przy tym z pokolenia na pokolenie (ibidem, s. 92). W zależnościach tych niewątpliwie odbija się wpływ doboru łącznego oraz logiki sum niezerowych w ramach relacji altruizmu wzajemnego.

⁷²³ Instytucje rozwiązujące konflikt w drodze samoupokorzenia się przestępcy były rozpowszechnione na całym świecie (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 252 i 292-293; idem, *Polskie prawo karne*, op. cit., s. 302).

⁷²⁴ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 88-89 i 109; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 158-160. Bliższego nam historycznie i kulturowo przykładu działania tego samego mechanizmu dostarcza chorwacki Statut z Vinodol (*Vinodolski zakonik*) z 1288 roku, który szeroko przewidywał kompozycję (także w przypadku morderstwa czy uszkodzenia ciała), wyłączał natomiast możliwość uchylenia się za pomocą okupu od kary śmierci za ponowne podpalenie (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 256).

⁷²⁵ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 243; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 270-271; B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 130. Statut Wiślicki przewidywał infamujące konsekwencje skazania za przestępstwo popełnione z chęci zysku, jak kradzież czy rabunek, jedynie wtedy, gdy zostało popełnione przez sprawcę zawodowego albo powracającego do przestępstwa po dwukrotnym ukaraniu (J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 355-356). Popełnienie tego rodzaju przestępstwa przez sprawcę zawodowego skutkowało przy tym zmianą trybu ścigania z prywatnoskargowego na urzędowy (ibidem, s. 58).

⁷²⁶ Na przykład wiary w szkodliwy wpływ na innych ze strony osoby o jakichś specyficznych cechach fizycznych lub psychicznych nie przez określone jej działanie, ale przez irradiację zła w związku z przyrodzoną właściwością szkodnika (zob. I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 42).

w tym zwłaszcza ich usuwanie ze społeczności, nie stanowiły jedynie zabiegów społeczno-politycznych, ale przejaw karzącej reakcji wynikającej z potrzeby odwetu powodowanej przez właściwości tych osób, ich zrzędlivość, nieproduktywność, uciążliwość dla grupy itp.⁷²⁷

Mechanizm pierwotnej reakcji karnej próbowała wyjaśnić teoria instynktu upodobnienia, zgodnie z którą w naturze ludzkiej leży potrzeba naśladownictwa utrwalonych w grupie szablonów myślenia, odczuwania i zachowania oraz towarzysząca temu dezaprobatą wobec osób, które od nich odstają, przy czym instynkt ten jest tym silniejszy, im bardziej odnosi się do podstawowych przejawów egzystencji człowieka⁷²⁸. Pierwotne ujemne reakcje zbiorowości skierowane były przeciwko każdemu, kto odbiegając od społecznego wzorca, godził w instynkt upodobnienia pozostałych członków grupy⁷²⁹. Na wczesnym etapie rozwoju społeczeństwa pojęcie zachowania dewiacyjnego (wykraczającego poza powszechnie przyjęte normy społeczne)⁷³⁰ i przestępstwa właściwie stapiały się w jedność.

Teoria instynktu upodobnienia jako psychologicznego podłoża reakcji karnej jest przekonująca, ma bowiem oparcie w ustaleniach współczesnych nauk o człowieku⁷³¹. Wskazują one na uniwersalną skłonność ludzkiego umysłu do posługiwania się różnego rodzaju heurystykami, które przyspieszając lub upraszczając procesy decyzyjne, mają co do zasady adaptacyjny wymiar. Taki właśnie charakter mają m. in. nastawienie konformistyczne (*conformist bias*), polegające na skłonności do powielania zachowań realizowanych przez większość, nastawienie na autorytety (*prestige bias*), które wyraża się we wzorowaniu się na jednostkach wpływowych i takich, które osiągnęły sukces⁷³², skłonność do kategoryzacji społecznej⁷³³ czy tzw. podstawowy błąd atrybucji⁷³⁴. Karanie zachowań

⁷²⁷ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 158-160.

⁷²⁸ B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 121-123.

⁷²⁹ Ibidem, s. 123-134.

⁷³⁰ Zob. A. Giddens, *Socjologia* [tyt. oryg. *Sociology. A Brief but Critical Introduction*], tłum. A. Szulżycka, Warszawa 2004 [wyd. oryg. London 1982], s. 240-244.

⁷³¹ Na przykład badania na obszarze psychologii inwestowania wykazały istnienie efektu *home-bias*, polegającego na preferowaniu tego, co znane. Prawdopodobnie jest to jeden z przejawów bardziej ogólnej właściwości ludzkich procesów decyzyjnych, jaką jest dążenie do unikania niejasności, nawet gdy nie jest to racjonalne (zob. T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 55-56).

⁷³² W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 55. Już K. Darwin wyraził przypuszczenie, że skłonność do „dochowowywania wiary swym bliźnim i słuchania rozkazów wodza lub naczelnika” jest dziedziczona i należy do biologicznego wyposażenia wszystkich zwierząt społecznych (zob. K. Dawin, *O pochodzeniu człowieka*, op. cit., s. 135).

⁷³³ Polega ona na przypisaniu konkretnej osobie określonych cech na podstawie samej jej przynależności do określonej grupy społecznej (zob. *Psychologia społeczna Blackwella* [tyt. oryg. *The Blackwell Encyclopedia of Social Psychology*], red. A. S. R. Manstead, M. Hewstone, wyd. pol. red. J. Czapliński, Warszawa 1996 [wyd. oryg. Oxford 1995], s. 405).

⁷³⁴ Polegający na przecenianiu, przy ustalaniu przyczyn określonego negatywnie wartościowanego zdarzenia, indywidualnych właściwości sprawcy i jednoczesnym niedocenianiu czynników zewnętrznych (zob. D.G. Myers, *Psychologia społeczna* [tyt. oryg. *Social Psychology*], tłum. A. Bezwińska-Walerjan, Poznań 2003 [wyd. oryg. New York 2008], s. 98-99). Dostrzec można w nim przejaw działania modułu „wykrywania

niekonformistycznych, naruszających normę społeczną, wydaje się być kolejną tego rodzaju heurystyką. Ocena według kryterium konformizacji stanowi bowiem szybki i uproszczony, ale zadowalająco skuteczny, test umożliwiający identyfikację zachowań potencjalnie szkodliwych dla interesów grupy. Zjawiska kategoryzacji społecznej oraz podstawowego błędu atrybucji mogą wyjaśniać siłę zakorzenienia w społeczeństwie skłonności do postrzegania przestępstwa przez pryzmat jego sprawcy, a nie popełnionego czynu, co znajduje swoje odzwierciedlenie w nieustannie nawracającym w historii prawa karnego motywie społecznego niebezpieczeństwa sprawcy jako podstawy reakcji karnej⁷³⁵.

Instynkt upodobnienia zdaje się być tym czynnikiem, który wpływa także na kształtowanie się samej reakcji społecznej na odstępstwa od wzorca społecznego. Nie ma przecież podstaw by wątpić, że na zachowania jednostek także w tym zakresie wpływały konformizujące skłonności umysłu ludzkiego. Można zatem przypuszczać, że działa tutaj rodzaj sprzężenia zwrotnego polegającego na tym, że nastawienie konformistyczne i skłonność do naśladownictwa sprzyjają wytwarzaniu się powszechnych regularności w zakresie karzącej reakcji społecznej (aspekt eksternalny regulacji wtórnej), które następnie jako powszechnie praktykowane zostają uznane za powinne (jej aspekt internalny). Fakt ukarania nabierał w ten sposób znaczenia prejudykatu, a kiedy precedensy się mnożyły, pojawiło się prawo zwyczajowe⁷³⁶. Z czasem, już po powstaniu organizacji państwowych i wynalezieniu pisma, zjawiska które w prawie zwyczajowym rozpoznawane były jako szkodliwe i w związku z tym funkcjonowały jako przestępstwa, ujmowane były w zbiory prawa pisanego będące początkiem kodyfikacji⁷³⁷. Ustawowa konstrukcja przestępstwa początkowo miała więc charakter wtórny i wynikała z mniej lub bardziej dokładnego podpatrzenia przez prawodawcę pozaustawowej rzeczywistości przestępstwa⁷³⁸.

Z perspektywy współczesnego porządku prawnego, zwłaszcza w kręgu kultury prawa kontynentalnego, wizja przestępstwa pozaustawowego niewątpliwie przedstawia się jako powrót do „prawnego prymitywu”: stanu anachronicznego i antygwarancyjnego, a przez to

oszustw”, filtrującego całą postrzeganą przez człowieka rzeczywistość społeczną z perspektywy uczestnictwa w grach niezerowych z udziałem innych istot zdolnych do dowolnego wyboru własnego zachowania.

⁷³⁵ Dodatkowo wpływ na to może mieć fakt, że społeczna szkodliwość czynu jest kategorią odnoszącą się do przeszłości, czegoś co się już wydarzyło, tymczasem, jak słusznie zauważył A. Spotowski, społeczne niebezpieczeństwo sprawcy jest oceną zwróconą ku przyszłości (A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 20-21). Wydaje się, że właśnie z tego powodu mem „niebezpiecznego sprawcy” jest tak nośny społecznie.

⁷³⁶ J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 42; idem, *Wstęp...*, op. cit., s. 157.

⁷³⁷ P. Horoszowski, *Kryminologia*, Warszawa 1965, s. 14-16; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 12-14.

⁷³⁸ B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 3; S. Grzybowski, *Dzieje prawa. Opowieść, refleksje, rozważania*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1981, s. 167; J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 157.

bardzo niebezpiecznego dla wolności i bezpieczeństwa jednostki, który może otwierać drogę powrotu do punktu, z którego prawo karne wyszło, to jest do odpowiedzialności opartej na społecznym niebezpieczeństwie sprawcy, a nie czynu⁷³⁹. Pierwszorzędne znaczenie mają w związku z tym wszystkie te osiągnięcia ewolucji prawa karnego (w szczególności zaś zasada *nulum crimen sine lege*), dzięki którym współczesna ustawa karna stanowi kartę wolności (*magna charta*) jednostki naruszającej interes społeczny, gwarantującą, że nie zostanie ona ukarana za nic, co nie jest w ustawie przewidziane⁷⁴⁰. Nadal żywe jest jednak podłoże współczesnego pojęcia przestępstwa, które tworzą upowszechnione w społeczeństwie przeżycia powinnościowe, będące normatywnym wyrazem biologicznie ukształtowanego instynktu odwetu. Tkwią one głęboko pod powierzchnią stanowionego prawa karnego, jednak w sytuacjach ostatecznych, gdy ujawnia się fundamentalna rozbieżność pomiędzy tym, co wynika z wykształconych w sferze normatywnej konwencji, a potrzebami społecznymi, prawnicze pojęcie przestępstwa ustępuje, i to właśnie te potrzeby stają się podstawą praktyki karnoprawnej. W takiej sytuacji wysublimowane wnioski prawnicze mogą zostać użyte *ex post* dla uzasadnienia podjętej decyzji, ale to nie one, lecz głęboko zakorzenione intuicje sprawiedliwościowe, są rzeczywistym jej źródłem⁷⁴¹.

Dla zobrazowania tej tezy wystarczy odejść od rutynowej analizy przypadków wzorcowych i posłużyć się przykładem o charakterze granicznym. Jak to już wskazywano, w literaturze prawniczej dotyczącej odpowiedzialności zbrodniarzy hitlerowskich, jak również w samym uzasadnieniu wyroku Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, przedstawiono szereg typowo prawniczych argumentów mających wykazać istnienie niesprzecznej z zasadą *nullum crimen sine lege poenali, nulla poena sine lege* materialnoprawnej podstawy wymierzenia kary za popełnione w czasie II wojny światowej zbrodnie wojenne, przeciwko pokojowi i ludzkości. Miały one jednak charakter jedynie fasady służącej ubraniu w akceptowalne dla prawników „szaty” dogmatyczne faktycznej podstawy skazania. To, co w rzeczywistości legło u podstaw wyroku, w najbardziej z tej perspektywy kontrowersyjnej części, tj. w odniesieniu do zbrodni przeciwko ludzkości, najlepiej oddają słowa Arthura Goodharta: „Reguła, czy zasada

⁷³⁹ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 105-116.

⁷⁴⁰ Zob. F. v. Liszt, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, [w:] *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Zweiter Band. 1892 bis 1904*, Berlin 1905, s. 60; J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, op. cit., s. 6; idem, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 10; idem, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 105.

⁷⁴¹ Zob. R. Pound, *The Theory of Judicial Decision*, Cambridge [USA, Mass.] 1923, s. 293. Wbrew ukształtowanemu pod wpływem postulatów Oświecenia i utrwalonemu zwłaszcza w kulturze prawa kontynentalnego modelowi wnioskowania sylogistycznego, w rzeczywistości klasyczny sylogizm jest raczej formą racjonalizacji *ex post*, a nie drogą dojścia do decyzji (I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 249).

sprzeciwiająca się stosowaniu prawa *ex post facto* pochodzi z prawa natury, wedle którego nie powinno się karać nikogo za czyn, o którym w chwili popełnienia go nie mógł wiedzieć, że stanowi przestępstwo. Czyż można jednak poważnie argumentować, że człowiek, który świadomie skazał na śmierć miliony swych bliźnich, może w chwili pociągnięcia go do odpowiedzialności bronić się, że nie wiedział, że popełnia przestępstwo?”⁷⁴². Kryminalizacja zawarta w art. VI Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, choć sprzeczna z zasadą *nullum crimen sine lege* w jej ścisłym znaczeniu⁷⁴³, nie była jednak retroaktywna, nie naruszała bowiem wymogu przewidywalności karnoprawnych konsekwencji czynu. Zgeneralizowanym wzorcem dla takiej prognozy, dostępnym *ex ante* również dla samych sprawców, było bowiem powszechne przekonanie o przestępczym charakterze czynów tej kategorii.

3. Związki prawa karnego z normami religijnymi

3.1. Hipoteza sakralnej genezy prawa karnego

Pierwszą kategorią czynów uruchamiających zemstę publiczną były te, które uważano za zagrożenie dla grupy jako całości⁷⁴⁴. Jako zamach na spójność grupy postrzegano natomiast przede wszystkim to, co podważało jej wierzenia stanowiące podstawę jej organizacji (np. naruszenie tabu)⁷⁴⁵. Na początkowym etapie rozwoju cywilizacyjnego prawo i religia stapiały się ze sobą w jeden system normatywny⁷⁴⁶.

Monizm normatywny objawiał się także i tym, że w zjawisku kary współlistniały w sposób nierozdzielny elementy odwetowe i ekspiacyjne. Te ostatnie stanowiły wyraz dążenia grupy do zabezpieczenia się przed negatywnymi konsekwencjami, jakie – zgodnie z wierzeniami – mogły być następstwem niezadowolenia sił nadprzyrodzonych albo stosowania magii⁷⁴⁷. Reakcja grupowa mogła polegać, podobnie jak w przypadku zwykłego

⁷⁴² A.L. Goodhart, *Uwagi...*, op. cit., s. 30; zob. też Lord Wright, *War Crimes under International Law*, „Law Quarterly Review” 1946, Vol. 62, s. 48-49; Q. Wright, *The Law of the Nuremberg Trial*, „The American Journal of International Law” 1947, Vol. 41, s. 61.

⁷⁴³ Art. VI c) Karty nie powoływał żadnej zewnętrznej normy prawnej, wobec czego ocenę bezprawności działania poza samym Statutem mogły stanowić tylko ogólne, powszechnie przyjęte przez cywilizowane narody standardy bezprawności (zob. T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo...*, op. cit., s. 306).

⁷⁴⁴ W różnych kulturach mogła to być zdrada, podpalenie, zdrada małżeńska, czary, brak szacunku dla wodza, szpiegostwo, bunt itp. (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 271 i 289-292).

⁷⁴⁵ I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 31-32.

⁷⁴⁶ Tak m.in. L. Gernet, *Athrpologie de la Grèce antique*, Paris 1968; cyt. za: M. Mazoyer, C. Koray Zeynep, *O „kodeksie heteyckim”*, op. cit., s. 112; zob. też B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 461.

⁷⁴⁷ Zob. I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 48-52; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 172.

sporu pomiędzy jednostkami, na podjęciu w pierwszej kolejności próby kompromisowego rozwiązania konfliktu (w tym przypadku z siłami nadprzyrodzonymi), np. w drodze złożenia krwawej ofiary przez wszystkich członków grupy. Dopiero, gdy nie przynosiło to oczekiwanego rezultatu dokonywane było zbiorowe, ekspiacyjne zabójstwo sprawcy⁷⁴⁸. Analogiczną reakcję grupy mogło wywołać uchylanie się od uczestnictwa w obrzędach, w których musieli uczestniczyć wszyscy członkowie społeczności pod groźbą mistycznej sankcji zagrażającej nie tylko winnemu, ale i całej społeczności. Sankcje świeckie często były więc konsekwencją obawy przed sankcjami nadprzyrodzonymi, które mogły spaść na całą społeczność w związku z brakiem reakcji na niewłaściwe postępowanie jej członka⁷⁴⁹. W ostatecznym rozrachunku reakcję odwetową zawsze wywoływało zagrożenie dla grupy z powodu właściwości lub postępowania jej członka. Współistnienie elementu sakralnego w niczym nie zmieniało istoty reakcji społecznej jako kary⁷⁵⁰.

J. Makarewicz wyraził przypuszczenie, że pierwsze ogólne normy dotyczące porządku społecznego ukształtowały się właśnie jako normy religijne⁷⁵¹. Przekształcenie się pierwotnej reakcji karnej, przebiegającej *a casu ad casum* i bez udziału abstrakcyjnych uzasadnień (te bowiem nie były możliwe z uwagi na nie rozwiniętą jeszcze zdolność do tworzenia uogólnień oraz operowania ideami zamiast konkretnymi, rzeczywistymi sytuacjami), w odpłatę opartą na myśli o porządku społecznym dotyczącym społeczeństwa jako całości i realizującą ogólne normy, było konsekwencją rozwoju wiary w duchy przodków i ich zdolność do ożywiania różnych przedmiotów, w których mogą się one zadomowić⁷⁵². Ich obecność czyniła świętymi i nietykalnymi określone przedmioty, miejsca, rośliny, zwierzęta czy osoby. Myśl o tym, że pewne przedmioty i ich klasy podlegają ochronie przed

⁷⁴⁸ Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 105. W rzymskiej epoce królewskiej wykonanie kary śmierci zawsze miało zarazem charakter czynności ofiarnych, na co wskazuje użycie przy ich wykonywaniu topora – narzędzia pracy rzeźnika rytualnego – oraz posługiwanie się słowem *supplicium*, które oznacza zarówno ofiarę dla prześlągania bogów, jak i karę śmierci. Przestępcę poświęcano temu bóstwu, które zostało obrażone. Sakralne podłoże miało również wydalenie z rzymskiej wspólnoty przeklętego (*sacer*) za popełnienie czynu uznanego za ciężką obrazę bogów, równoznaczne z prawem do bezkarnego zabicia go przez każdego członka społeczności (*consecratio*). Ofiarowanie przestępcy urażonemu bóstwu praktykowane było m. in. na Taiti, w Meksyku, u Irokezów, wśród plemion Mongolii, w państwie Dahomei, w starożytnych Atenach, w prawie starogermańskim, fryzyjskim i na terenie Skandynawii (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 262-263; zob. też idem, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 27; idem, *Metoda...*, op. cit., s. 6 i 13; idem, *Ewolucja...*, op. cit., s. 154-156; W. Litewski, *Rzymski proces karny*, Kraków 2003, s. 23; W. Wołodkiewicz, *Prawo karne...*, op. cit., s. 220; C. Kunderewicz, *Rzymskie prawo prywatne*, Łódź 1995, s. 153; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 98; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 53). Miejsce wykonania kary (określone drzewo czy topiel) często wybierane było, ponieważ według wierzeń stanowiło siedzibę bóstw (K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2009, s. 140).

⁷⁴⁹ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 119-121; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 261.

⁷⁵⁰ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 261.

⁷⁵¹ Zob. J. Makarewicz, *Metoda...*, op. cit., s. 10-11.

⁷⁵² J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 174-178.

uszkodzeniem była właśnie tym, co doprowadziło do wykształcenia się abstrakcyjnej idei porządku społecznego⁷⁵³.

Choć rozwój wierzeń bez wątpienia miał zasadniczy wpływ na ewolucję innych składników kultury, w tym systemów normatywnych i współdziałających z nimi ideologii, to jednak przytoczona koncepcja, traktowana jako opis uniwersalnego mechanizmu rozwojowego, nie jest do końca przekonująca.

Po pierwsze, wątpliwości budzi już samo założenie, że na najwcześniejszych etapach rozwoju cywilizacyjnego, społeczność stanowiła wyłącznie sumę jednostek i nie było niczego co mogłoby szkodzić całości, ponieważ nie istniało jeszcze jej pojęcie, a tylko fakty i czyny, które zagrażały wszystkim⁷⁵⁴. Ludzka zdolność do posługiwania się logicznym rozróżnieniem całości i części, podobnie jak i innymi kategoriami logicznymi oraz pojęciami abstrakcyjnymi ma bowiem charakter uniwersalny, niezależnie od stopnia rozwoju cywilizacyjnego⁷⁵⁵.

Po drugie, J. Makarewicz, choć dostrzegał ewolucję wierzeń od rudymen tarnej postaci wiary w duchy przodków aż po wykształcenie się abstrakcyjnej idei bóstwa⁷⁵⁶, nie trafnie uważał jednak, że ich wpływ na prawo karne pojawił się dopiero w drugiej fazie jego rozwoju, określanej przez lwowskiego uczon ego mianem teokratycznej. Natomiast w pierwszym jego stadium przestępstwo definiować miała wyłącznie wola silniejszego, oderwana od wszelkich elementów sakralnych do czasu wytworzenia się „wyższych pojęć religijnych”⁷⁵⁷.

Nie ma potrzeby wdawać się w spór o istotę religii i jej genezę⁷⁵⁸, na potrzeby ewolucyjnej analizy zjawisk normatywnych za B. Malinowskim można natomiast przyjąć,

⁷⁵³ Zob. *ibidem*.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, s. 147 i 157-158.

⁷⁵⁵ S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 619. Na gruncie antropologii już w czasach B. Malinowskiego toczył się spór o to, czy istnieje zasadnicza jakościowa różnica w zakresie procesów intelektualnych pomiędzy ludźmi żyjącymi w kulturach prymitywnych, a tymi ze społeczeństw rozwiniętych. Cytowany przez B. Malinowskiego E.S. Hartland uważał, że pierwotna kultura była bezkształtna i stanowiła beznadziejne przemieszanie elementów prawa, religii, magii, medycyny itp., odzwierciedlając „pierwotną prelogiczną mentalność dzikich” (B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 43). Zdaniem B. Malinowskiego stanowisko to było zbyt jednostronne. Posługując się licznymi obserwacjami wykazał on, że w swoich zajęciach związanych z rolnictwem, żeglarstwem czy rybołóstwem Triobriandczycy wykazują się biegłą znajomością prawideł przyrodniczych, od których zależy skuteczność ich działań (np. zrozumieniem zależności pomiędzy budową i proporcjami łodzi oraz jej wyposażenia a zachowaniem podczas żeglowania) i ta sfera jest wolna od elementów sakralnych i magicznych. Znajdują one swoje zastosowanie dopiero wtedy, gdy zachodzi potrzeba przewidywania niepewnej przyszłości, a zwłaszcza niebezpieczeństw (B. Malinowski, *Dzieła*, t. 7, *Magia, nauka i religia*, [tyt. oryg. *Magic, Science and Religion*], tłum. B. Leś, Warszawa 1990 [wyd. oryg. {w:} *Science, Religion and Reality*, London-New York-Toronto 1925], s. 380-384).

⁷⁵⁶ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 168.

⁷⁵⁷ Zob. *ibidem*, s. 147-167.

⁷⁵⁸ Przypomina on, zarówno w swej osnowie, jak i co do wielu problemów szczegółowych oraz proponowanych ich rozwiązań, spór o istotę i genezę prawa (zob. *Religia*, [w:] *Wielka Encyklopedia PWN*, t. 23, red. J. Wojnowski, Warszawa 2004, s. 240-242; B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 21).

że jest nią każdy zbiór wierzeń i praktyk odnoszących się do sił nadprzyrodzonych i powiązanych w organiczny system, który wyraża się w życiu społecznym szeregiem aktów kultu regularnego, publicznego i przymusowego, opartych na tradycji (mitologicznej w niższych społeczeństwach, a teologiczno-dogmatycznej w wyższych), i szeregiem norm postępowania określonych również tradycją, ściśle powiązanych z dogmatami kultu i dysponujących obok społecznej, także sankcją nadprzyrodzoną⁷⁵⁹. Tak rozumiana religia, obok bardziej rozwiniętych form, spełniających kryteria przedstawione przez J. Makarewicza, obejmuje także postacie bardziej pierwotne, np. animizm czy totemizm, nie uwzględnia natomiast poszczególnych, luźnych wierzeń, takich jak przesady, zabobon, praktyki czarnoksiężskie, ani zbiorów tego rodzaju wierzeń i praktyk, czyli magii. Nie tworzą one bowiem organicznej całości, nie są oparte na organizacji społecznej i nie mają przymusowego charakteru, a do tego mogą być traktowane jako błędne systemy praw przyrodniczych⁷⁶⁰.

Religia występuje w każdej społeczności ludzkiej⁷⁶¹, ponieważ jest wyrazem „zasadniczych własności duszy ludzkiej” oraz poczucia bezradności człowieka w stosunku do otaczającego świata, postrzegania występujących w nim zagrożeń jako kary za własne przewinienia oraz prób zabezpieczenia się przed nią⁷⁶². Błąd w koncepcji J. Makarewicza polegał, jak się wydaje, właśnie na pominięciu, że wszelkie, także najbardziej pierwotne, formy kultu i rytuału były ściśle powiązane z działaniami praktycznymi i potrzebami psychicznymi, dlatego też zawsze istniał ścisły związek pomiędzy organizacją społeczną i wiarą religijną⁷⁶³.

⁷⁵⁹ B. Malinowski, *Dziela*, t. 7, *Totemizm i egzogamia* [tyt. oryg. *Totemism and Exogamy*], tłum. B. Leś, D. Praszałowicz, Warszawa 1990 [wyd. oryg. London 1910], s. 67.

⁷⁶⁰ Ibidem, s. 59 i 68-69; idem, *Dziela*, t. 7, *Magia...*, op. cit., s. 370-372.

⁷⁶¹ Na liście uniwersaliów kulturowych D. Browna ujęto kategorię „Wiara w siły nadprzyrodzone / religia”, a także szereg innych o zbliżonym charakterze, jak np. rytuały, rytuały związane ze śmiercią, wierzenia dotyczące śmierci (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 617-621). Z kolei G. Murdock za uniwersalia kulturowe uznał obrzędy pogrzebowe, ofiary błagalne składane siłom nadprzyrodzonym oraz rytuały religijne (G.P. Murdock, *The Common...*, op. cit., s. 123-142; zob. także B. Malinowski, *Dziela*, t. 7, *Magia...*, op. cit., s. 368).

⁷⁶² B. Malinowski, *Dziela*, t. 7, *Totemizm...*, op. cit., s. 64. Religia i prawo mają więc wspólną podstawę: opierają się na biologicznie ukształtowanych, elementarnych przeżyciach moralnych (odzwierciedlonych w takich uniwersaliach kulturowych jak „odróżnianie dobra od zła” i „odróżnianie dobrych i złych uczynków”), oddziaływaniu zasady *do ut des* („odwzajemnienie negatywne – odwet / zemsta”, „odwzajemnienie pozytywne”) oraz bezstronnego elementu tymotejskiego („Ja obarczone odpowiedzialnością”) (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 617-620; B. Malinowski, *Dziela*, t. 7, *Magia...*, op. cit., s. 370; W. Makowski, *Podstawy filozofii prawa karnego*, t. 1, Warszawa 1917, s. 157). Jako to ujął J. Makarewicz, „skoro zemsta to uczucie dobrze znane pierwotnemu człowiekowi i głęboko zakorzenione w jego duszy” to dlaczego zmarli przodkowie, „którzy kierują mechanizmem świata, od których zależy burza [...], trzęsienie ziemi i wyniszczająca epidemia, [...] mieliby być pozbawieni tego uczucia?”, a jeżeli nie są to „co bardziej mogłoby ich obrazić niż nieposłuszeństwo wobec przepisów, jakie w dobrych intencjach dali swoim potomkom?” (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 169; idem, *Metoda...*, op. cit., s. 4-5).

⁷⁶³ B. Malinowski, *Dziela*, t. 7, *Magia...*, op. cit., s. 374.

3.2. Koewolucja zjawisk przestępstwa, religii i władzy

Wierzenia o charakterze religijnym stały się spoiwem umożliwiającym funkcjonowanie grup, których liczebność – dzięki rozwojowi opartemu na wzajemnej wymianie – wzrosła tak bardzo, że wcześniejsze formy kontroli zachowań, skuteczne w mniejszych społecznościach, okazały się już niewystarczające. Groziło to załamaniem się społecznej kooperacji z uwagi na brak możliwości efektywnej kontroli indywidualnego wkładu w dobro wspólne, a w konsekwencji utratą przez grupę zdolności do przeciwstawiania się inwazji od wewnątrz strategii niekooperatywnych i pasożytniczych⁷⁶⁴. Wraz z postępami ewolucji kulturowej wykształcały się coraz bardziej złożone mechanizmy utrzymania spójności społeczeństwa, lecz na wczesnych etapach rozwoju zasadniczą rolę pełniła w tym religia. Dostarczała ona wspólny dla wszystkich członków grupy model myślowy, dzięki któremu możliwe stało się zbiorowe współdziałanie na wielką skalę, co wynikało z oparcia go na tożsamyh przeżyciach afektywnych, jak te, które pierwotnie stanowiły wyposażenie biologiczne zapewniające współpracę jedynie w wąskim kręgu krewnych. Bez tego afektywnego podłoża współpraca społeczna i altruizm, oparte wyłącznie na racjonalnych podstawach, nie mogłyby osiągnąć takiego poziomu, jaki jest rzeczywiście obserwowany w społecznościach ludzkich⁷⁶⁵. Dodatkowo, z uwagi na ludzką skłonność do konformizmu, oparty na religii rytuał, dzięki swojej standaryzacji i powtarzalności, przyczyniał się do zdefiniowania danej społeczności, wytyczając jej granice i odróżniając od innych. W ten sposób wierzenia oraz oparte na nich rytuały, wykraczając poza pierwotną rolę wyjaśniania otaczającej rzeczywistości, stały się wartością samą w sobie i samoistnym celem działań⁷⁶⁶. Nieuchronne w związku z tym było ich objęcie ochroną ze strony grupy, która reagowała potężającym odwetem na każdy przypadek ich naruszenia.

Im mniej rozwinięta kultura, tym bardziej kolektywistyczna religia: stanowisko człowieka wobec niej w coraz mniejszym stopniu pozostawione jest jego woli i uznaniu, a w coraz większym spełnianie aktów kultu i norm etycznych stanowi obowiązek, nad przestrzeganiem którego czuwa ogół⁷⁶⁷. Oprócz tego, z powodu deficytu prawdziwych informacji o otaczającej rzeczywistości, zdolność jej odróżnienia od świata nadprzyrodzonego

⁷⁶⁴ Zob. M. Olson, *The Logic of Collection Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge [USA, Mass.]-London 1971, s. 53-65; N. Wade, *The Faith Instinct: How Religion Evolved and Why It Endures*, New York 2009.

⁷⁶⁵ Zob. D.C. North, A. Denzau, *Shared...*, op. cit., s. 3-31.

⁷⁶⁶ F. Fukuyama, *Historia...*, op. cit., s. 56.

⁷⁶⁷ B. Malinowski, *Dziela*, t. 7, *Totemizm...*, op. cit., s. 65.

jest niewielka, stąd też obie sfery w dużym stopniu się przenikają⁷⁶⁸. W przypadku społeczeństw pierwotnych nie jest możliwe ściśle odróżnienie prawa od religii za pomocą kryterium samoistności sankcji społecznej (braku sankcji nadprzyrodzonej)⁷⁶⁹, ponieważ na długich etapach rozwoju systemów normujących ludzkie zachowania, oba rodzaje sankcji współistniały ze sobą w organicznym związku⁷⁷⁰. Elementy sakralne występowały także w takich działaniach jak zemsta prywatna czy publiczna (np. wezwanie duchów krewnych, klątwa czy też zezwolenie na dokonanie przez pokrzywdzonego zabójstwa winowajcy za pomocą czarów)⁷⁷¹.

Obawa przed sankcjami o charakterze nadprzyrodzonym, niekoniecznie zresztą związanymi z życiem pozagrobowym⁷⁷², obok odwetowej reakcji społecznej, stanowiła w kulturze społeczeństw pierwotnych czynnik, który umożliwiał kontrolę ludzkich zachowań w warunkach nieobecności władzy politycznej, a tym samym braku autorytatywnych mechanizmów rozstrzygnięcia sporów oraz egzekwowania tych rozstrzygnięć środkami przymusu⁷⁷³. Zarówno sankcje o charakterze odpowiadającym współcześnie rozumianym karom kryminalnym, jak i sankcje nadprzyrodzone miały pierwotnie ten sam cel – przywrócenie ładu w dwóch jego aspektach, tj. harmonijnej współpracy między ludźmi oraz współdziałaniu między ludźmi a światem nadprzyrodzonym. Nie oznaczało to jednak moralnego zabarwienia wiary w zjawiska nadprzyrodzone, jak to ma miejsce w rozwiniętych systemach religijnych – bogowie i duchy przodków byli bezpośrednimi uczestnikami życia społecznego i jednostkowego, kierującymi się zasadą *do ut des*, w związku z czym przestrzeganie reguł przynosiło jednostce powodzenie życiowe, a ich naruszanie doczesną

⁷⁶⁸ Ibidem, s. 66.

⁷⁶⁹ Według B. Malinowskiego normy religijne różnią się od norm czysto prawnych, tym, że obok sankcji społecznych, istnieje w nich sankcja nadprzyrodzona. Stanowisko to zostało wyrażone, pomimo kolidującego z nim spostrzeżenia, że „im pierwotniejsze są ludy, z którymi mamy do czynienia, tym wyraźniej obie sankcje występują równolegle i równoważnie” (B. Malinowski, *Dziela*, t. 7, *Totemizm...*, op. cit., s. 66-67).

⁷⁷⁰ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 189.

⁷⁷¹ Ibidem, s. 212-212.

⁷⁷² Odwet ze strony bogów ludów pierwotnych realizowany był za życia winowajców i często przebiegał, podobnie jak społeczna reakcja karna na tym etapie jej rozwoju, na zasadzie odpowiedzialności zbiorowej poprzez zniszczenie całego miasta, wytępienie całego rodu czy plemienia, zesłanie obcej okupacji, zarazy, plagi czy głodu („Jestem grzesznikiem, oto dlaczego jestem chory” napisano w jednym z hymnów babilońskich). Na tej samej zasadzie Bóg karał za nieprzestrzeganie Prawa Mojżeszowego w Starym Testamencie i dopiero w późniejszych jego księgach pojawiła się koncepcja sankcji pośmiertnej. Cesarz Justynian twierdził, że bluźnierstwo powoduje epidemię i trzęsienie ziemi, w XV w. wierzono, że oспа jest karą Bożą, a swoista „racjonalizacja przewencyjna”, wiążąca cel kary z zapobieżeniem karze nadprzyrodzonej, pojawia się jeszcze w kodyfikacjach oraz nauce prawa XVI w. Przesady wiążące zarazę czy klęski żywiołowe z grzechem utrzymują się nawet współcześnie (zob. B. Malinowski, *Dziela*, t. 7, *Totemizm...*, op. cit., s. 65; G. Minois, *Historia piekła* [tyt. oryg. *Histoire des enfers*], tłum. A. Kędzierska, B. Szczepańska, Warszawa 1998 [wyd. oryg. Paris 1991], s. 25 i 61; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 170-171; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 353).

⁷⁷³ Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 9 i 14-15.

karę, często przebiegającą na zasadzie talionu⁷⁷⁴. Znaczenie miała tu również funkcja ekspiacyjna kary, która znacząco wzmacniała skuteczność jej aspektu doczesnego: wiara w istnienie sił nadprzyrodzonych skłaniała sprawcę przestępstwa do poddania się karze nałożonej na niego przez społeczność lub jej uprawnionego przedstawiciela, a jej oczyszczający charakter chronił go przed daleko bardziej dolegliwym odwetem nadnaturalnym. Wiara ta działała również i w drugim kierunku, usankcjonowana sakralnie decyzja o ukaraniu środkiem o charakterze majątkowym (grzywna, kompozycja, wykup itp.) stanowiła bowiem ideologiczne uzasadnienie dla uznania przez społeczność sprawy za zamkniętą, co hamowało pokrzywdzonego i jego rodzinę w dążeniu do zemsty krwawej⁷⁷⁵.

Zjawiska nadprzyrodzone miały więc wyraźną funkcję użytkową – stanowiły wbudowanego w psychikę, upostaciowanego bądź amorficznego, strażnika reguł społecznych⁷⁷⁶, egzekwującego rezygnację z części własnych interesów na rzecz wspólnoty, co na tym etapie rozwoju organizacji społecznej nie byłoby możliwe bez perspektywy nadprzyrodzonej zemsty w przypadku naruszenia istniejącego porządku⁷⁷⁷. W konsekwencji także prawo karne było przesiąknięte wierzeniami i stanowiło rozwinięcie struktury myślenia przedpiśmiennego, wyrażając ideologię społeczeństwa prymitywnego⁷⁷⁸.

Wyraźnie sakralny charakter w społeczeństwach prymitywnych miały nawet takie instytucje, jak odszkodowanie dla krewnych za zabójstwo członka rodu. Na przykład u Arusza z Tanzanii brak zwyczajowej rekompensaty za zabójstwo (odszkodowania w bydle) stwarzał zagrożenie, że zmarły będzie się mścił na sprawcy i jego krewnych, ale również na własnych krewnych i członkach fratrii za nie dopełnienie ciężącej na nich powinności⁷⁷⁹. W takiej sytuacji spór pomiędzy mieszkańcami tej samej wioski, pod naciskiem pozostałych współmieszkańców, zaniepokojonych zagrożeniem ze strony sił

⁷⁷⁴ Zob. ibidem, *Prawo...*, op. cit., s. 296-299; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 188; G. Minois, *Historia...*, op. cit., s. 61 i 82.

⁷⁷⁵ Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 267-268.

⁷⁷⁶ Ibidem, s. 296-299.

⁷⁷⁷ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 168. Jak się wydaje, nadprzyrodzona sankcja pośmiertna (różne warianty piekła jako kary za przewiny popełnione za życia) mogła wyewoluować jako odpowiedź na potrzebę odwetu, w warunkach załamania się wiary w doczesną sprawiedliwość immanentną. G. Minois zauważył, że idea kary pośmiertnej pojawiła się w Starym Testamencie dopiero w II w. p.n.e., co zbiegło się z prześladowaniami kultu żydowskiego, próbą przymusowej hellenizacji Izraela oraz zakończonym niepowodzeniem powstaniem pod wodzą Machabeuszy. Motyw zaspokojenia potrzeby moralnego zadośćuczynienia za prześladowania dostrzec można także w procesie rozwoju chrześcijańskiej doktryny piekła (G. Minois, *Historia...*, op. cit., s. 65-66 i 90). Z drugiej strony, ten etap rozwoju memu piekła, z zaznaczonymi elementami pośmiertnego sądu dokonywanego przez Boga i potępieniem za łamanie norm moralnych, na ogół wiązał się z pojawieniem się państwa, a sankcja pośmiertna stanowiła w tych przypadkach dopełnienie sankcji doczesnej wymierzanej przez władzę (ibidem, s. 20-21).

⁷⁷⁸ Zob. I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 57.

⁷⁷⁹ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 218-219; zob. także I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 41-42.

nadprzyrodzonych oraz widmem destabilizacji społecznej w związku z brakiem normalnych, pokojowych stosunków pomiędzy krewnymi ofiary oraz zabójcą i jego krewnymi, mógł być załagodzony dzięki pośrednictwu osoby cieszącej się autorytetem sakralnym⁷⁸⁰.

Autorytet wywodzący się z tego i innych – wzajemnie współzależnych – źródeł, wraz ze wzrostem złożoności organizacji społecznej stopniowo przekształcał się w faktyczne przywództwo⁷⁸¹, z którego w dalszej kolejności wyewoluowało zjawisko władzy politycznej⁷⁸². Splatanie się władzy z religią jest stałym motywem w organizacjach politycznych różnych kultur i epok historycznych⁷⁸³, jednak na przestrzeni dziejów widoczny jest ogólny trend do sekularyzacji władzy, który przejawia się często już w ramach ewolucji konkretnych cywilizacji, o ile istnieją one wystarczająco długo⁷⁸⁴.

Wektor ten okresowo odwraca się i następuje nasilenie się związków religii z władzą, czemu z zasady towarzyszy wzmocnienie także samej władzy. Wiarygodna wydaje się hipoteza, że mechanizm ten ujawnia się przede wszystkim wtedy, gdy samoregulacyjne zdolności społeczeństwa z różnych przyczyn (np. regresu istniejących form organizacji politycznej i społecznej albo ich nie nadążania za szybkimi przemianami społecznymi wynikającymi z dynamicznego rozwoju gospodarczego lub politycznego czy też pojawienia się epokowych innowacji⁷⁸⁵) spadają do poziomu, w którym zapewnienie jego spójności wymaga zwiększenia nacisku wymuszającego zachowania kooperatywne oraz przestrzeganie ładu społecznego. Z pomocą przychodzi tu władza, religia i prawo, zwłaszcza karne⁷⁸⁶.

⁷⁸⁰ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 8, 14-15 i 245.

⁷⁸¹ Na temat mechanizmu przywództwa w różnych społeczeństwach prymitywnych zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 84, 91, 114 i 151-152; J. Makarewicz, *Metoda...*, op. cit., s. 14-15.

⁷⁸² Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 84-85 i 106.

⁷⁸³ Zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 10, 19, 32, 39 i 109; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 12; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 6-7, 51, 61, 142, 251 i 255-256; J. Makarewicz, *Metoda...*, op. cit., s. 15-16.

⁷⁸⁴ Przykładem może tu być stopniowy upadek idei boskości władcy w niektórych starożytnych monarchiach despotycznych Wschodu, powiązany z osłabieniem pozycji warstwy kapłańskiej oraz laicyzacją sądownictwa (zob. S. Estreicher, *Najstarsze kodeksy prawne świata*, Kraków 1931, s. 40-41; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 6-7; J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 56-57, 134-137 i 275-279).

⁷⁸⁵ Rozwój cywilizacyjny sam w sobie zwiększa zagrożenie egoistycznego sabotażu od wewnątrz, wraz z jego postępami pojawia się bowiem coraz więcej dóbr wymagających ochrony, a jednocześnie – z uwagi na narastającą ich złożoność oraz wzajemne kolizje – staje się ona coraz bardziej skomplikowana (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 268).

⁷⁸⁶ Pewnym paradoksem jest, że podobny schemat ujawnił się w przebiegu rewolucji francuskiej, ze szczególnym nasileniem w okresie dyktatury jacobinów, kiedy to w obliczu zagrożeń zewnętrznych i wewnętrznych pojawiły się silne tendencje do koncentracji władzy oraz rządu terroru, a wszystko to w imię ochrony nowego ładu, odwołującego się do postępowej myśli Oświecenia, w tym jej haseł humanitarnych. Specyfika tego przypadku polega na braku sakralnego uzasadnienia dla konsolidacji władzy, które zastąpiła w tej roli antyabsolutystyczna i antyfeudalna ideologia czerpiąca swoją legitymację z koncepcji niezmiennego i wieczystego prawa natury, stojącego ponad prawem boskim (zob. M. Szczaniecki, *Powszechna...*, op. cit., s. 333-349; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 259). Ta odmienność, charakteryzującą również późniejsze wariacje omawianego procesu (wspomnieć można tu np. hitlerowskie Niemcy), stanowi jak się

Wydaje się, że pierwowzorem tego zjawiska jest sam proces wykształcenia się państwa (z reguły obejmujący także zespalenie przemocą różnych terytoriów, co z natury rzeczy wiąże się z destabilizacją istniejącej tam organizacji społecznej) z jego pierwotnie teokratyczno-despotycznym obliczem⁷⁸⁷. Przejawów tego samego mechanizmu można się dopatrzeć w przemianach społeczno-ustrojowych zachodzących w Rzymie od schyłku republiki po dominat⁷⁸⁸, procesie powstawania – na gruzach imperium rzymskiego – państw germańskich i słowiańskich w okresie wczesnego średniowiecza⁷⁸⁹, a także w rozwoju feudalnej monarchii absolutnej⁷⁹⁰. Zjawiskiem z reguły towarzyszącym tym procesom było zaostrzenie represji karnej⁷⁹¹.

Znamiennym, a przy tym dobrze udokumentowanym, bo stosunkowo niedawnym, przykładem opisanych zależności jest fakt, że tendencja do zaostrzenia prawa karnego w państwach wczesnonowożytnej Europy najwcześniej i najsilniej ujawniła się w miastach włoskich, które przodowały w przemianach społeczno-gospodarczych prowadzących do powstania nowożytnej cywilizacji zachodniej⁷⁹². Tam też pojawiły się zaczątki nowoczesnej nauki prawa karnego oraz legislacji, a obok nich tendencja do zastępowania charakterystycznych dla germańskich praw zwyczajowych kar pieniężnych (wykup) okrutnymi karami mitylacyjnymi oraz kwalifikowanymi formami kary śmierci z tzw. „wielkim postem” (*quaresima*) na czele. Źródłem wszystkich tych tendencji była inspiracja odkrytym na nowo prawem starożytnego Rzymu⁷⁹³.

Znamienne jest też, że trend ku zaostrzaniu kar najwcześniej, bo już w XII w., pojawił się na Sycylii⁷⁹⁴. By właściwie odczytać ten fakt trzeba wspomnieć, że ze względu na bezpośredni kontakt ze światem arabskim właśnie tą drogą następowała dyfuzja najbardziej zaawansowanych w tym czasie zdobyczy cywilizacyjnych kultur orientalnych (zarówno wynalazków materialnych i odkryć naukowych, jak i praktycznych innowacji w zakresie

wydaje, przejaw sekularyzacji mechanizmu kontroli społecznej, w którym rolę religii jako spoiwa społecznego zajmują inne zespoły memów. Niezmienne pozostaje natomiast samo ich znaczenie dla konsolidacji władzy.

⁷⁸⁷ Zob. np. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 19.

⁷⁸⁸ Zob. M. Jaczynowska, *Dzieje Imperium Romanum*, Warszawa 1995.

⁷⁸⁹ Zob. np. M. Szczaniecki, *Powszechna...*, op. cit., s. 55-63.

⁷⁹⁰ Ibidem, s. 296-298; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 264.

⁷⁹¹ Zob. np. J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 43 i 265-266; M. Jaczynowska, *Dzieje...*, op. cit., s. 150 i 340-346; *Encyklopedia Podręczna Prawa Karnego*, t. 1, red. W. Makowski, Warszawa s.a., s. 147-148; S. Glaser, *Polskie...*, op. cit., s. 39; C. Kunderewicz, *Rzymskie...*, op. cit., s. 157-158; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 216-217; idem, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 353; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 535-538.

⁷⁹² Zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 66-86.

⁷⁹³ O ile XIII-wieczne statuty miast włoskich zabraniały stosowania prawa rzymskiego, poza wypadkami wprost dozwolonymi przez prawa miejskie, albo zakładały, że jako surowsze może być stosowane wyłącznie do najpoważniejszych przestępstw, o tyle już w XIV w. prawo rzymskie było w nich preferowane (zob. B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 170).

⁷⁹⁴ Zob. B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 174.

technologii gospodarowania, takich jak spółki czy bankowość), które rozwijały się nieprzerwanie, podczas gdy Europa po upadku Imperium Rzymskiego znajdowała się w długotrwałym regresie.

Rzymsko-włoskie prawo karne, wykształcone w doktrynie, praktyce i w ustawodawstwie średniowiecznych miast włoskich, za pośrednictwem opracowanej przez Johanna von Schwarzenberga ordynacji karnej dla biskupstwa bamberskiego z 1507 r. (*Bambergische Halegerichtsordnung*, określana później jako *Mater Carolinae*), a następnie samej *Caroliny*, przeniknęło do innych państw stając się fundamentem prawa karnego przedoświeceniowej Europy⁷⁹⁵. Nowe prawo karne, o zaostrzonej represji i publicznoskargowym trybie ścigania (w ramach coraz częściej stosowanego procesu inkwizycyjnego), umacniało władzę panującego w monarchii absolutnej. Stanowiło zarazem odpowiedź na potrzebę skutecznej walki z masową, zawodową przestępczością, narastającą wraz z nasilającymi się kryzysami i napięciami społecznymi (reformacja, wojny religijne, wojny chłopskie) oraz demograficznym rozwojem⁷⁹⁶.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że zarówno wczesnonowożytne prawodawstwo włoskie, jak i *Mater Carolinae*, a w końcu sama *Constitutio Criminalis Carolina* i inne udane ordynacje karne XVI w.⁷⁹⁷, stanowiły – abstrahując od ich niewyobrażalnego ze współczesnej perspektywy okrucieństwa – zasadniczy postęp z punktu widzenia techniki kodyfikacyjnej, używanego języka, poziomu precyzji i uporządkowania materii prawnej. Wytyczały też drogę do typizacji i ustawowej określoności przestępstw oraz dalszej subiektywizacji odpowiedzialności⁷⁹⁸.

Przytoczone przykłady pokazują, że przebiegu ewolucji prawa karnego nie wyjaśnia należycie przedstawiona przez J. Goreckiego hipoteza, zgodnie z którą kary są tym surowsze, im niższy jest poziom kulturalny społeczeństwa⁷⁹⁹. Wydaje się raczej, że także i w tym

⁷⁹⁵ Zob. S. Salmonowicz, *Wizerunek...*, op. cit., s. 56-58; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 170-174; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 89; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 528-529.

⁷⁹⁶ S. Salmonowicz, *Wizerunek...*, op. cit., s. 54-64.

⁷⁹⁷ *Ordonnance sur le fait de la Justice*, ogłoszony we Francji w 1539 r. tzw. ordonans z Villers-Cotterets oraz Ordynacja Kryminalna Filipa II dla Niderlandów ogłoszona w 1570 r. (zob. ibidem, s. 63-64).

⁷⁹⁸ S. Salmonowicz, *Wizerunek...*, op. cit., s. 58-64; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 352; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 379-380.

⁷⁹⁹ J. Gorecki, *Capital Punishment: Criminal Law and Social Evolution*, New York 1983, s. 165. Innym przykładem podważającym tezę o stałym zwiększaniu się humanitaryzmu w dziejach prawa karnego jest ewolucja reakcji karnej na obszarze starożytnego Wschodu, która przebiegała od prawa łagodniejszego (kodeksy Ur-Nammu i Lipit-Isztara) ku znacznie surowszemu (kodeks Hammurabiego), po czym ponownie doszło do złagodzenia zasad odpowiedzialności (tzw. kodeks hetycki z XV/XIV w. p.n.e.) (zob. M. Mazoyer, C. Koray Zeynep, *O „kodeksie hetyckim”*, op. cit., s. 109 i 117; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 73-82; J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 30, 246). Tego okresowego zaostrzenia prawa karnego bez wątpienia nie da się wyjaśnić regresem kulturowym, dzieło szóstego króla pierwszej dynastii babilońskiej stanowiło bowiem szczytowe osiągnięcie

przypadku większą wartość eksplanacyjną ma model rozwoju dialektycznego, w którym zmiany natężenia represji przebiegają spiralnie od okresowych zaostreżeń ku złagodzeniom⁸⁰⁰. Napęd temu procesowi daje „dialog” pomiędzy sprzecznymi tendencjami (humanitarną i represyjną), polegający na tym, że każda z nich pozwala rozwiązać pewne trudności, z którymi nie poradziła sobie druga, jednakże po uzyskaniu przewagi generuje specyficzne dla siebie problemy, wobec narastania których staje się bezradna, otwierając w ten sposób drogę do powrotu swojego przeciwieństwa⁸⁰¹.

Zgodzić się można jednak z tezą, że niezależnie od okresowych zaostreżeń represji karnej, ogólny wektor tego procesu (ewolucja w sensie ogólnym) skierowany jest, tak jak to głosili L. Petrażycki i J. Makarewicz, ku łagodzeniu metod, którymi posługuje się prawo w regulowaniu ludzkich zachowań. Rację miał jednak J. Makarewicz wyrażając zarazem daleko idący sceptycyzm wobec prognoz, że możliwe jest w przyszłości powstanie społeczeństwa immanentnie moralnego, w którym „będzie się etycznym, bo się nim będzie musiało być, ponieważ do tego popychać nas będzie energia życiowa”, a nawet jeżeli ktoś będzie w nim postępował nieetycznie, to społeczną odpowiedzią na to nie będzie kara, ale litość⁸⁰².

działalności prawodawczej nie tylko starożytnego Wschodu, ale najpewniej i całej starożytności, nie tylko w zakresie techniki legislacyjnej, ale także idei, na których je oparto (przykładem czego jest zastosowanie po raz pierwszy zasady winy). Pewnym tropem, zbieżnym z pozostałymi przedstawionymi tu przykładami, jest fakt, że początki panowania pierwszej dynastii babilońskiej (do której należał sam Hammurabi) to okres zakłóceń politycznych i gospodarczych związanych z napływem potężnej fali zachodnio-semickich Amorytów, która pochłonęła wcześniej funkcjonujące na tym terenie miasta-państwa sumeryjskie i akadyjskie, tworząc własną organizację polityczną (tzw. państwo starobabilońskie). Wyjaśnia to, jak się wydaje, przyczyny stosowania drastycznej represji karnej ukierunkowanej na ochronę członków warstwy panującej oraz ich mienia. W warunkach destabilizacji i tarć pomiędzy nową złożonością społeczną, a relikdami wcześniejszych, łagodniejsze prawo karne mogło być niewystarczająco skuteczne. Co symptomatyczne, okres ten był czasem wzmożonej działalności prawodawczej (por. ibidem, s. 32, 43-44, 248 i 265).

⁸⁰⁰ Na zależność pomiędzy cyklicznymi przemianami ustrojów politycznych oraz ich „negatywu fotograficznego”, jakim jest prawo karne, uwagę zwrócił J. Makarewicz. Odwołując się do myśli żyjącego na przełomie XVII i XVIII w. włoskiego filozofa Giambattisty Vico, traktowanej jednak nie dosłownie, ale raczej jako źródło historiozoficznej inspiracji, zauważył, że ludzkość „oscyluje pomiędzy bezgraniczną niemal swobodą (...), a zupełnym skrępowaniem obywatela”, czemu towarzyszą odpowiednie formy rządów oraz relacje pomiędzy władzą i jednostką, a swoje odzwierciedlenie ma to także w prawie karnym (J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 112-116). Podobnie przebiega rozwój także innych niż dolegliwość właściwości zjawiska kary (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 294-296) oraz zmiany w natężeniu religijności w społeczeństwie, co do których „widzimy zawsze i wszędzie odpływ i przypływ” (J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 125).

⁸⁰¹ Na końcowym etapie cyklu może dojść do upadku dotychczasowych form organizacji politycznej, jak to np. miało miejsce w schyłkowym okresie Imperium Romanum, kiedy to, po początkowych sukcesach w polityce społecznej przy wykorzystaniu triady: wzmocnienie władzy – sakralizacja życia społecznego – wzrost opresywności prawa, dysfunkcje wynikające z nieograniczonego rozwoju tego układu w ostatecznym rozrachunku przyczyniły się do upadku państwa rzymskiego (zob. Ch. Starr, *A History of the Ancient World*, Oxford 1991, s. 675-676).

⁸⁰² Zob. polemikę J. Makarewicza z wyrażającym takie przekonanie J.M. Guyau. Zdaniem lwowskiego uczonego Guyau „znajdując się jeszcze pod wpływem wielkiej rewolucji, był prorokiem odpływu, lecz zaczyna się już przypływ” (J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 125-126).

J. Makarewicz trafnie uchwycił również przyczyny zmian w natężeniu represji karnej dopatrując się ich w tym, że sprawiedliwość dopasowuje się do danego społeczeństwa i wynika z właściwych – ze względu na dziedziczenie i wychowanie – pojęć i sądów o tym, co jest społecznie pożyteczne i szkodliwe. Te same kary w jednych warunkach mogą być potępiane jako przynoszące nieproporcjonalnie mały pożytek w porównaniu ze szkodą społeczną, którą wywołują, a w innych – w sytuacji zagrożenia społecznego – uznane za akceptowane i słuszne⁸⁰³. Jako przykład podał współczesne mu kolonialne prawo karne, do którego wprowadzono elementy odpowiedzialności zbiorowej – obce na poziomie rozwoju cywilizacyjnego kolonizatorów, ale zgodne z tradycją prawną tubylców – jako niezbędne dla prowadzenia skutecznej polityki karnej w zastanych warunkach społecznych⁸⁰⁴. Podobnie, w warunkach istniejących w czasie powstawania społeczeństwa amerykańskiego poszukiwać trzeba źródeł charakterystycznej surowości prawa karnego tego kraju oraz faktu, że ujawniła się tam wyraźna tendencja do nawrotu najbardziej pierwotnej formy karzącej reakcji społecznej, jaką stanowi samosąd⁸⁰⁵.

Wpływ religii na prawo karne – podobnie jak w przypadku relacji religii i władzy – jest nadzwyczaj złożony⁸⁰⁶. Z jednej strony bezdyskusyjnie postępową była rola średniowiecznego kościoła, który poprzez rozwój koncepcji przestępstwa jako grzechu, promieniującej również na prawo karne, przyczynił się do subiektywizacji odpowiedzialności⁸⁰⁷. Początkowo, w okresie wczesnego średniowiecza, pod wpływem chrześcijaństwa doszło też do ograniczenia stosowania kary śmierci, co wynikało zarówno z rozwoju idei kary jako pokuty, jak i dążenia do usunięcia przeżytków zwyczajów pogańskich, które bardzo silnie utrzymały się w samej formie wykonania tej kary jako ofiary składanej obrażonemu przez przestępstwo bóstwu⁸⁰⁸. Już jednak za Karolingów nastąpiła pod tym względem zasadnicza zmiana i kościół przestał sprzeciwiać się stosowaniu na szeroką skalę kary śmierci, zwłaszcza na podbitych terytoriach pogańskich za popełnienie czynów naruszających nakazy religijne, takich jak np. nieprzyjęcie chrztu, jedzenie mięsa w okresie postu, zabicie duchownego, włamanie się do kościoła, palenie zmarłych, składanie ofiar

⁸⁰³ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 228. Zauważył to już Hegel, według którego wysokość kary jest odwrotnie proporcjonalna do siły społeczeństwa (zob. Z. Stawrowski, *Państwo i prawo w filozofii Hegla*, Kraków 1994, s. 102).

⁸⁰⁴ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 350.

⁸⁰⁵ Zob. ibidem, s. 370.

⁸⁰⁶ Zob. np. S. Jacoby, *Wild Justice. The Evolution of Revenge*, New York 1983, s. 66-113.

⁸⁰⁷ Zob. T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 366.

⁸⁰⁸ K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 216-217.

z ludzi⁸⁰⁹. Podobnie w krajach skandynawskich, w szczególności Szwecji, przyjęcie w XVI wieku luteranizmu, zbiegło się z zaostrzeniem represji karnej⁸¹⁰.

Błędem byłoby jednak postrzeganie wzajemnych relacji sfery prawnej i sakralnej jako jednostronnego oddziaływania religii na prawo. Nie jest np. wykluczone, że zwycięstwo w teologii chrześcijańskiej koncepcji piekła represyjnego jako miejsca wiecznej, niewyobrażalnie okrutnej kary nad czasowym i duchowym piekłem orygenesowym, było wynikiem potrzeb o charakterze prewencyjnym (groźba piekła postrzegana była jako konieczność dla utrzymania ludu w posłuszeństwie wobec norm moralnych) oraz przykładu jakiego dostarczało wyjątkowo surowe prawo karne późnego Cesarstwa⁸¹¹. Mogło tu zresztą dojść do swoistego sprzężenia zwrotnego, polegającego na tym, że ukształtowana w taki sposób wizja piekła, poprzez wywoływane nią przemyślenia i lęki, oddziaływała na konwencje społeczne i prawne, w tym zwłaszcza na kary, które mogły w wyniku tego ulegać procesowi eschatologizacji i nabrać w ten sposób cech demonicznych⁸¹².

Ogólny przebieg ewolucji kary społecznej oraz wyobrażeń na temat kary nadprzyrodzonej wykazuje przy tym zasadniczą spójność, występują w nich również te same motywy i tendencje, co dość wyraźnie świadczy o tym, że są to dwie różne strony tego samego zjawiska. Jak to ujął J. Makarewicz: „grzech i przestępstwo przebyły przez stulecia tę samą drogę, często mylono je i nigdy zdecydowanie nie oddzielono od siebie”⁸¹³.

Najbardziej pierwotne piekło to miejsce, gdzie trafiali wszyscy ci, których właściwości za życia lub sposób śmierci powodowały wykluczenie poza nawias społeczeństwa⁸¹⁴, a w konsekwencji również z normalnego uczestnictwa w życiu pośmiertnym, traktowanego na tym etapie cywilizacyjnym jako kontynuacja zwyczajnej ziemskiej egzystencji⁸¹⁵. Wyraźnie widoczne jest tu oddziaływanie instynktu upodobnienia: w społeczeństwach funkcjonujących w trudnych warunkach gospodarki pierwotnej oraz w ciągłym zagrożeniu

⁸⁰⁹ Ibidem.

⁸¹⁰ B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 219.

⁸¹¹ G. Minois, *Historia...*, op. cit., s. 87-90.

⁸¹² E. Naab, *Diabelskie kary*, [w:] *Z dziejów...*, red. J. Utrat-Milecki, op. cit., s. 213.

⁸¹³ Spostrzeżenie to dostarcza wskazówki o charakterze epistemologiczno-metodologicznym: skoro jak to podkreślał J. Makarewicz, „w tym, na co zezwalają bogowie i co sami czynią, widzimy poglądy danych społeczeństw na to, co moralne, społecznie użyteczne”, a „gniew bóstwa budzą czyny społecznie szkodliwe”, to badanie wierzeń religijnych i ich ewolucji dostarcza cennego materiału także dla analizy rozwojowej zjawisk prawnych, w tym zwłaszcza z dziedziny prawa karnego. Jak to zwięźle ujął lwowski uczyony, „mitologię obok porównawczej lingwistyki można uznać za paleontologię etyki” (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 168; idem, *Metoda...*, op. cit., s. 4-5).

⁸¹⁴ Szaleńcy, ludzie fizycznie i psychicznie upośledzeni, czarownicy, mordercy, jednostki naruszające tabu i porządek rytuałów, osoby zmarłe bezpotomnie, w sposób anormalny albo w stanie nieczystości (np. kobiety zmarłe w połogu, młodzieńcy przed inicjacją, topielcy, samobójcy, rażeni piorunem, zaginionieni, niefortunni myśliwi).

⁸¹⁵ G. Minois, *Historia...*, op. cit., s. 9-20.

z zewnątrz na potępienie, oznaczające samowykluczenie się ze społeczności innych zmarłych, zasługują ci, którzy już za życia znajdują się poza społecznością, nie przyczyniają się ze względu na swoje właściwości do utrzymania i rozwoju wspólnoty⁸¹⁶. Wraz z pojawieniem się bardziej rozwiniętych systemów religijnych wykształca się idea kary nadprzyrodzonej, grożącej za łamanie reguł moralnych. Początkowo wymierzana jest ona w świecie doczesnym, z czasem pojawia się jednak idea potępienia po śmierci oraz sądu Boga, która jest odbiciem bardziej złożonej organizacji społecznej i politycznej, stając się dopełnieniem dla kary kryminalnej wymierzonej przez władzę już państwową, opartym na wyobrażeniach wynikających z właściwej dla danych czasów praktyki wymiaru sprawiedliwości⁸¹⁷. Równolegle przebiega ewolucja prowadząca od odpowiedzialności zbiorowej do indywidualnej oraz od obiektywnej do subiektywnej⁸¹⁸. Pojawiają się też coraz bardziej przemyślane próby jej kwantyfikacji (w tym poprzez zastosowanie zasady talionu, również symbolicznego)⁸¹⁹. Na różnych etapach rozwoju zmieniają się proporcje pomiędzy współistniejącymi w idei piekła funkcjami: sprawiedliwościową (np. odwetowe ludowe piekło grecko-rzymskie Wergiliusza, czy oparte na idei zemsty piekło „cudu wiecznej kary” Augustyna z Hippony) i prewencyjną (np. oczyszczające piekło Platona, czy też prowadzące do apokatastazy piekło Orygenesusa)⁸²⁰. Z perspektywy rozważań o funkcji prawa karnego warto przywołać zwłaszcza koncepcję Grzegorza z Nazjanzu, według której w rzeczywistości istnieją dwa rodzaj ognia piekielnego: jeden oczyszcza, a drugi karze⁸²¹.

Monizm nie jest, co już zresztą zasygnalizowano, cechą charakterystyczną wyłącznie dla systemów normatywnych społeczności pierwotnych. Także w cywilizacjach antycznych normy religijno-moralne, obyczajowe i prawne z reguły tworzyły jedną całość⁸²², choć np. już w kodeksie Hammurabiego (podobnie jak we wcześniejszych kodeksach sumerskich Ur-Nammu i Lipit-Isztara) widoczne jest konsekwentne usunięcie z jego części

⁸¹⁶ Ibidem. Przejawem pośmiertnego potępiającego wykluczenia, opartego na instynkcie upodobnienia oraz wierze w magiczno-religijne znaczenie cmentarza („ziemi poświęconej”) jako miejsca spoczynku zmarłych przodków, były tzw. osłe pogrzeby samobójców, które praktykowano od starożytności aż do XVIII w. (zob. K. Koranyi, *O pochodzeniu zwyczaju tzw. osłego pogrzebu*, „Lud” 1932, t. 31, s. 44-47).

⁸¹⁷ G. Minois, *Historia...*, op. cit., s. 21-22, 27-28 i 100-101.

⁸¹⁸ G. Minois, *Historia...*, op. cit., s. 60-63, 99-101. M. Kowalewska-Łukuć trafnie zauważyła, że oba procesy (rozwój winy i początkowo wpisanej w niej strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary oraz stopniowe przejście od odpowiedzialności zbiorowej do odpowiedzialności indywidualnej) stanowią dwa filary subiektywizmu w prawie karnym. Autorka ma rację również co do tego, że filarów tych nie sposób w pełni rozdzielić (M. Kowalewska-Łukuć, *Wina...*, op. cit., s. 16).

⁸¹⁹ G. Minois, *Historia...*, op. cit., s. 61, 82-83, 101; E. Naab, *Diabelskie...*, op. cit., s. 213-214.

⁸²⁰ G. Minois, *Historia...*, op. cit., s. 44, 50-51 i 79-107; E. Naab, *Diabelskie...*, op. cit., s. 215-232.

⁸²¹ G. Minois, *Historia...*, op. cit., s. 91.

⁸²² S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., s. 62.

prawodawczej pierwiastków religijnych i obrzędowych⁸²³, a w tzw. kodeksie hetycznym z XV/XIV w. p.n.e. prawodawca w ogóle nie wywodził swojej legitymacji z woli bóstwa⁸²⁴. Utożsamianie norm religijno-moralnych i prawnych dostrzegalne jest także w chrześcijańskiej kulturze prawnej średniowiecza, w której pojęcie przestępstwa miało silne zabarwienie sakralne⁸²⁵. Rozdzielanie się obu systemów regulowania ludzkich zachowań przebiegało powoli, co obrazuje stan prawa karnego w wiekach XVI-XVIII. Na przykład część szczególna *Caroliny* rozpoczyna się od zbrodni bluźnierstwa (art. 106), a za przestępstwa nadal uważano również czary czy świętokradztwo⁸²⁶. Przewidywano przy tym możliwość powoływania się, w braku innego prawa, na prawo boskie (*lex divina positiva*)⁸²⁷. Niektóre ustawy tego okresu, np. Ordynacja policyjna Rzeszy (*Reichpolizeiordnung*) z 1577 r. jako cel kary za bluźnierstwo, lżenie świętych, używanie przekleństw itp. wymieniały prześladowanie gniewu Boga, który za takie przestępstwa może zesłać wojnę, morowe powietrze, dżumę i inne plagi⁸²⁸. Świadczy to o ciągle silnej w tych czasach wierze w świat zjawisk nadprzyrodzonych, konsekwencją której było przekonanie, że sankcją za przestępstwo może być odwet w świecie materialnym realizowany przez istotę nadprzyrodzoną na zasadzie odpowiedzialności zbiorowej. Dalsze zaostrzenie prawa karnego i zawartych w nim elementów sakralnych nastąpiło w XVII w. m. in. w drodze prawodawczej działalności jurysdykcyjnej, w ramach której stosowanie analogii oraz nakładanie kar arbitralnych pozwoliło na odwoływanie się wprost do Biblii dla uzasadnienia ścigania takich przestępstw jak np. czary, bluźnierstwo, niektóre przypadki mężobójstwa oraz przestępstw przeciwko obyczajności (np. sodomii)⁸²⁹. Karę śmierci za czary, odstępstwo od religii chrześcijańskiej, bluźnierstwo i świętokradztwo przewidywała jeszcze *Theresiana* z 1768 r.⁸³⁰

⁸²³ Znalazły się one jedynie w napisanych stylem epicko-hymnowym wstępie i epilogu. Można by powiedzieć, że te części proponowały społeczeństwu regułę uznania (opartą na różnych argumentach legitymizujących, w tym sakralnym, tradycjonalistycznym i charyzmatycznym, odwołującym się m.in. do interesów poddanych) dla laickiej części czysto jurydycznej (zob. J. Klima, *Prawa...*, op. cit., passim). Tendencja do sekularyzacji prawa karnego zaznaczyła się też w starożytności greckiej i rzymskiej (*Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja prawa karnego*, t. 2, Lwów 1925, s. 111).

⁸²⁴ M. Mazoyer, C. Koray Zeynep, *O „kodeksie hetycznym”*, op. cit., s. 111.

⁸²⁵ T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 362; W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 70 i 157.

⁸²⁶ K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 353; *Komisja kodyfikacyjna...* [1925], t. 2, op. cit., s. 111.

⁸²⁷ B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 128.

⁸²⁸ K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 353. Analogiczne obawy wyrażali w swoich opiniach średniowieczni norymberscy doradcy uzasadniając potrzebę właściwej reakcji na wypadki zdrady małżeńskiej i bluźnierstwa. Podobne przekonania odnajdujemy we włoskich prawach miejskich z XVI w. (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 170 i 262).

⁸²⁹ K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 355. Odwoływanie się do prawa bożego, w szczególności przykazań zawartych w Dekalogu, było oczywiście regułą także i wcześniej (zob. W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 157).

⁸³⁰ W dwóch ostatnich przypadkach w postaci kwalifikowanej (spalenie żywcem lub po ścięciu) (zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 337 i 355).

Podobnie sytuacja przedstawiała się w Ameryce Północnej, gdzie w XVII w. powstawały kodeksy karne oparte na postanowieniach Biblii, a nawet uznawano przepisy biblijne za prawo podlegające bezpośredniemu stosowaniu⁸³¹.

Począwszy od okresu formowania się państw starożytnych aż po wiek XIX religia niezmiennie była traktowana jako podstawowy czynnik legitymizujący władzę, a poprzez to fundament istniejącego porządku politycznego i społecznego. Jej rola jako spoiwa organizacji społecznej nie uległa więc przez ten czas zasadniczej zmianie w porównaniu ze społeczeństwami pierwotnymi. Skoro religia służyła celom państwowym to miała status religii państwowej, a naruszenie jej dogmatów było przestępstwem niebezpiecznym dla państwa⁸³². W procesie Kazimierza Łyszczyńskiego, który odbył się na sejmie nadzwyczajnym w Warszawie w latach 1688-1689, przekonania ateistyczne uznano za równoznaczne z zaprzeczeniem boskiego pochodzenia władzy, a w konsekwencji obrazę majestatu królewskiego⁸³³. Była to konstrukcja symetryczna: obrazę majestatu traktowano w średniowieczu jak świętokradztwo⁸³⁴.

Dopiero w ramach racjonalizacji prawa karnego pod wpływem myśli Oświecenia dokonano desakralizacji majestatu władcy⁸³⁵, a także zniesiono liczne przestępstwa przeciwko religii (np. herezję, apostazję czy czarostwo), w przypadku zaś tych, które zostały utrzymane (np. bluźnierstwo) nastąpiła sekularyzacja: przedmiotem karnoprawnej ochrony przestał być majestat istoty nadprzyrodzonej oraz religia państwowa jako fundament władzy i porządku społecznego, a stało się nim poszanowanie dla wierzeń religijnych jako elementu ładu społecznego albo zagwarantowanych praw wyznaniowych lub uczuć religijnych jednostki (przestępstwa przeciwko religijności). Z zasady wiązało się to z uzupełnieniem typu o znamię modalne działania publicznego⁸³⁶. Przestępstwa tej grupy przebyły więc w historii prawa

⁸³¹ B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 273. Silny wpływ religii na prawo karne, przejawiający się w penalizowaniu i faktycznym ściganiu uznawanych za niemoralne zachowań w sferze seksualnej (np. stosunków pozamałżeńskich oraz konkubinatu) w tych stanach, w których dominowały postawy silnie religijne „przechodzące w dewocję”, odnotował podczas swojej podróży po USA w roku 1928 J. Makarewicz (zob. J. Makarewicz, *U.S.A. Kartki z podróży po Stanach Zjednoczonych*, Lwów 1929, s. 194-198).

⁸³² J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 221-223.

⁸³³ Zob. A. Nowicki, *Sprawa Kazimierza Łyszczyńskiego na Sejmie w Warszawie w świetle rękopisu Diariusza Sejmowego*, „Euhemer. Przegląd Religioznawczy – Zeszyty Filozoficzne” 1963, z. 4, s. 23-39.

⁸³⁴ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 230.

⁸³⁵ Zob. S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 75.

⁸³⁶ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 223; idem, *Kodeks karny z komentarzem i orzecznictwem Sądu Najwyższego*, Lwów 1938, s. 442-443; W. Makowski, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924, s. 194; *Komisja kodyfikacyjna...* [1925], t. 2, op. cit., s. 107-113; R.A. Leżański, *Kodeks karny obowiązujący na Ziemiach Zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej*, Poznań 1930, s. 134; S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 572-573; L. Peiper, *Komentarz...*, op. cit., s. 369; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 337-338 i 344; I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 36;

karnego jedną z najbardziej radykalnych ewolucji⁸³⁷. W ogóle nie doszło do niej natomiast w monistycznej aż do chwili obecnej kulturze prawnej islamu, w której prawo rozumiane jest jako całość przekazanych ludziom przez Muhammada autorytatywnych przykazań określających obowiązki człowieka względem Boga i reguły postępowania w stosunkach między ludźmi. Prawo islamu obejmuje więc zarówno nakazy religijne, jak i zasady życia społecznego, podstawy organizacji politycznej, w końcu zaś reguły postępowania obowiązujące jednostkę, stanowiąc „wszechobejmujące ciało religijnych obowiązków”, które regulują całe życie muzułmanina we wszystkich jego aspektach⁸³⁸. Przestępstwo jest w związku z tym jednocześnie nieposłuszeństwem wobec woli Allaha, czyli grzechem pociągającym, obok sankcji „ziemskiej”, także karę „pozaziemską”⁸³⁹.

4. Przestępstwo jako przyczyna odwzajemnienia negatywnego

4.1. Status normatywny reakcji karnej w prawie pierwotnym

Istotnym problemem w ewolucyjnej analizie zjawiska przestępstwa jest wytyczenie linii demarkacyjnej pomiędzy nim, a innymi pokrewnymi zjawiskami o prawnym charakterze. Ze względu na rozpowszechnienie odszkodowania (kompozycji) jako następstwa deliktu szczególnie utrudnione jest odróżnienie rudymentalnych form prawa karnego od analogicznych zjawisk cywilnoprawnych. W sprawie tej wyrażane były dwa skrajne stanowiska. Pierwsze z nich rozumie pojęcie prymitywnego prawa karnego ekstensywnie, obejmując nim bardzo szeroki zakres zjawisk normatywnych, związanych ze zróżnicowanymi konsekwencjami czynu naruszającego normy obowiązujące w danej społeczności. Drugie natomiast przyjmuje, że zakres naruszeń typu kryminalnego jest w tych

T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 777-781; S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 75 i 81; wyrok SN z 25 marca 1938, III K 2547/37, OSN[K] 1938, z. 10, poz. 250; wyrok SN z 5 lipca 1938 r., I K 1895/37, OSN[K] 1939, z. 4, poz. 81.

⁸³⁷ *Komisja kodyfikacyjna...* [1925], t. 2, op. cit., s. 110. Relikty sakralne w prawie karnym przetrwały w Europie aż do XX w., na przykład obowiązujący na obszarze zaboru rosyjskiego ukaz (kodeks karny) z 25 września 1866 r., podobnie jak poprzedzający go Kodeks Kar Głównych i Poprawczych dla Królestwa Polskiego z 1847 r., penalizował liczne czyny polegające na naruszeniu zakazów religijnych (np. uchylanie się od spowiedzi i komunii), a do tego operował karami o czysto religijnym charakterze, jak np. pokuta kościelna czy pozbawienie pogrzebu samobójcy (K. Grzybowski, *Historia...*, t. 4, op. cit., s. 239-245; I. Andrejew, *Polskie...* [1978], op. cit., s. 47-48). Ten stan prawny utrzymał się do 1906 r., kiedy to zmieniono w kodeksie z 1866 r. przepisy dotyczące przestępstw przeciwko religii, które w tym czasie w Europie były już nie do utrzymania (K. Grzybowski, *Historia...*, t. 4, op. cit., s. 252-253).

⁸³⁸ R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 136-139; J. Bielawski, *Islam...*, op. cit., s. 125-130.

⁸³⁹ Zob. L.R. Sjukijajnen, W.A. Lichaczew, *Muzułmańskie prawo karne i ustawodawstwo karne krajów Arabskiego Wschodu* [tyt. oryg. *Мусульманское право. Структура и основные институты*], [w:] *Prawo muzułmańskie. Struktura i podstawowe instytucje*, red. L.R. Sjukijajnen, tłum. K. Piasecki, Warszawa 1990 [wyd. oryg. Moskwa 1984], s. 133-134.

społecznościach niezmiernie wąski, a odrębne sankcje karne wykształcają się w zasadzie dopiero wraz z powstaniem organów władzy państwowej⁸⁴⁰.

Przedstawiono już wcześniej szereg argumentów przemawiających za stanowiskiem, że prawo jako takie logicznie i chronologicznie wyprzedza państwo. Natomiast drugi z przytoczonych powyżej poglądów, dopuszczający możliwość istnienia prawa w społecznościach pierwotnych, ale zarazem sceptycznie odnoszący się do kwestii wykształcenia się norm *sensu stricto* karnoprawnych przed pojawieniem się władzy państwowej dysponującej zinstytucjonalizowanymi środkami przymusu, przenosi problem na zupełnie nową płaszczyznę. Dla jego podważenia nie wystarczy ograniczyć się do przedstawienia argumentów za tezą, że ogólnie rozumiane prawo stanowi *prius* wobec państwa, konieczne jest jeszcze wykazanie, że także w prawie pierwotnym wyróżnić można normy o wyrażnie karnoprawnym charakterze.

Punktem wyjścia uczynić tu można trafne i udokumentowane niezwykle obszernym materiałem badawczym spostrzeżenie J. Makarewicza, że ewolucja prawa karnego przedstawia się jako *continuum* płynnych i powolnych przemian, w którym nie było nagłych rodzajowych przeskoków. Obserwacje dokonane w kilku ostatnich dekadach sugerują, że jej początki mogły mieć miejsce jeszcze na etapie przedludzkim, a protonormy represji karnej (sankcji) być może występują już u szympanów⁸⁴¹. Na drodze prowadzącej od najbardziej rudymenatarnych form ludzkiej reakcji społecznej do współczesnego prawa karnego w demokratycznym państwie prawnym nie da się wskazać wyraźnego momentu, w którym istniejący początkowo wyłącznie instynktowny odruch zemsty, podobny do „zachowania dziecka, które bije w stół”, uległ przekształceniu w zjawisko składające się z „właściwych nam pojęć o przestępstwie, złej woli i poczuciałości”⁸⁴².

Momentem tym bez wątpienia nie było powstanie państwa (w sensie ogólnej kategorii organizacji społecznych), co zresztą samo w sobie nie było zdarzeniem jednochwilowym, ale stanowiło powolny, trwający tysiące lat, proces instytucjonalizowania się władzy, począwszy od niedookreślonego i czysto faktycznego przywództwa w kolektywie Wielkiego

⁸⁴⁰ I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 31.

⁸⁴¹ Zob. S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., s. 40. Odwet odroczone w czasie obserwowano także u innych gatunków, np. słoni (zob. F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 41). Sam J. Makarewicz dostrzegał podobieństwo pomiędzy karami wymierzonymi w pierwotnych społeczeństwach ludzkich, a niektórymi praktykami behawioralnymi u ssaków (w tym bobrów), a nawet pszczoł (zob. J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 128) i na tej podstawie uznał, że wśród zwierząt – podobnie jak u najprymitywniejszych społeczeństw ludzkich – występuje zemsta publiczna albo zemsta „najsilniejszego indywiduum” (ibidem, s. 138). O przedludzkim rodowodzie reakcji karzącej przekonany był także J. Witort (J. Witort, *Zarysy prawa pierwotnego*, Warszawa 1899, s. 134-135).

⁸⁴² J. Witort, *Zarysy...*, op. cit., s. 136.

Człowieka, aż do współczesnego, w znacznym już stopniu oderwanego od substratu ludzkiego, władztwa prawa w demokratycznym państwie prawnym. Już jednak w społeczeństwach przedpaństwowych cechą dystynktywną odróżniającą czyny niemoralne od przestępstwa, pomimo „bardzo cienkiej granicy” pomiędzy oboma zjawiskami, była różnica pomiędzy moralnym potępieniem, a karą jako publicznym, zewnętrznym i wspólnotowym ograniczeniem jednego z dóbr sprawcy⁸⁴³. Te właśnie cechy pierwotnej zemsty społecznej wskazują, że przynależy ona do systemu powinności zawierającego już normy wtórne w takim ich rozumieniu, jakie przedstawił H. Hart. Ma ona więc prawny charakter. Idea sprawiedliwości korektywnej opiera się na dwóch podstawowych zasadach: „każdemu taka kara (od każdego takie odszkodowanie), jaka odpowiada stopniowi jego winy i powadze szkody, jaką wyrządził swoim czynem” oraz „należy spowodować powstanie stanu rzeczy zgodnego z normą moralności pierwszego rzędu”. Zasady te mają charakter norm drugiego rzędu nadbudowanych nad normami sprawiedliwości dystrybutywnej (dotyczącej dystrybucji dóbr i ciężarów pomiędzy wiele osób) i komutatywnej (dotyczącej wymiany dóbr i ciężarów pomiędzy dwiema osobami), które uruchamiane są w przypadku naruszenia norm sprawiedliwej dystrybucji i wymiany⁸⁴⁴.

Obserwacje antropologów potwierdzają przekonanie J. Makarewicza, że nie ma grupy społecznej, która nie miałaby jakiegoś prawa karnego⁸⁴⁵. W każdej społeczności ludzkiej obok instynktownych odruchów zemsty stwierdzono występowanie sankcji karnych, w tym karanie za przestępstwa przeciwko zbiorowości, co znalazło swoje odzwierciedlenie w ujęciu odpowiednich kategorii na przywoływanych już wielokrotnie listach uniwersaliów kulturowych G. Murdocka i D. Browna, obok najszerszej kategorii „Odwzajemnienie negatywne (odwet, zemsta)”⁸⁴⁶.

Jak to już wcześniej wskazywano, stopień rozwoju unormowań wtórnych regulujących pierwotną zemstę społeczną mógł być zróżnicowany, począwszy od form zupełnie szczątkowych, aż po złożone systemy obejmujące zinstytucjonalizowane metody orzekania o winie (np. sądy plemienne), zdefiniowany katalog kar odnoszących się do poszczególnych naruszeń czy uregulowaną praktykę ich egzekwowania. Na tym ostatnim etapie, występującym w społecznościach o znacznym poziomie złożoności i ustrukturyzowania

⁸⁴³ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 86-87.

⁸⁴⁴ W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 138-139.

⁸⁴⁵ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 2. Także B. Malinowski za błąd uważał łączenie reguł tworzących klasę, którą można by określić jako „prawo karne” z problemem „rządu” i „władzy centralnej” (zob. B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaje...*, op. cit., s. 52).

⁸⁴⁶ Zob. G.P. Murdock, *The Common...*, op. cit., s. 123-142; S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 619-620.

mechanizmu władzy publicznej, karząca reakcja społeczna niewiele różniła się od tej, jaka występowała na wczesnych etapach rozwojowych organizacji państwowej. Moment powstania państwa, choć niezwykle doniosły także z punktu widzenia rozwoju prawa karnego, nie oznaczał więc natychmiastowego przełomu: nadal miało ono przed sobą długotrwałą, powolną ewolucję, której częścią było stopniowe upaństwowienie reakcji karnej⁸⁴⁷.

Przeciwstawienie sobie – jak to uczynił cytowany wcześniej J. Witort – stanu przedpaństwowego, w którym rzekomo istnieć miała jedynie instynktowna reakcja odwetu ukierunkowana na wszystko to, co szkodliwe, bez względu na to, czy był to człowiek, zwierzę czy przedmiot martwy⁸⁴⁸ oraz terytorialnych organizacji politycznych, których pojawienie się miało stanowić początek stopniowego wykształcenia się znanego nam prawa karnego, opartego na zasadzie winy i prawdziwej wiedzy o przyczynowości zjawisk przyrodniczych, opiera się na podwójnym błędzie. Z jednej strony wynika z niedocenienia, wbrew licznym przywoływanym już obserwacjom, stopnia rozwoju zjawisk normatywnych w społeczeństwach przedpaństwowych, z drugiej zaś z pominięcia, że analogiczne praktyki penalne, oparte na nieznanym praw przyrody, funkcjonowały także w rozwiniętych organizacjach państwowych (np. do karania zwierząt dochodziło nie tylko w wyniku spontanicznej zemsty w społecznościach pierwotnych, ale także w ramach urzędowych procesów prowadzonych przez organy państwowe w całkiem nieodległych nam czasach⁸⁴⁹). Relikty odpowiedzialności zbiorowej czy obiektywnej, każdorazowo związane z dążeniem do zaspokojenia społecznej potrzeby odwetu oraz wynikających z niej sądów moralnych, występują także i we współczesnym prawie karnym, by wspomnieć tu choćby konstrukcję zawinienia na przedpolu czynu czynu zabronionego, wykorzystywaną dla uzasadnienia karalności czynów popełnionych w stanie pełnego upojenia alkoholowego, zasady odpowiedzialności za skutek w przypadku przestępstwa udziału w bójce lub pobiciu⁸⁵⁰, czy też pojawiającą się jeszcze niekiedy w orzecznictwie sądowym koncepcję tzw.

⁸⁴⁷ Zob. np. W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 1.

⁸⁴⁸ J. Witort, *Zarys...*, op. cit., s. 136.

⁸⁴⁹ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 384.

⁸⁵⁰ Zob. np. A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, red. A. Zoll, Kraków 1999, s. 299-300; wyrok SN z 27 listopada 1956 r., II K 516/56, OSN 1957, z. 4, poz. 39; wyrok SN z 12 listopada 1981 r., II KR 289/81, OSNPG 1982, z. 6, poz. 80.

zamiaru ogólnego⁸⁵¹. Nawet proces upaństwowienia prawa karnego nie został jeszcze całkowicie ukończony⁸⁵².

4.2. Ewolucja zemsty społecznej

Choć przestępstwo, będąc zjawiskiem nierozzerwalnie związanym z grupą społeczną, nie wykazuje koniecznego związku z państwem⁸⁵³, to jednak proces upaństwowienia prawa karnego doprowadził do prawie całkowitego zmonopolizowania *ius puniendi* przez organizację państwową, wskutek czego współcześnie państwo i prawo karne wydają się być definicyjnie ze sobą powiązane. Związek ten nie oddaje jednak genezy prawa karnego oraz rzeczywistego przebiegu jego ewolucji⁸⁵⁴.

Na najwcześniejszym jej etapie czyny szkodzące całej społeczności karane były przez zemstę społeczną (prawo karne *sensu stricto*), natomiast te, które naruszały jedynie prywatne interesy jednostek i rodów początkowo pozostawiono reakcji zainteresowanych, która przybierała postać samopomocy (zemsty krwawej)⁸⁵⁵. Opisując dalszy rozwój obu

⁸⁵¹ Zob. wyrok SA w Katowicach z 23 stycznia 1997 r., II Aka 283/96, Prok. i Pr.-wkl. 1998, z. 5, poz. 19.

⁸⁵² Za relikty partykularnego prawa karnego podgrup funkcjonujących wewnątrz organizacji państwowej można uznać zwłaszcza prawo dyscyplinarne, w ramach którego W. Wolter wyróżniał prawo karcenia w rodzinie, szkołach, zakładach karnych itp., prawo karne dyscyplinarne służbodawców w stosunku służbowym (np. przysługujące państwu wobec jego funkcjonariuszy oraz osób wojskowych), jak również prawo karne dyscyplinarne publicznych lub prywatnych zrzeszeń w stosunku do ich członków (zob. W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 1-2). Charakter prawny odpowiedzialności dyscyplinarnej nie jest jednak bezsporny. Niektórzy autorzy prawo dyscyplinarne uważają za część szeroko rozumianego prawa karnego (oprócz W. Woltera takie stanowisko zajęli również W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 141-143; K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 30; M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 22-23; W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 16-17), zastrzegając niekiedy, że dotyczy to tylko tych przypadków, w których odpowiedzialność dyscyplinarna uregulowana jest ustawowo (zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 6-7; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 30-31). Inni z kolei wykluczają odpowiedzialność za przewinienie dyscyplinarne z zakresu prawa karnego albo wprost (tak np. S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 10), podkreślając jej bliższy związek z prawem administracyjnym, aniżeli z prawem karnym (T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2002, s. 27-28), albo milcząco, pomijając ją w typologiach szczególnych odmian prawa karnego (zob. A. Marek, *Prawo karne, jego funkcje i źródła*, [w:], *Prawo...*, red. A. Marek, op. cit., s. 14-15; J. Bafia, *Polskie...*, op. cit., s. 22; P. Kozłowska-Kalisz, *Pojęcie i podziały prawa karnego*, [w:] *Prawo...*, red. M. Mozgawa, op. cit., s. 24-26; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 1-4; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1970, s. 14).

⁸⁵³ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 45; W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 2 i nast.; W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 1.

⁸⁵⁴ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 47.

⁸⁵⁵ Status normatywny zemsty krwawej jest sporny. Kontrowersja dotyczy w szczególności tego, czy zemsta krwawa była mechanizmem prawnym, czy też jedynie wyrazem akceptowanej w niektórych społeczeństwach samodzielności działania jednostek i grup, której celem nie było ukaranie sprawcy, ale zabezpieczenie równości i wzajemności w relacjach międzyludzkich (zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 24-25). Niektórzy autorzy utożsamiali pierwotną karę z zemstą prywatną, a prawo karne z jej upaństwowieniem (tak A. Mogilnicki, *Kary...*, op. cit., s. 8; zob. też J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 128-131). Z kolei M. Szerer uważał, że kara ze swej istoty nie jest zemstą, ani prywatną, ani społeczną (zob. np. M. Szerer, *Kara. Szkic socjologiczny*,

postaci odwetu J. Makarewicz posłużył się metaforą dwóch rzek, które w pewnym momencie rozwidliły się, a powstałe w ten sposób dwie odnogi z czasem połączyły się ze sobą tworząc trzeci prąd („rzekę kompozycji”). Zemsta prywatna z czasem zmieniła się, po społecznym usankcjonowaniu, w surogat kary, następnie jednak, z powodu stopniowego monopolizowania reakcji karnej przez władzę publiczną i państwo, przestała być tolerowana i zanikła⁸⁵⁶. Zaspokojeniu potrzeby odwetu za prywatne krzywdy mogła odtąd służyć tylko albo obowiązkowa już kompozycja, albo zemsta społeczna⁸⁵⁷. Oba nurty dalej ewoluowały. Zemsta społeczna (prawo karne) zaczęła swoim zakresem obejmować także czyny godzące w dobra indywidualne, wypełniając w ten sposób lukę po ustępującej zemście prywatnej⁸⁵⁸. Po zawłaszczeniu *ius puniendi* przez władzę państwową najpierw stała się zemstą panującego: aktem jego własnego gniewu, by następnie, wraz z postęпами cywilizacyjnymi, przekształcić

Kraków 1910, s. 140-141 i 177-180; J. Makarewicz, *Recenzja książki M. Szerera, Kara. Szkic socjologiczny*, PPIA 1911, t. 36, s. 305). Natomiast J. Makarewicz, który źródła kary konsekwentnie dopatrywał się w zemście społecznej, przyjmował, że na pewnym, stosunkowo zaawansowanym już etapie rozwoju, zemsta krwawa mogła stanowić surogat kary jako tzw. indywidualna *timoria* opierająca się na społecznym dozwoleniu, by w pewnych przypadkach jednostka zabiła innego człowieka, który jej wyrządził szkodę oraz wykształconym z niej, uznanym powszechnie, obowiązku dokonania takiego czynu. Akt zemsty nie był w takiej sytuacji traktowany jako samowola, ale jako działanie poszkodowanego w roli organu wykonawczego w zastępstwie społeczeństwa (które mogło nawet w nim pomagać, gdy było to konieczne). W niektórych kulturach społeczna akceptacja prawa zemsty skutkowałą tym, że po jej wykonaniu rodzinie zamordowanego zemsta już nie przysługiwała (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 245 i 273-274; idem, *Ewolucja...*, op. cit., s. 130-131 i literatura tam powołana).

⁸⁵⁶ J. Makarewicz wyraził przypuszczenie, że na proces zastępowania zemsty prywatnej reakcją społeczną pewien wpływ mógł mieć również fakt posługiwania się w jej ramach elementami nadprzyrodzonymi (kłątwa). Społeczeństwo w celu zapobieżenia samowolnego wzywania bogów dla celów odwetowych dążyło do zmonopolizowania kławy poprzez zastrzeżenie jej wyłącznie dla kapłanów, w konsekwencji czego indywidualne czary stały się jednym z najpoważniejszych przestępstw (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 212). Współczesną pozostałością po prawie zemsty jest obrona konieczna, która jednak w przeważającym stopniu utraciła swój pierwotny charakter w wyniku ograniczenia jej szeregiem warunków i przeniesienia z płaszczyzny egoistycznych interesów w dziedzinę ochrony prawa (zob. J. Makarewicz, *Realizm...*, op. cit., s. 55; por. jednak przypis 2273).

⁸⁵⁷ Już w społecznościach pierwotnych występowała faktyczna presja grupy mająca skłaniać do rezygnacji z zemsty i akceptacji rekompensaty majątkowej. Na dalszych etapach rozwojowych przybrała ona formę regulacji prawnych ograniczających zainteresowanemu możliwość wyboru pomiędzy zemstą a kompensacją (wyłączenie dopuszczalności zemsty w przypadku lżejszych przestępstw, ograniczenia podmiotowe oraz modalne, np. zakaz dokonywania odwetu w pewnych miejscach lub sytuacjach), czemu towarzyszył równoległy rozwój narzędzi normatywnych wspierających pokrzywdzonego w dochodzeniu przysługujących mu roszczeń (por. J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 31, 245-246 i 283; C. Kunderewicz, *Rzymskie...*, op. cit., s. 153-154 i 157; W. Wołodkiewicz, *Prawo karne...*, op. cit., s. 218-219; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 103-104, 171, 255 i 344-349; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 47, 53-54, 70, 76, 102, 208, 256, 266 i 319; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 371-373). Ostatecznie zemsta prywatna jako akceptowana społecznie praktyka zanikła w późnym średniowieczu, przy czym – co nie zaskakuje – najpierw nastąpiło to w prawie miejskim (W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 355; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 58). Reliktem prawa zemsty krwawej jest uprawnienie krewnych pokrzywdzonego do obecności podczas egzekucji sprawy (zob. J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 134).

⁸⁵⁸ Por. J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 57-58, 184 i 188-190; idem, *Wstęp...*, op. cit., s. 284; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 207; idem, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 298, 337 i 344; W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 374; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 362-363 i 529.

się w ideę zemsty abstrakcyjnego prawa (*vindicta iuris*)⁸⁵⁹. Wraz z tymi przemianami zemsta publiczna stopniowo przesuwiała się też z pozycji czystego odwetu w stronę kary celowej⁸⁶⁰. Z kolei „rzeka kompozycji” z czasem znów się rozdzieliła: jedna jej część (jako kary pieniężne) połączyła się z reakcją społeczną (systemem karnym)⁸⁶¹, a druga zachowała swoją samodzielność pod nazwą prywatnego odszkodowania pieniężnego⁸⁶².

W rozwoju tym nie było żadnych przeskoków, a afektywne podłoże reakcji odwetowych, zarówno o charakterze prywatnym, jak i społecznym, przetrwało w reakcji karnej do czasów współczesnych. Afekt odwetu stanowi siłę, z powodu której nowoczesna kara, pomimo nasycenia ideą resocjalizacji, nadal w znacznej mierze stanowi publiczną zemstę⁸⁶³. Przeżycia te przeszły długotrwały test selekcji naturalnej, nie może więc zaskakiwać, że podejmowane przez kierunki tzw. obrony społecznej i nowej obrony społecznej próby zastąpienia odwetowej reakcji karnej środkami ochrony społeczeństwa przed jednostkami antyspołecznymi, pojmowanymi jako oparta na naukowych podstawach, moralnie neutralna terapia za pomocą orzeczonej kary lub innych środków, nie zakończyły się sukcesem i nie doprowadziły do przemodelowania prawa karnego w kierunku postulowanego „ideału resocjalizacyjnego”. Rozczarowanie osiągniętymi rezultatami otworzyło drogę dla neoklasycyzmu, który w dużym stopniu nawiązuje do założeń szkoły klasycznej, opierając się na tradycyjnym, moralnym rozumieniu kary jako sprawiedliwej odpłaty za zawiniony czyn przestępczy⁸⁶⁴. J. Makarewicz pomylił się więc prognozując w latach dwudziestych XX w., że za kilkadziesiąt lat tradycyjne prawo karne „zatopi fala amerykańskiego eksperymentu”, zastępującego kary środkami administracyjnymi dostosowanymi do osobowości przestępcy, którą w Europie „wyczuli tylko garstka ludzi – tzw. włoska szkoła pozytywna”. Lwowski uczony wyraźnie uległ duchowi epoki, nie dostrzegając, że jego własne badania nad

⁸⁵⁹ Zob. J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 205-207.

⁸⁶⁰ F. Liszt wyodrębnił w tym procesie trzy główne etapy: pierwotną i instynktowną reakcję społeczną na naruszenia warunków życia przez jednostkę (kara jako działanie impulsywne); upaństwowienie kary (objektywizacja kary); w końcu zaś nadanie karze charakteru środka służącego ochronie porządku prawnego (kara jako celowa ochrona dóbr prawnych) (zob. D. Janicka, *Makarewicz...*, op. cit., s. 119; M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 54).

⁸⁶¹ Tracąc wraz z rozwojem koncepcji kary publicznej charakter alternatywy dla ukarania i stając się środkiem uzupełniającym karę, który umożliwia spełnianie przez prawo karne funkcji kompensacyjnej (zob. S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 74-75).

⁸⁶² By ostatnio znów rozgałęzić się i jedną ze swych odnóg ponownie połączyć się z nurtem społecznej reakcji karnej w ramach idei tzw. trzeciej drogi, kładącej nacisk na realizację funkcji kompensacyjnej prawa karnego oraz urzeczywistnienie idei sprawiedliwości naprawczej poprzez wyrównanie szkody pokrzywdzonemu już w ramach akcji karnej i przywrócenie w ten sposób równowagi społecznej zaburzonej przez przestępstwo.

⁸⁶³ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 267-296.

⁸⁶⁴ Zob. M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 55-59; M. Kulik, *Historyczny...*, [w:] *Prawo...*, red. M. Mozgawa, op. cit., s. 57-59; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 25-26; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 55-56.

istotą przestępstwa i kary nakazywały wątpić w możliwość pełnego wdrożenia „ideału resocjalizacyjnego” bez całkowitego przekształcenia społecznej natury człowieka, którą skądinąd sam doskonale odczytał⁸⁶⁵.

Odwetowy, potępiający sens reakcji społecznej wyrażany przez pojęcia „przestępstwa” i „kary”⁸⁶⁶ niewątpliwie nie zniknie w dającej się przewidzieć przyszłości. Prawo karne wykształciło się nie tylko jako jeden z mechanizmów ochrony zasady wzajemności, ale zarazem samo w sobie stanowi jej realizację w aspekcie odwzajemnienia negatywnego (*malum passionis propter malum actionis*)⁸⁶⁷. Fakt ten uświadomiono sobie bardzo wcześnie. To w opozycji do wyrażonego przez pitagorejczyków sposobu pojmowania sprawiedliwości jako „wetu za wet oddania” („sprawiedliwość to taka sama liczba tego samego, ponieważ odpłaca ona tym samym za to samo”) Arystoteles sformułował swój postulat by kara była celowym środkiem zmierzającym do tego, żeby „tych co źle czynią (...) od złego rychlej odwiedli”, a „tych co dobrze się sprawują (...) do dobrego tym więcej pobudzili”⁸⁶⁸.

4.3. Talion

Za jednoznaczny przejaw negatywnego aspektu zasady *do ut des* na obszarze prawa karnego uważa się zasadę talionu. Element odpłaty występuje jednak również w zemście krwawej⁸⁶⁹, jak i w każdej innej reakcji karnej. Prawo karne, dopóki występować w nim będzie racjonalizacja sprawiedliwościowa, zawsze stanowi formę realizacji zasady wzajemności w jej aspekcie negatywnym.

⁸⁶⁵ Zob. J. Makarewicz, *U.S.A.*, op. cit., s. 167-168. Należy tu jednak zaznaczyć, że kilka lat wcześniej J. Makarewicz zakładał, że zastąpienie prawa karnego (opartego na zasadzie odpłaty) instytucjami „czystej walki z przestępczością” zajmie wiele czasu, ponieważ podejście celowe nie uwzględnia psychologii społecznej oraz „przeciętnego zapatrywania” (zob. idem, *Prawo karne ogólne*, op. cit., s. 21; idem, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 21). Odwrót od „eksperymentu pozytywnego” nastąpił bardzo szybko: już w 1935 r. był on wyraźnie dostrzegalny dla St. Rappaporta, a jego rzecznikami byli nawet najbliżsi współpracownicy Ferri’ego – E. Florian i F.M. Grispini (E.St. Rappaport, *Media...*, op. cit., s. 7).

⁸⁶⁶ Jak słusznie zauważył W. Wolter, „kara odwetowa jest pojęciem tautologicznym” (W. Wolter, *Czy uchylić zakaz analogii w prawie karnym*, *CzPiE* 1936, t. 30, s. 57).

⁸⁶⁷ Odwzajemnienie negatywne (odwet, zemsta) należy do uniwersaliów kulturowych (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 619). Współczesna nauka o człowieku pozwala na nowo odczytać myśl Grocjusza, który postrzegał karę jako naturalną konsekwencję złego czynu, rodzaj konieczności będącej jednym z fundamentalnych praw natury (zob. J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, op. cit., s. 24).

⁸⁶⁸ Zob. W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 80; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 248.

⁸⁶⁹ Zob. np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 420.

Tego charakteru nie pozbawia reakcji karnej fakt, że dolegliwość wyrządzana w ramach odwetu bywa większa aniżeli zło, które go uzasadniło⁸⁷⁰, co może mieć miejsce zarówno w przypadku krwawej zemsty, która w swej najbardziej pierwotnej, czysto afektywnej i przedprawnej, postaci nie była limitowana jakąkolwiek proporcjonalnością⁸⁷¹, czy tzw. talionu symbolicznego (kar odzwieczających), ale również kary we współczesnych systemach prawnych⁸⁷². Reakcja ta stanowi odpłatę nie tylko za naruszenie dobra pozytywnie wartościowanego przez daną grupę, ale również za sam atak na nie. Regułą jest też, że przestępstwo nie narusza jedynie tego dobra, które wprost jest przedmiotem ochrony norm prawa karnego, ale równocześnie i inne, których prosta restytucja nie jest możliwa⁸⁷³. W odpłatę immanentnie wkomponowane są, obok wymiaru wyrównawczego, także elementy prewencyjne, co również powoduje, że odwet często wymierzany jest z pewną „nadwyżką”.

Często przyjmuje się, że talion był cywilizacyjną innowacją, która przyniosła postęp w porównaniu z zemstą krwawą⁸⁷⁴. Taką tezę uzasadnia się wskazując, że *ius talionis* ograniczał zemstę do wyrządzenia sprawcy zła nie przekraczającego tego, co sam uczynił, a także, że talion przekształcił odpowiedzialność rodową w odpowiedzialność zindywidualizowaną⁸⁷⁵. Jak się również przyjmuje, talion, który wprowadzał w interesie grupy ograniczenia co do środka lub sposobu wykonania reakcji krewniczej (krwawej zemsty pomiędzy plemionami, wsiami czy rodzinami), tworzył przy okazji skalę do ustalania okupu i przez to przyczynił się do rozwoju systemu kompozycji jako sposobu na wykupienie się sprawcy od zemsty poprzez wynagrodzenie wyrządzonych jej szkód moralnych i materialnych⁸⁷⁶. W konsekwencji, jak się uważa, talion pośrednio wpłynął też na rozwój idei kary publicznej, która pojawiła się, gdy rządzący przywłaszczyli sobie prawo rozstrzygania

⁸⁷⁰ Trzeba jednak pamiętać, że hierarchia dóbr może być odmienna w różnych kulturach, co nakazuje z dużą ostrożnością odwoływać się przy tego typu wnioskowaniach do wartościowań upowszechnionych we własnym kręgu kulturowym.

⁸⁷¹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 268; idem, *Ewolucja...*, op. cit., s. 127.

⁸⁷² Zob. np. art. 277a § 1 k.k.

⁸⁷³ Dotyczy to np. godności osobistej pokrzywdzonego podważonej przez sam fakt bycia ofiarą przestępstwa (zob. J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 302; idem, *Wstęp...*, op. cit., s. 398).

⁸⁷⁴ J. Makarewicz postrzegał jednak talion nie tyle jako specyficzne stadium rozwoju zemsty prywatnej, co kolejny etap rozwojowy „zemsty ludu”, na którym po raz pierwszy pojawiła się myśl o „owej metafizycznej sprawiedliwości: *sum cuique tribuere* (w możliwie obiektywnym znaczeniu słowa *sum* – należytej odpowiedzialności za skutek)” (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 248; idem, *Ewolucja...*, op. cit., s. 146).

⁸⁷⁵ Tak np. B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 55; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 49 i 420 oraz K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 44.

⁸⁷⁶ Tak B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 55; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 54-55; zob. też W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 49.

wszelkich krzywd⁸⁷⁷, stawiając się w roli poszkodowanego, którego trzeba prosić o przebaczenie i wynagrodzić mu szkodę⁸⁷⁸.

Przy takich założeniach talion mógłby być postrzegany jako występujący na obszarze prawa karnego jeden z wczesnych przejawów ogólnego procesu humanitaryzacji oraz depatrymonializacji życia społecznego, rozumianej jako zastępowanie reguł porządkujących więzi społeczne na biologicznej podstawie doboru krewniaczego bardziej niezależnymi od tego podłoża powiązaniami kulturowymi, stanowiącymi odpowiedź na zapotrzebowanie i możliwości wynikające z rozwijających się relacji mutualistycznych.

Wbrew pozorom ten punkt widzenia nie wydaje się jednak trafny. Obie przytoczone wcześniej tezy o indywidualizującym i limitującym znaczeniu zasady talionu, choć na pewno słuszne w odniesieniu do wielu jej przejawów, mimo wszystko są zbyt kategoryczne. Niewątpliwie przejawem ograniczenia dolegliwości wyrządzonej sprawcy do tej, którą spowodował on sam, jest talion *sensu stricto*⁸⁷⁹, tym niemniej właściwości tej nie wykazuje już tzw. talion symboliczny (np. ucięcie ręki złodziejowi albo oślepienie go, wyrwanie języka krzywoprzysięcy, oszczercy, zdrajcy lub bluźniercy, kastrowanie gwałciciela lub cudzołóży itp.), który jak się wydaje, stanowi wyraz tej samej tendencji do odzwierciedlenia w karze istotnych cech popełnionego przestępstwa w przypadku czynów, w odniesieniu do których nie jest możliwe mechaniczne odwzajemnienie za pomocą talionu właściwego⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 54-55.

⁸⁷⁸ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 254-255. Należy jednak pamiętać, że lwowski uczony wyrażał na ten temat także nieco inny, jak się wydaje bardziej trafny pogląd, zgodnie z którym to nie system kompozycyjny prowadził do powstania kary, realizował on bowiem raczej prywatnoprawny punkt widzenia, niezależnie od którego w każdym społeczeństwie istniało zamknięte prawo karne, oparte na reakcji społecznej (ibidem, s. 290). Przeciwnie, to równoległy rozwój obu rodzajów zemsty (publicznej i prywatnej) doprowadził do wykształcenia się kompozycji, która mogła być wykonywana albo na rzecz jednostki, albo społeczeństwa uosabianego przez władcę (ibidem, s. 253).

⁸⁷⁹ Tzw. talion mechaniczny (prosty, czysty lub realny) (zob. B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 51; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 49; B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 98).

⁸⁸⁰ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 49. Również B. Wróblewski uważał, że kary odzwierciedlające przynależą do tej samej kategorii co talion czysty (B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 216). Natomiast J. Makarewicz – odwołując się do stanowiska Loefflera – przyjmował, że talion symboliczny nie stanowił realizacji idei odwetowej, wyrażał natomiast przekonanie, że „powinno się odpokutować tym członkiem, który grzeszył” (J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 146-147) i miał charakter prewencyjny, polegał bowiem na zastosowaniu takich środków, które miały uchronić społeczeństwo przed powtórным przestępstwem tego samego sprawcy (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 248-251; idem, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 96). Stanowisko to może wyjaśnić szereg postaci talionu symbolicznego, nie potrafi jednak wytłumaczyć innych, np. takiej kary odzwierciedlającej, jak zalanie gardła fałszerza roztopionym ołowiem (zob. *Encyklopedia Podręczna Prawa Karnego*, t. 2, red. W. Makowski, Warszawa s.a., s. 608). Wydaje się, że najbardziej trafne jest stanowisko kompromisowe: talion symboliczny trzeba uznać przede wszystkim za przejaw ekwiwalencji tożsamościowej, co nie wyklucza, że można w nim dostrzec również przejawy uwzględniania funkcji prewencyjnej prawa karnego (zob. J. Warylewski, *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*, Gdańsk 2007, s. 88).

Nie zawsze też, nawet w swej czystej postaci, talion prowadził do indywidualizacji odpowiedzialności. Przykład przeciwny odnaleźć można w prawach Hammurabiego, które w pewnych przypadkach przewidywały odwet na zasadzie talionu połączonego z zasadą odpowiedzialności rodowej, polegający na zabiciu syna sprawcy (np. budowniczego, który tak niedbale zbudował dom, że budynek zawalił się powodując śmierć syna jego właściciela czy też wierzyciela, który poprzez okrutne traktowanie spowodował śmierć syna dłużnika) lub jego córki (w przypadku śmiertelnego zranienia kobiety ciężarnej)⁸⁸¹.

Szereg przesłanek przemawia za hipotezą, że talion jest równie pierwotny jak sama zasada wzajemności. *Ius talionis* jest bowiem przejawem wzajemności tożsamościowej, która jest najprostszą formą ekwiwalencji⁸⁸², a co więcej sam talion nie jest wynalazkiem ludzkim: również szympansy karzą naganne zachowania odwetem tożsamościowym⁸⁸³. W społeczeństwach ludzkich zasada talionu występowała już na bardzo wczesnych etapach rozwoju, znacznie wyprzedzających ten, na którym sformułowano ją w Starym Testamencie słowami: „Życie za życie, oko za oko, ząb za ząb, ręka za rękę, noga za nogę”⁸⁸⁴, a w najdawniejszym świecie Hellenów: „Przeciwstaw zdanie wrogie zdaniu wrogiemu i płac uderzeniem śmiertelnym za uderzenie śmiertelne”⁸⁸⁵. Na dalszych etapach rozwoju cywilizacyjnego odwet tożsamościowy przewijał się przez bardzo długi okres czasu jako stały motyw sprawiedliwości wyrównawczej, towarzysząc przeobrażeniom zemsty krwawej, biorąc udział w kształtowaniu się kompozycji i w końcu przechodząc do pierwotnych kodyfikacji karnych⁸⁸⁶.

Pośrednim, ale znamionym przykładem, który dowodzi głębokiego zakorzenienia odwetu tożsamościowego w naturze ludzkiej jest ewolucja prawodawstwa Mezopotamii. Kodeks Hammurabiego, którego przepisy świadczą o wysokim poziomie upaństwowienia prawa karnego (brak w nim już np. zasady zemsty krwawej⁸⁸⁷), wprowadza na szeroką skalę

⁸⁸¹ J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 87, 99, 101 i 245-246.

⁸⁸² Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 24 i 283.

⁸⁸³ F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 41.

⁸⁸⁴ Wj 21,7. Przeciwnie hipotezie, że zasada talionu ukształtowała się dopiero na pewnym etapie rozwoju cywilizacyjnego jako ograniczenie zemsty krwawej, zdaje się świadczyć również fakt, że w przypadku prawa staroizraelskiego, które z perspektywy ogólnej ewolucji prawa karnego sytuje się jako archaiczne, w pełni ukształtowana zasada talionu towarzyszyła rozwiniętej zemście krwawej skierowanej także na zstępnych sprawcy i przebiegającej na zasadzie walk rodowych (zob. S. Estreicher, *Najstarsze...*, op. cit., s. 53-54).

⁸⁸⁵ Talion występował w ustawodawstwie Zaleukosa dla kolonii greckiej w Lokri w południowo-wschodniej części półwyspu apenińskiego (połowa VII w. p.n.e.) oraz Charondasa dla miasta Katana we wschodniej Sycylii (połowa VI w. p.n.e.) (zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 94).

⁸⁸⁶ W. Makowski, *Podstawy...*, op. cit., s. 53; B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 55.

⁸⁸⁷ J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 245-246.

zasadę talionu, której z kolei brak we wcześniejszych prawach Ur-Nammu i Bilalamy⁸⁸⁸. Błędny byłby jednak – narzucający się jako pierwszy – wniosek, że spojrzenie na działalność prawodawczą władców Międzyrzecza pozwala „uchwycić w locie” krok rozwojowy polegający na przekształceniu się prymitywnej zemsty krwawej w bardziej postępową odpowiedzialność na zasadzie *iuris talionis*. Problem bowiem w tym, że było wprost przeciwnie: zemsta krwawa nie występuje już we wcześniejszych prawach Ur-Nammu i Bilalamy, a zamiast talionu przewidywane są w nich środki o charakterze kompensacyjnym⁸⁸⁹. Znamienne jest również i to, że w prawach Hammurabiego nie ma jakiegokolwiek wzmianki o zemście krwawej, nawet w formie jej zakazu⁸⁹⁰, co – obok jej niewystępowania również we wspomnianych, starszych o trzy i cztery wieki, prawodawstwach – silnie przemawia za wnioskiem, że w XVII w. p.n.e. nie występowała ona już na terenie Mezopotamii nawet w reliktovej postaci. W konsekwencji J. Klima uznał, że prawa Hammurabiego stanowiły pod tym względem chwilowy⁸⁹¹ krok wstecz w rozwoju prawa karnego cywilizacji Międzyrzecza, który wynikał prawdopodobnie z uwarunkowanych sytuacją społeczno-gospodarczą potrzeb uzasadniających wprowadzenie niezwykle surowych zasad odpowiedzialności w celu odstraszenia potencjalnych sprawców przestępstw⁸⁹².

Jeżeli przypuszczenia J. Klimy są słuszne to Hammurabi jawi się jako pierwszy znany przedstawiciel polityki kryminalnej opartej na negatywnej prewencji ogólnej. Wprowadzając surową represję karną, sięgnął on do głęboko zakorzenionej w umysłowości ludzkiej i przemawiającej do wyobraźni zasady ekwiwalencji tożsamościowej. Tą samą drogą ponad trzy tysiące lat później podążyło późnośredniowieczne prawo włoskie, w którym obowiązujący wcześniej, charakterystyczny dla germańsko-longobardzkiej kultury prawnej system kompozycji, w wyniku oddziaływania prawa rzymskiego wyparty został, także w odniesieniu do przestępstw przeciwko dobrom indywidualnym, przez okrutne kary cielesne i karę śmierci, realizowane na zasadzie talionu⁸⁹³. Wypada podkreślić, że – pomijając kwestię humanitaryzmu – zarówno prawa Hammurabiego, jak kodyfikacje średniowiecznych miast włoskich, stanowiły szczytowe osiągnięcia swoich epok, tak pod względem techniki

⁸⁸⁸ Ibidem, s. 29-31, 246 i 265-266.

⁸⁸⁹ Ibidem; zob. też C. Kunderewicz, *Najstarsze prawa świata*, Łódź 1990, s. 28; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 81 i 173-174.

⁸⁹⁰ J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 283; S. Estreicher, *Najstarsze...*, op. cit., s. 32.

⁸⁹¹ W późniejszych tzw. prawach hetyckich zasada talionu już nie występuje (zob. J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 246; M. Mazoyer, C. Koray Zeynep, *O „kodeksie hetyckim”*, op. cit., s. 109 i 117).

⁸⁹² J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 43, 56-57, 71-73 i 265-266.

⁸⁹³ Zob. B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 173-174.

legislacyjnej, jak i poziomu myśli prawniczej (z tej perspektywy kodeks Hammurabiego, w którym pojawiły się już np. zaczątki zasady winy, porównywany bywa do prawodawstwa epoki Karolingów⁸⁹⁴), w konsekwencji czego odcisnęły trwałe piętno na dalszym rozwoju prawa karnego⁸⁹⁵.

Odwet tożsamościowy bez trudu można dostrzec także współcześnie tam, gdzie system kar nie jest ogólnie narzucony decyzją legislacyjną zakotwiczoną w filozoficznych teoriach kary, ale wynika z praktyki sądowej. Orzecznictwo sądów amerykańskich dostarcza tu takich przykładów, jak skazanie właściciela nieruchomości czynszowych wyzyskującego najemców na areszt domowy w jednej ze swoich dotychczas wynajmowanej nieruchomości o najniższym standardzie, na terenie której zadomowiły się szczury, zobligowanie sprawcy włamania do wpuszczenia pokrzywdzonego do swojego własnego mieszkania i umożliwienie mu zabrania sobie dowolnej jego rzeczy, czy skazanie kobiety, która porzuciła kocięta na samotny pobyt w lesie w zimną listopadową noc bez jedzenia i picia przy dyskretniej ochronie strażników parku⁸⁹⁶. Chyba każdy przyzna, że na myśl o przytoczonych rozstrzygnięciach odczuwa rodzaj satysfakcji moralnej, choćby kłóciła się ona z świadomie wyznawanymi poglądami z zakresu filozofii i polityki karania.

5. Przestępstwo z perspektywy psychologii ewolucyjnej

5.1. Biologiczne podłoże poczucia sprawiedliwości wyrównawczej

Pojmowanie przestępstwa jako czynu popełnionego przez członka danej grupy społecznej, na który pozostali jej uczestnicy, uznając go za szkodliwy, reagują zewnętrznym i wspólnotowym ograniczeniem jednego z dóbr sprawcy w wyrażającym potępienie akcie zemsty, w pełni konweniuje z opartym na współczesnej nauce o człowieku modelem *hominis neuropsychologensis*. Pozwala bowiem uwzględnić, że u podłoża zjawiska przestępstwa leżą przeżycia psychiczne oparte na nadbudowanych na afektywnym fundamencie rozumowaniach moralnych, które rozpowszechniając się wśród osób tworzących daną społeczność, stają się w niej interpersonalnymi racjami postępowania, a więc uzyskują normatywny charakter z uwagi na współwystępowanie w nich internalnego i eksternalnego aspektu.

⁸⁹⁴ J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 248; S. Estreicher, *Najstarsze...*, op. cit., s. 18.

⁸⁹⁵ Zob. J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 7, 49-50; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 174.

⁸⁹⁶ G. Maroń, *Kary...*, op. cit., s. 9-10.

W ewoluującej kulturze wartościowania tych samych stanów rzeczy ulegały daleko idącym nieraz przeobrażeniom: w jednej społeczności tożsame zachowanie mogło być oceniane jako złe w stopniu uzasadniającym karny odwet, w innej natomiast uważano je za obojętne lub nawet pożądane. Zmieniały się kategorie podmiotów, wobec których odwet mógł być skierowany, reguły przypisania im negatywnie ocenianego stanu rzeczy czy też rodzaj wymierzanych kar. Tym natomiast, co wydaje się niezmiennie w prawie karnym wszystkich epok i kultur jest właśnie moralne przeżycie potrzeby odwetu jako wyrazu potępienia podmiotu, któremu przypisywany jest negatywnie wartościowany stan rzeczy. U podłoża prawa karnego leży więc instynkt odwetu, który w swej rudymen tarnej postaci, wiąże się z odczuciem intensywnego gniewu motywującego do dokonania aktu zemsty, nawet gdyby miało się to wiązać z poniesieniem własnych kosztów⁸⁹⁷. Odwet jest rodzajem złośliwości, umotywowanej repulsją moralną, w której „nagrodą” za poniesione lub grożące mszczącemu się koszty jest fakt wyrządzenia zła osobie, przeciwko której zemsta jest skierowana⁸⁹⁸.

Potwierdzenia hipotezy o biologicznym fundamencie wykształconego u człowieka poczucia sprawiedliwości wyrównawczej – obok faktu uniwersalnego występowania tego przeżycia w każdej kulturze⁸⁹⁹ – dostarczają eksperymenty z zakresu psychologii ekonomicznej prowadzone z wykorzystaniem scenariuszy opracowywanych na gruncie teorii gier.

Szczególnie interesującym z tego punktu widzenia przykładem gry o sumie niezerowej jest przetarg ultymatywny (Ultimatum) polegający na tym, że jeden z graczy (proponujący) otrzymuje określoną sumę pieniędzy i ma zaproponować wybrany przez siebie sposób jej podziału drugiemu z graczy (reagującemu), przy czym poza złożeniem oferty oraz zakomunikowaniem decyzji o jej przyjęciu lub odrzuceniu gracze nie mają możliwości innej komunikacji. W przypadku akceptacji zaproponowanego podziału przez reagującego dochodzi on do skutku w zaproponowanej proporcji, natomiast odmowa z jego strony pozbawia pieniędzy obu grających⁹⁰⁰.

Eksperymenty polegające na rozgrywaniu tej gry w różnych populacjach dostarczają argumentów wspierających hipotezę o istnieniu biologicznych, adaptatywnych fundamentów

⁸⁹⁷ Szeroką argumentację na rzecz hipotezy, że ludzkie poczucie sprawiedliwości wyewoluowało z instynktu odwetu przedstawiła S. Jacoby (zob. S. Jacoby, *Wild...*, op. cit., passim).

⁸⁹⁸ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 149-150.

⁸⁹⁹ Zadośćuczynienie za doznane zło D. Brown zaliczył do uniwersaliów kulturowych (S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 621).

⁹⁰⁰ Co do idei i zasad gry w przetargu ultymatywnym zob. T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 378-379.

przeżyć moralnych prowadzących do zachowań odwetowych. Odrzucenie nawet drastycznie nierównego podziału (o ile proponujący nie zamierzał zachować całej kwoty dla siebie) przez osobę, której jest on proponowany, *prima facie* wydaje się wyborem nieracjonalnym, skoro oznacza to rezygnację z jakiegokolwiek własnego wzbogacenia⁹⁰¹. Pomimo tego, niezależnie od populacji, w której badania tego rodzaju przeprowadzono⁹⁰², wbrew przewidywaniom formułowanym przez klasyczną ekonomię opartą na teorii racjonalnego wyboru, ludzie nie zachowywali się zgodnie z modelem racjonalnego optymalizatora i bardzo często odmawiali zgody na podział, w wyniku którego druga strona miała być rażąco uprzywilejowana⁹⁰³. Możliwość ukarania drugiego gracza za niesprawiedliwą propozycję miała więc subiektywnie większą wartość aniżeli maksymalizacja własnej użyteczności⁹⁰⁴. Z kolei osoby obsadzone w roli gracza pierwszego, także wbrew prognozom opartym na teorii racjonalnego wyboru, lecz dobrze antycypując zachowania ich partnerów, z reguły ograniczały swoją zachłanność proponując znacznie więcej niż minimum (średnia propozycja wynosi od 30 do 40%, mediana zaś od 40 do 50%), a największa liczba badanych (33%) dzieliła wyjściową kwotę po równo⁹⁰⁵.

Jednoznacznych dowodów, że przyczyną takich decyzji nie jest wyłącznie kalkulacja oparta na obawie odrzucenia niekorzystnej oferty przez drugiego gracza, ale autentycznie odczuwana potrzeba dokonania sprawiedliwego podziału, dostarczają wyniki gry Dyktator, która stanowi modyfikację przetargu ultymatywnego, polegającą na tym, że drugi gracz jest jedynie biernym odbiorcą proponowanej sumy pieniędzy, ale nie może odrzucić oferty z negatywnym skutkiem dla proponującego. Pomimo, że w tym scenariuszu proponujący nie

⁹⁰¹ Ibidem, s. 380.

⁹⁰² Zob. ibidem, s. 385-388.

⁹⁰³ Oferty niższe niż 20% kwoty wyjściowej są odrzucane przez około połowę graczy reagujących (zob. ibidem, s. 381).

⁹⁰⁴ Co ważne, w badaniach, w których zmieniono scenariusz w taki sposób, że o podziale decydowała osoba trzecia (bankier) albo przypadek, gracze reagujący akceptowali bardziej niekorzystne dla siebie podziały, niż w przypadku, gdy autorem niesprawiedliwej oferty był drugi gracz, który miał z tego odnieść korzyść. Najmniej do odwetu skłaniał nierówny podział o charakterze losowym (zob. ibidem, s. 381-383).

⁹⁰⁵ Bardzo rzadko zdarzały się oferty skrajnie niskie (poniżej 10% kwoty wyjściowej) i – co oczywiście też nie dziwi – przekraczające 50%. W innych wariantach eksperymentu, w których gracze proponujący byli ograniczeni do dwóch możliwych podziałów, z których pierwszy był wysoce dla nich korzystny (8:2), a drugi – w zależności od scenariusza – równościowy (5:5), rażąco dla nich niekorzystny (2:8) albo skrajnie niekorzystny dla drugiego z graczy (10:0), proponujący pozostawali przy pierwszym podziale, gdy drugi wiązał się z jeszcze większym pokrzywdzeniem partnera (żaden z proponujących nie wybrał podziału 10:0) albo, gdy wiązałoby się to z działaniem na własną szkodę (około 70% pozostało przy podziale 8:2, gdy alternatywą był podział 2:8), z reguły natomiast (około 70% graczy) korzystali z możliwości złożenia propozycji podziału po równo zamiast 8:2 na własną korzyść. Gracze reagujący byli natomiast bardziej skłonni odrzucić podział 8:2 na własną niekorzyść, gdy proponujący miał możliwość złożenia oferty podziału równościowego (44% odrzuceń), mniej, gdy musiałby on działać na własną niekorzyść proponując 2:8 (27%), a bardzo rzadko (9%) odrzucali taki podział, gdy jedyną alternatywą było jeszcze większe pogorszenie ich sytuacji (zob. T. Zaleskiwicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 380-384).

ma żadnej racjonalnej motywacji do zaproponowania jakiejkolwiek kwoty drugiemu graczowi, który podobnie jak w przetargu ultymatywnym pozostaje anonimowy (by uniknąć wpływu na decyzję proponującego obawy o jego reakcję emocjonalną), wyniki badań pokazują, że także i w tym przypadku ludzie skłonni są do brania pod uwagę norm zorientowanych prospołecznie, rezygnując z egoistycznego maksymalizowania własnej użyteczności⁹⁰⁶.

5.2. Ewolucyjne wyjaśnienie instynktu odwetu i karania altruistycznego

Przedstawiane przez psychologów ewolucyjnych wyjaśnienie wyników badań prowadzonych z wykorzystaniem różnych wariantów scenariusza przetargu ultymatywnego opiera się na spostrzeżeniu, że relacje wymiany, które stanowią zasadniczą część ludzkiej egzystencji społecznej, mają charakter iterowany i odbywają się – w zasadzie – w nieskończonym horyzoncie czasowym (w sensie praktycznie nieograniczonego katalogu akcji, jakich jednostka może dokonać w ciągu swojego życia). W konsekwencji doszło do wykształcenia się mechanizmu psychicznego, który preferuje strategię polegającą na rezygnacji z bieżącej korzyści dla poprawienia pozycji przetargowej w kolejnych rozegraniach. Taka strategia może być faworyzowana przez dobór naturalny, ponieważ akceptacja niekorzystnego podziału skłaniałaby uczestników kolejnych interakcji z udziałem tej jednostki do przyjmowania strategii uwzględniających możliwość jej wyzyskania⁹⁰⁷. O sile tego mechanizmu „awersji do bycia frajerem” (*aversion against being the „sucker”*) świadczy fakt, że także w nieiterowanych wersjach gry uczestnicy odmawiali zgody na niesprawiedliwy podział, pomimo świadomości, że podjęta decyzja oznacza rezygnację z zysku, a z uwagi na charakter gry nie zostanie to w żaden sposób zrekompensowane w przyszłości⁹⁰⁸. Odpowiada to rudymentarnej, egocentrycznej postaci poczucia sprawiedliwości (tzw. awersji do nierówności), obserwowanej już u małych człekokształtnych (np. wspomnianych już kapucynek⁹⁰⁹).

⁹⁰⁶ Zob. ibidem, s. 388-392.

⁹⁰⁷ Zob. E. Fehr, S. Gächter, *Cooperation and Punishment in Social Goods Experiments*, „American Economic Review” 2000, Vol. 90, No. 4, s. 980-994.

⁹⁰⁸ Zob. J.N. Bearden, *Ultimatum Bargaining Experiments: The State of the Art*, publikacja dostępna online pod adresem: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=626183 [data dostępu: 8 września 2019 r.].

⁹⁰⁹ F. de Waal zwrócił uwagę na to, że wyniki przeprowadzanych z udziałem ludzi gier w przetarg ultymatywny pokazują ten sam wzór reakcji, jaki zaobserwowano u kapucynek (zob. F.B.M. de Waal, *Malpa...*, op. cit., s. 293-294).

Według R. Triversa instynkt odwetu wykształcił się jako mechanizm przeciwdziałający zagrożeniom związanym z przewagą, jaką w relacjach altruizmu wzajemnego daje oszustom możliwość wyzyskiwania pozytywnych emocji, które wyewoluowały jako psychologiczne podłoże motywujące do angażowania się w te relacje. Odwet spełnia kilka różnych funkcji, które – co też znamienne – dość ściśle odpowiadają wyróżnianym w nauce prawa karnego funkcjom tej gałęzi prawa. Po pierwsze, równoważy on brak wzajemności po stronie jednostki dopuszczającej się nadużycia, stanowiąc dla altruisty nagrodę o charakterze emocjonalnym. Po drugie oddziałuje wychowawczo na jednostkę niekooperującą poprzez natychmiast wyrządzoną jej krzywdę albo zapowiedź jej wyrządzenia w przyszłości, ewentualnie także poprzez zapowiedź odmowy przyszłej pomocy⁹¹⁰. W końcu zaś, w wyjątkowych przypadkach, odwet bezpośrednio służy selekcji darwinowskiej poprzez fizyczną lub społeczną eliminację jednostki naruszającej reguły wzajemności, tj. okaleczenie jej, pozbawienie życia lub wygnanie⁹¹¹.

Walka o lepszą pozycję w przyszłych relacjach wymiany wyjaśnia adaptacyjny charakter przeżyć odwetowych skierowanych przeciwko sprawcy szkody wyrządzonej karzącemu. Pewną trudność sprawia natomiast wytłumaczenie tzw. odwetu nieegocentrycznego, skierowanego przeciwko sprawcy szkody wyrządzonej innym osobom lub całej społeczności, który z uwagi na taką specyfikę bywa również nazywany karaniem altruistycznym⁹¹².

Ewolucjoniści proponowali różne wyjaśnienia zachowań prawdziwie altruistycznych (*genuine non-reciprocal altruism*)⁹¹³. Postrzegane są one np. jako nieadaptatywne skutki uboczne altruizmu krewniaczego, wynikające z zawodności mechanizmów rozpoznawania

⁹¹⁰ Na dawniejszych etapach rozwoju prawa karnego miało to swój dosłowny odpowiednik w szeroko rozpowszechnionej karze wyjęcia spod prawa, polegającej na pozbawieniu ukaranego ochrony ze strony jego grupy społecznej, co w połączeniu ze statusem „obcego” na tym poziomie rozwoju cywilizacyjnego wiązało się także z dopuszczalnością, a nawet powinnością, zachowań agresywnych wobec niego, aż do pozbawienia życia włącznie (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 235-245).

⁹¹¹ R.L. Trivers, *The Evolution...*, op. cit., s. 49. Taką funkcję wprost przypisywano prawu karnemu w czasach, jak to określił J. Makarewicz, odwrótu od zapoczątkowanej przez Beccarię atmosfery „pewnego sentymentalizmu w wymiarze sprawiedliwości”. E. Haeckel stwierdził nawet, że kara śmierci „działa wprost dobroczynnie, jako proces sztucznej selekcji” (E. Haeckel, *Die Natürliche Schöpfungsgeschichte*, Berlin 1868, s. 155; cyt. za: J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 126). Już jednak T. Huxley był przekonany, że presja selekcyjna, jaką na ewolucję cech wywiera karanie, nawet w przypadku kary śmierci czy długoletniego więzienia, jest zbyt słaba by faktycznie eliminować cechy odpowiedzialne za skłonność do popełniania przestępstw (zob. T.H. Huxley, *Evolution...*, op. cit., s. 38-40). Współcześnie przyjmuje się z reguły, że tzw. silna selekcja (wpływ zjawisk kulturowych na dziedziczenie cech biologicznych) nie występuje, a przynajmniej jej wpływ jest niezauważalny w bardzo krótkiej, jak na tempo ewolucji genetycznej, perspektywie czasowej tego oddziaływania.

⁹¹² Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 149-151.

⁹¹³ Posługiwanie się określeniem „altruizm” w odniesieniu do zachowań agresywnych jest uzasadnione, jeżeli spojrzeć na nie z perspektywy osoby w interesie czyjej lub z uwagi na czyją krzywdę akt ten jest dokonywany. Odwet niewątpliwie może być korzyścią świadczoną w ramach altruizmu wzajemnego albo bezinteresownie darowaną.

krewnych (takich jak np. częstość wzajemnych kontaktów), które wyewoluowały – jako adaptatywne – w warunkach panujących w środowiskach ancestralnych. Inni badacze traktują czysty altruizm jako nieadaptatywną nadkooperatywność na tle altruizmu wzajemnego, związaną z skłonnością do traktowania wszystkich interakcji jako powtarzalnych, co było uzasadnione w *EEA*, a nie jest w warunkach współczesnych⁹¹⁴. W obu przypadkach altruizm czysty uznać należałoby zatem jedynie za przejaw tzw. opóźnienia adaptacyjnego. Kolejne stanowisko, także zakładające nieadaptatywny charakter bezinteresownego altruizmu, przyjmuje, że przynajmniej niektóre z zachowań altruistycznych mogą być wynikiem racjonalnych decyzji, do których człowiek jest zdolny dzięki swojej autonomii pozwalającej przyjąć nieegocentryczny punkt widzenia poszerzający „krąg moralnej troski” poza osoby spokrewnione, bez perspektywy jakiegokolwiek bezpośredniej czy pośredniej korzyści dla siebie⁹¹⁵.

Wobec niezwyklej złożoności i wielowymiarowości ludzkich procesów psychicznych, nie można całkowicie wykluczyć wpływu przytoczonych powyżej zjawisk na występowanie wśród ludzi zachowań bezinteresownie altruistycznych. Skoro jednak ta postać altruizmu ze swej definicji ma polegać na ponoszeniu kosztów, w tym najdalej idących, bez bezpośrednich korzyści dla sukcesu reprodukcyjnego własnych genów, to nieuchronnie powinno to prowadzić do skutecznego jej eliminowania przez dobór naturalny. Tak się jednak nie dzieje, w związku z czym koncepcje sprowadzające prawdziwy altruizm do skutków opóźnienia adaptacyjnego czy też egzaptacji uznać należy za niewystarczające⁹¹⁶.

W poszukiwaniu adaptatywnego wyjaśnienia czystego altruizmu odwoływano się m. in. do teorii doboru płciowego, traktując to zjawisko jako jego produkt, wynikający z atrakcyjności dla osób przeciwnej płci zachowań świadczących o skłonności do poświęceń, która jest cechą wysoce korzystną z punktu widzenia partnera i potomstwa, a przy tym może świadczyć o wysokim dostosowaniu genetycznym osoby, która potrafi przeżyć pomimo „obciążenia” skłonnościami altruistycznymi⁹¹⁷.

⁹¹⁴ Zob. R.L. Trivers, *Mutual Benefits at All Levels of Life*, „Science” 2004, Vol. 304, s. 964-965; E. Fehr, S. Gächter, *Altruistic Punishment in Humans*, „Nature” 2002, Vol. 415, s. 137-140.

⁹¹⁵ Zob. P. Singer, *The Expanding...*, op. cit., np. s. 139-140; zob. także J. Haidt, *Emotional...*, op. cit., s. 814-834.

⁹¹⁶ Wiązanie tej formy altruizmu z ludzkim *EEA* albo wytworami rozbudowanej świadomości refleksyjnej człowieka ma dodatkowo tę słabość, że nie wyjaśnia faktu jej występowania u niektórych zwierząt (zob. P. Singer, *The Expanding...*, op. cit., s. 6-8; F.B.M. de Waal, *Ewolucja...*, op. cit., s. 54-57).

⁹¹⁷ Koncepcja ta zdaje się tłumaczyć większą skłonność mężczyzn do aktów altruizmu heroicznego, zgodnie bowiem z teorią inwestycji rodzicielskiej wewnątrzpłciowe współzawodnictwo jest szczególnie intensywne wśród mężczyzn, ponieważ mogą oni – w przeciwieństwie do kobiet – zwiększyć swój sukces reprodukcyjny (liczbę potomstwa) poprzez posiadanie większej liczby partnerek seksualnych (zob. W. Zahuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 49 i 64; Am. Zahavi, Av. Zahavi, *The Handicap Principle: A Missing Piece*

Innego wytłumaczenia altruizmu bezinteresownego jako zjawiska o charakterze adaptatywnym próbowała dostarczyć, formułowana w ramach teorii koewolucji genetyczno-kulturowej, koncepcja genetycznego doboru grupowego. Zgodnie z nią mechanizm ewolucyjny może sprzyjać wytworzeniu się postaw altruistycznych wobec niespokrewnionych członków grupy, ponieważ dzięki ich rozpowszechnieniu grupa lepiej adaptuje się jako całość do warunków środowiskowych, a ponadto ma przewagę w konfrontacji z innymi grupami⁹¹⁸. Na gruncie tej teorii sformułowano hipotezę, że dobór grupowy może odpowiadać za wyewoluowanie zjawiska karania altruistycznego w związku z wykształceniem się tzw. silnej wzajemności (*strong reciprocity*), definiowanej jako skłonność do karania – na własny koszt – nawet wtedy, gdy nie można oczekiwać, że koszt ten zostanie zwrócony przez inne osoby lub w późniejszym czasie⁹¹⁹.

Ten kierunek eksplanacyjny wydaje się przekonujący, choć z pewnymi zastrzeżeniami, które zostaną przedstawione nieco dalej. Funkcjonowanie w ramach grupy osób altruistycznie wymierzających kary niewątpliwie wzmacnia w niej mechanizmy zapobiegania „jeździe na gapę”, zwiększając poczucie bezpieczeństwa jej członków w ramach relacji mutualistycznych, dzięki czemu są oni bardziej skłonni do angażowania się w takie relacje. Jest to szczególnie istotne w społeczeństwach cechujących się większą złożonością i populacją, w których znaczna część relacji międzyludzkich nie opiera się na trwałej więzi z drugą stroną i ma charakter jednorazowy. Warunki takie zwiększają pokusę maksymalizacji własnej użyteczności za pomocą oszustwa⁹²⁰. Badania empiryczne przeprowadzane przy wykorzystaniu scenariuszy opracowanych na gruncie teorii gier, takich jak gra zaufania⁹²¹, gra w wymianę podarunków⁹²² czy gra o dobro publiczne (wspólne)⁹²³, potwierdzają,

of Darwin's Puzzle, New York 1999). Dla porządku należy zaznaczyć, że ta perspektywa, podobnie jak i dalsze, które dla wyjaśnienia omawianej postaci altruizmu, poszukują, choćby odległych i pośrednich korzyści dla altruisty, pozbawia to zjawisko waloru bezinteresowności, sytuując je na bardziej już zrozumiałym z pozycji darwinowskich obszarze wyrafinowanego mutualizmu.

⁹¹⁸ Również i tę myśl odnaleźć można u J. Makarewicza: „Ludzie, związani w społeczeństwa dla dopięcia jakiegoś celu, nie zapominają o wrzającej wszędzie walce o byt; związek ich ma ją wprawdzie uczynić łżejszą, ogranicza on ją wprawdzie do wewnętrznych stosunków danego społeczeństwa, mianowicie, o ile jest to potrzebnem dla dopięcia wspólnych celów (...), ale poza tem pozostaje zawsze wolnem rozległe pole, gdzie indywidualne żądze i ideały toczą ze sobą i pomiędzy sobą nieustanną walkę życiową (...). Nie da się zaprzeczyć, że im wyrozumialej postępują uczestnicy tych zapasów życiowych względem innych członków tejże społeczności (...) tem silniejszą jest gmina, tem pewniejszą znów jej przewaga nad drugimi, więcej anarchistycznymi grupami, gdzie samowola ma swobodniejsze pole” (J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 126-127).

⁹¹⁹ H. Gintis, S. Bowles, R. Boyd, E. Fehr, *Explaining Altruistic Behaviour in Humans*, „*Evolution and Human Behavior*” 2003, Vol. 24, Issue 3, s. 153-154.

⁹²⁰ W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 150 i literatura tam powołana.

⁹²¹ Zob. T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 393-395.

⁹²² Zob. ibidem, s. 400-401.

⁹²³ Zob. ibidem, s. 404-405.

że wykształcenie się regularnej praktyki karania za nielojalność i nadużycia faktycznie sprzyja pogłębianiu się kooperacji wewnątrzgrupowej. Pokazują one bowiem, po pierwsze, że zaufanie jest odwzajemniane znacznie częściej, gdy nielojalność może zostać ukarana⁹²⁴. Po drugie, dzięki zaufaniu decyzje uczestników kooperacji są wzajemnie skorelowane, w tym sensie, że pozytywne nastawienie wzajemnie się wzmacnia prowadząc do podejmowania działań opartych na wzajemnej lojalności, a nie na samej racjonalnej kalkulacji własnych korzyści, co zwiększa łączną pulę wypłat, a pośrednio także korzyści dla obu stron⁹²⁵. W końcu zaś, wprowadzenie kar za „jazdę na gapę” (egoizm) do scenariusza (w tym przypadku gry o dobro wspólne) odwraca typową dla tej gry tendencję do upowszechniania się, wraz z kolejnymi powtórzeniami, strategii niekooperatywnych i natychmiast zdecydowanie zwiększa skłonność graczy do współpracy, która wyraża się w dokonywaniu coraz wyższych wpłat do dobra wspólnego⁹²⁶. Warto podkreślić, że przyrost korzyści, jakie dla dobra wspólnego przynosi karanie (wysokości wpłat w porównaniu ze scenariuszem nie przewidującym możliwości karania za egoizm), przewyższają koszt w łącznej wypłacie, jaki zostaje poniesiony poprzez wymierzenie kary⁹²⁷.

Jedyne co może wywoływać zastrzeżenia w przedstawionym powyżej wyjaśnieniu zjawiska altruistycznego karania, to jego oparcie na wysoce wątpliwej koncepcji doboru grupowego. Nie podważa to jednak w żadnej mierze samej jego osnowy związanej z odwołaniem się do generowanych korzyści darwinowskich, zastrzeżenia te mają przy tym właściwie jedynie pojęciowy charakter. Trafnie wskazuje się bowiem, że koncepcja doboru grupowego jest w pełni sprowadzalna do zasad doboru na poziomie genowym. Korzyść dla grupy może być bowiem równocześnie korzyścią dla genów silnego altruisty i to na różne, bezpośrednie i pośrednie sposoby, w tym poprzez zwiększenie jego szans na własny sukces darwinowski w związku z powodzeniem grupy jako całości, przy jednoczesnej maksymalizacji korzyści czerpanych z uczestnictwa w niej w związku z podniesieniem statusu społecznego, uznania i reputacji altruisty⁹²⁸.

⁹²⁴ Ibidem, s. 398.

⁹²⁵ Ibidem, s. 401.

⁹²⁶ Ibidem, s. 409.

⁹²⁷ Ibidem.

⁹²⁸ Znamienne jest, że – jak to już wskazywano – w społecznościach, w których do wymierzenia kary jednostce antyspołecznej w imieniu grupy dochodziło w drodze indywidualnej akcji często podejmowały się jej osoby sprawujące przywództwo. Na temat korzyści jakie altruściści mogą przynieść zachowania altruistyczne zob. także A. Damasio, *Błąd...*, op. cit., s. 199-200.

5.3. Neuronalne korelaty aktu wymierzenia kary

W przeprowadzonym przez zespół de Quervaine'a badaniu polegającym na kontroli aktywności neuronalnej za pomocą pozytonowej tomografii emisyjnej „oszukanych” uczestników wariantu gry zaufania, w ramach którego mogli oni ukarać niełojalnego partnera, wykazano, że wymierzaniu kar towarzyszyła podwyższona aktywność w grzbietowej części prążkowia – tym samym ośrodku, który angażuje się w kodowanie nagród⁹²⁹. Oznacza to, że karanie za niełojalność sprawia karzącemu przyjemność⁹³⁰.

Dla uzyskania pełnego obrazu powyższe ustalenia trzeba zestawić z wynikami eksperymentu przeprowadzonego przez zespół Sanfey'a, który polegał na monitorowaniu, podczas gry w przetarg ultymatywny, aktywności mózgu gracza reagującego za pomocą funkcjonalnego rezonansu magnetycznego. Badanie to pokazało, że zachodzi ujemna korelacja pomiędzy pobudzeniem tej części mózgu, która aktywuje się, kiedy człowiek odczuwa negatywne emocje, takiej jak złość czy obrzydzenie (przednia część wyspy), a skłonnością do akceptowania niesprawiedliwych ofert. Inaczej mówiąc, prawdopodobieństwo odrzucenia oferty było funkcją poziomu aktywności wyspy. Wynika z tego, że zachowanie graczy, sprzeczne z przewidywaniami opartymi na modelu *homo oeconomicus*, jest pochodną przede wszystkim doświadczania silnych, negatywnych stanów emocjonalnych wywoływanych przez otrzymywanie niesprawiedliwych ofert⁹³¹. Ten mechanizm nie jest rzecz jasna ograniczony do relacji ekonomicznych, ale towarzyszy wszelkim interakcjom opartym o normy społeczne⁹³².

Co istotne, badania zespołu de Quervaine'a wykazały zróżnicowanie pomiędzy różnymi osobami jeżeli chodzi o stopień, w jakim zemsta uaktywniała struktury kodujące nagrodę. Im większą zaś przyjemność czerpała dana osoba z karania, tym większy koszty była skłonna ponieść, by móc dokonać aktu odwetu i tym był on surowszy⁹³³. Przyjemność jaką daje

⁹²⁹ Zob. D.J.-F. De Quervain, U. Fischbacher, V. Treyer, M. Schellhammer, U. Schnyder, A. Buck, E. Fehr, *The Neural Basis of Altruistic Punishment*, „Science” 2004, Vol. 305, s. 1254-1258; T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 436-437.

⁹³⁰ Wyniki te zostały potwierdzone w innym eksperymencie, w którym w momencie ukarania niełojalnego partnera za pomocą szoku elektrycznego o niewielkiej sile mózgi graczy wymierzających karę aktywowały się w rejonie jądra półleżącego, a więc również struktury przynależnej do neuronalnego układu nagrody (zob. T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 437).

⁹³¹ Zob. A.G. Sanfey, J.K. Rilling, J.A. Aronson, L.E. Nystrom, J.D. Cohen, *The Neural Basis of Economic Decision-Making in the Ultimatum Game*, „Science” 2003, Vol. 300, s. 1755-1758; T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 434-435.

⁹³² Zob. E. Fehr, S. Gächter, *Cooperation...*, op. cit., s. 980-994.

⁹³³ D.J.-F. De Quervain, U. Fischbacher, V. Treyer, M. Schellhammer, U. Schnyder, A. Buck, E. Fehr, *The neural...*, op. cit., s. 1256-1257; T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 436-437.

zaspokojenie żądzy odwetu może być tak silna, że – jak to ujął Tukidydes – „większą radość sprawia móc się na kimś zemścić, niż w ogóle nie doznać od nikogo krzywdy”⁹³⁴.

Przytoczone badania, choć przeprowadzone w scenariuszu umożliwiającym odwet za krzywdę własną, mogą wskazywać, że również zjawisko określane mianem „altruistycznego karania” ma to samo biologiczne podłoże. Trafność takiego założenia sugerują także badania realizowane z wykorzystaniem scenariusza gry o dobro publiczne z opcją karania niełojalności, które pokazują, że uczestnicy chętnie korzystali z możliwości wymierzenia kary, pomimo że warunkiem dla tej akcji było poniesienie kosztu (opłaty)⁹³⁵.

Przede wszystkim jednak badania zespołów de Quervaine’a i Sanfey’a ukazały neuronalne korelaty Hegłowskiej „potrzeby uznania” czy też Platońskiego *thymos*⁹³⁶, a przecież wypływające z tego źródła reakcje afektywne mogą wynikać z potrzeby nadania samemu sobie wartości poprzez odniesienie się do idei czy wzorców powinnego zachowania. Uzasadnieniem odwetu może zatem być nie tylko krzywda własna, odczuwana z powodu naruszenia określonych powinności wobec karzącego ze strony innej osoby, ale jak uczy potoczne doświadczenie, identyczne negatywne emocje może wywołać podważenie przez tę osobę wartościowych dla karzącego innych osób, przedmiotów czy idei, nawet jeżeli nie towarzyszy temu jakikolwiek uszczerbek dla jego własnych wymiernych interesów. Związane jest to z potrzebą potwierdzenia samego siebie poprzez rzutowanie swojego systemu wartości na zewnątrz. Odmowa jego uznania wzbudza taki sam gniew, jak naruszenie lojalności w relacjach wymiany⁹³⁷. Jego rozładowanie wymaga dokonania aktu zemsty, a jeżeli nie ma na to perspektyw, jako psychologiczna rekompensata wyształcają się i rozpowszechniają – o czym już wspomniano – zespoły memów zawierające wyobrażenie odwetu, np. wizje kary pośmiertnej.

O sile tego rodzaju przeżyć – a także o trafności kolejnego spostrzeżenia Platona dotyczącego związku odwagi z gniewem – świadczy antyczny przykład opisany przez

⁹³⁴ Tukidydes, *Wojna...*, op. cit., s. 197.

⁹³⁵ T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 436.

⁹³⁶ Skądinąd przekonanie obu filozofów o związku tego uczucia z pożądaniem okazało się nad wyraz trafne: oba przeżycia dosłownie mają wspólne siedlisko w strukturze mózgu.

⁹³⁷ Można przypuszczać, że także i w tym przypadku najgłębszym, darwinowskim podłożem gniewu jest obrona własnego statusu społecznego oraz wynikającej z niego pozycji przetargowej w relacjach wymiany, którą podważa każda niezgodna z oczekiwaniami jednostki ocena jej wartości przez innych. Komplementarnym zjawiskiem jest dążenie do podniesienia swojego statusu społecznego poprzez osiągnięcie tego, co pozytywnie wartościowane przez społeczeństwo (np. bogactwa, władzy, określonych właściwości osobistych, umiejętności czy zawodu). Po to by uzyskać aprobatę człowiek dąży do zdobycia tych dóbr, wstydi się kiedy mu się to nie udaje i gniewa, jeżeli inni nie doceniają tego, w czym widzi on swoją wartość (zob. A. Smith, *Teoria uczuć moralnych* [tyt. oryg. *The Theory of Moral Sentiments*], tłum. D. Petsch, Warszawa 1989 [wyd. oryg. Edinburgh 1759], s. 72-73).

Diodora Sycylijskiego, a dotyczący postanowienia Charondasa, ustawodawcy Katany, zgodnie z którym obywatel chcący zmienić przepisy prawa, po poddaniu projektu pod głosowanie rady wkładał głowę w pętlę na szubienicy i jeśli projekt upadł, był natychmiast wieszany⁹³⁸. Pomimo takiego zagrożenia, znalazło się troje śmiałków, którzy wystąpili z projektami zmian i uzyskali akceptację zgromadzenia dla swoich propozycji⁹³⁹. Z perspektywy darwinowskiej nie jest żadnym zaskoczeniem, że każda z nich dotyczyła zastosowania reguły wzajemności u podstaw biologicznej egzystencji człowieka: fundamentalnych dla przetrwania jednostki cech fenotypicznych (wnioskodawca posiadający tylko jedno oko, które zostało wybite przez sprawcę, domagał się zmiany prawa w takim kierunku, by w takiej sytuacji sprawcę całkowicie oślepić, a nie jedynie wybić mu jedno oko, jak to nakazywał dosłownie stosowany talion mechaniczny) oraz bezpośrednich szans prokreacyjnych (porzucony przez żonę starszy mężczyzna wniósł projekt prawa, by małżonek, z którego inicjatywy doszło do rozwodu nie mógł zawrzeć związku małżeńskiego z osobą młodszą niż małżonek opuszczony; córka-dziedziczka, której ojciec zmarł bez męskiego potomka i w związku z tym miała obowiązek wyjść za mąż za najbliższego krewnego w celu spłodzenia syna, który byłby kontynuatorem rodu dziadka, złożyła wniosek o uchylenie możliwości wykupienia się przez krewnego od tego obowiązku poprzez zapłatę sumy pieniężnej, co w tym przypadku całkowicie uniemożliwiłoby jej zamażpójście)⁹⁴⁰.

Podobną wymowę mają dawne regulacje przewidujące, że ten kto oskarżył inną osobę o przestępstwo, a nie dowiódł jej winy przed sądem, ponosił karę przewidzianą za to przestępstwo⁹⁴¹. Ten oparty na zasadzie talionu, sposób niwelowania ryzyka fałszywych oskarżeń, polegający na tworzeniu bariery, która zniechęci do kierowania oskarżeń racjonalnych optymalizatorów (osoby nie odczuwające tymotejskiej potrzeby wyrównania krzywdy skłaniającej do działania pomimo ryzyka daleko idących, negatywnych konsekwencji, lecz działające na podstawie wyrachowanej kalkulacji zysków i strat), był znany już najdawniejszym prawom⁹⁴².

⁹³⁸ Podobne postanowienia zawierać miało również prawo ogłoszone w połowie VII w. p.n.e. w Lokrei przez Zaleukosa (zob. H. Kupiszewski, *Prawo...*, op. cit., s. 42-43; a także B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 95).

⁹³⁹ Z przekazu wynika jednak, że wnioskodawcy nie działali wyłącznie w obronie racji moralnych, ale również we własnym interesie, ponieważ uchwalone po ich myśli prawo zostało zastosowane w ich sprawach (zob. H. Kupiszewski, *Prawo...*, op. cit., s. 42-43).

⁹⁴⁰ Ibidem.

⁹⁴¹ We włoskim procesie skargowym w specjalnej klauzuli zawartej w skardze pokrzywdzony musiał zgodzić się na poniesienie takich konsekwencji (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 98).

⁹⁴² Np. w sumerskim kodeksie Lipit-Isztara z XIX w. p.n.e. za fałszywe oskarżenie wymierzano taką karę, jaka groziła za czyn, o który oskarżono (B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 72).

Badania zespołów de Quervaine'a i Sanfey'a pozwalają także wyjaśnić przyczynę, dla której przez długi okres rozwoju prawa karnego adresatem kary mogli być nie tylko ludzie, ale również zwłoki ludzkie, zwierzęta, rośliny, przedmioty martwe czy zjawiska przyrodnicze. Pierwotnie kara była bowiem wyrazem żądzy zemsty, sposobem wyładowania złości i gniewu i nie miało znaczenia czy w stan wzburzenia jednostkę wprawiła jednostkę lub grupę żywa istota czy martwy przedmiot, człowiek czy zwierzę⁹⁴³. Tego rodzaju reakcje karne były powszechne wśród różnych społeczeństw, a przypadki wykonania kary śmierci na zwierzętach zdarzały się jeszcze w XIX w.⁹⁴⁴ Niewątpliwie kierowanie kary poza krąg ludzi ma oparcie w typowych dla społeczeństw znajdujących się na niższym poziomie rozwoju wierzeniach animistycznych⁹⁴⁵, które są konsekwencją skłonności do wyobrażania sobie świata zewnętrznego na własny obraz i podobieństwo oraz błędnych wniosków z obserwacji udziału elementów przyrody ożywionej i nieożywionej w przebiegach przyczynowych, korzystnych lub niekorzystnych dla ludzi⁹⁴⁶. J. Makarewicz podkreślał jednak, a przytoczone wyniki badań procesów decyzyjnych zachodzących podczas rozgrywania gier niezerowych, zdają się do pewnego przynajmniej stopnia potwierdzać słuszność tego poglądu, że w przypadku reakcji karnej wobec przedmiotów martwych oraz zwierząt animizm i fetysyzm były tylko teoriami, które szły w ślad za praktyką, ponieważ tym, co pierwotne była reakcja, a usprawiedliwienie i racjonalizacja miały charakter wtórny⁹⁴⁷. Podłoże afektywne tego rodzaju reakcji odwetowych jest trwałym składnikiem natury ludzkiej, wykształconym w procesie ewolucji biologicznej, co powoduje, że nadal przynależą one do codziennych przeżyć ludzkich, pomimo powszechnej już w społeczeństwach rozwiniętych świadomości ich nieracjonalności oraz zaniku teorii, które służyły do ich racjonalizowania⁹⁴⁸.

Współczesna neuronauka potwierdza trafność spostrzeżenia J. Makarewicza, że reakcja społeczeństwa wobec jednostki, która naruszyła obowiązujące normy, zagrażając jego dobrom, ma za podstawę to samo pragnienie zemsty, które nakazuje wyładować gniew za indywidualną krzywdę na winowajcy, a jego źródłem jest przede wszystkim dążenie do

⁹⁴³ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 383-384.

⁹⁴⁴ Ibidem.

⁹⁴⁵ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 108.

⁹⁴⁶ B. Malinowski, *Dziela*, t. 7, *Magia...*, op. cit., s. 370-371.

⁹⁴⁷ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 384.

⁹⁴⁸ Na dowód wystarczy odwołać się do doświadczanej przez każdego potrzeby rozładowania gniewu w sytuacji np. uderzenia się o coś czy awarii potrzebnego w danej chwili urządzenia, a także często pojawiających się w przestrzeni wirtualnej filmów obrazujących „odwet” np. na sprzęcie komputerowym, który odmówił posłuszeństwa. Popularność tego rodzaju materiałów i dostarczana przez nie powszechnie zrozumiała rozrywka wskazuje na ich kompatybilność z emocjami, których doświadczają wszyscy ludzie.

zaspokojenia własnych potrzeb i poprawy nastroju⁹⁴⁹. Zemsta publiczna, z której wyrosło prawo karne, pod względem prawnym i socjologicznym różni się od zemsty prywatnej, ale z punktu widzenia psychologicznego są one całkowicie identyczne⁹⁵⁰.

6. „Przestępstwo naturalne”

6.1. Koncepcja przestępstwa naturalnego według R. Garofalo

W świetle świadectw empirycznych dostarczanych przez nauki przyrodnicze nie wydaje się już tak anachroniczna, przynajmniej w swych podstawach, opracowana u schyłku XIX w. przez R. Garofalo koncepcja przestępstwa naturalnego, przez które rozumiał on czyn naruszający normę społeczną takiej wagi, że jego niemoralność jest uznawana powszechnie⁹⁵¹.

Pojęcie przestępstwa naturalnego odnosi się do faktów społecznych, tj. dominujących w społeczeństwie przeświadczeń, nie zaś do wytworów działalności prawodawczej. Dlatego też zakres przestępstw „ustawowych” może nie obejmować wszystkich czynów stanowiących przestępstwo naturalne, albo przeciwnie – może być szerszy, gdy prawo pozytywne kryminalizuje czyny neutralne w opinii społecznej. Garofalo, co trzeba szczególnie podkreślić, ponieważ przy relacjonowaniu jego poglądów często bywa pomijane, doszedł do wniosku, że nie ma czynów, które w każdym miejscu i czasie wzbudzały powszechne, negatywne uczucia moralne. Wobec tego do istoty przestępstwa naturalnego można dojść nie przez analizę karanych czynów, ale uczuć leżących u podłoża norm społecznych⁹⁵². Choć przeżycia moralne są kulturowo zmienne, to jednak jest w nich coś stałego, co wiąże się z uniwersalnie jednakowym odczuwaniem we wszystkich społecznościach ludzkich pewnego ich rodzaju⁹⁵³. Według Garofalo tego rodzaju międzykulturowej uniwersalności nie można przypisać takim przeżyciom moralnym,

⁹⁴⁹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 233-234. Przedstawiona przez J. Makarewicza wizja przestępstwa i kary współgra ze współczesnymi mu poglądami innego prekursora naturalizacji etyki E. Westermarcka, który zwrócił uwagę na znaczenie emocji retrybucyjnych w genezie zjawiska moralności. Taki punkt widzenia nie był zresztą odosobniony w nauce prawa karnego początków XX w. Na przykład w 1909 r. A. Baumgarten ujmował karę jako odpłatę, która jest wynikiem oburzenia (A. Baumgarten, *Die Lehre von Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, Breslau 1909, s. 191-193; cyt. za: W. Wolter, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960, s. 27). Jak już wspomniano, podobne akcenty w swojej definicji przestępstwa umieścił F. Liszt.

⁹⁵⁰ J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 145.

⁹⁵¹ Zob. E. Krzymuski, *Szkola pozytywna prawa karnego we Włoszech*, Lwów 1889, s. 25.

⁹⁵² Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 53.

⁹⁵³ Ibidem.

jak honor, skromność, patriotyzm czy uczucia religijne⁹⁵⁴, przestępstwo naturalne w stanowi natomiast, jego zdaniem, czyn obrażający jedno z zasadniczych uczuć altruistycznych, które tworzą podstawę życia społecznego oraz zmysłu moralnego⁹⁵⁵. Zaliczył do nich uczucie życzliwości (*benevolenza*), które według niego, odpowiada empatii i skłonności do wyświadczenia innym dobra, oraz uczucie sprawiedliwości (*giustizia*), rozumiane jako poszanowanie cudzej wolności. Garofalo był przekonany o postępie moralnym, który jego zdaniem, zachodzi w ramach właśnie tych dwóch zasadniczych uczuć społecznych i polega na stopniowym zastępowaniu w nich pierwiastka egoistycznego altruistycznym. Zmiana ta dokonuje się, jak uważał, pod wpływem poszerzania się kręgu osób objętych uczuciami altruistycznymi (od najbliższej rodziny, poprzez dalszych krewnych, obywateli tego samego państwa, w końcu zaś całą ludzkość) oraz dziedziczenia tych uczuć z pokolenia na pokolenie, w wyniku czego stają się one „instynktami organicznymi”⁹⁵⁶.

Intuicje te, w swej osnowie, znalazły potwierdzenie w późniejszych badaniach nad biologicznymi i społecznymi podstawami funkcjonowania człowieka⁹⁵⁷. Jednocześnie jednak nie ustrzegł się włoski uczony zasadniczych błędów, wynikających zapewne z braku empirycznego wsparcia dla jego wnioskowań ze strony niewystarczająco jeszcze w tym czasie rozwiniętych nauk biologicznych i pomostowych nauk społecznych. Całkowicie mylne było przede wszystkim zawężenie jego teorii uczuć moralnych do „poglądów wyższych ras ludzkich” (*le razze umane superiori*), przez które rozumiał społeczeństwa „całkowicie lub na wpół cywilizowane” (*società civili o semicivili*), tylko w nich bowiem, w jego przekonaniu, uczucia altruistyczne występują na tyle powszechnie, że traktowane są jako warunek przystosowania się do społeczeństwa. Pozostaje to w oczywistej sprzeczności z ustaleniami współczesnej nauki o człowieku, która przedstawiła rozliczne dowody potwierdzające, że uczucia moralne, altruizm, empatia, skłonność do kooperacji, są immanentnym składnikiem natury ludzkiej i stanowią spoiwo każdej społeczności, niezależnie od poziomu jej rozwoju cywilizacyjnego.

Poważna słabość teorii R. Garofalo tkwi w tym jeszcze, że nie ograniczyła się ona do sformułowania ogólnego pojęcia przestępstwa naturalnego, uniwersalnego w swym mechanizmie psychospołecznym, lecz wykazującego zmienność kulturową co do szczegółowej treści, ale dodatkowo wiązała się z próbą odnalezienia konkretnych czynów,

⁹⁵⁴ Ibidem.

⁹⁵⁵ E. Krzymuski, *Szkola...*, op. cit., s. 26.

⁹⁵⁶ Ibidem, s. 27.

⁹⁵⁷ Nie licząc – rzecz jasna – koncepcji dziedziczenia uczuć moralnych z pokolenia na pokolenie, o ile rozumieć przez to lamarckowskie dziedziczenie fenotypów, nie zaś międzypokoleniową transmisję kulturową.

które uważane były za przestępstwo uniwersalnie w każdej społeczności ludzkiej⁹⁵⁸. Garofalo oparł się w tych poszukiwaniach na założeniu, że podstawowe – z punktu widzenia jego koncepcji – uczucia moralne można stopniować według natężenia występującego w nich pierwiastka altruistycznego, a jednocześnie stopnia upowszechnienia w społeczeństwie⁹⁵⁹. Na tej podstawie doszedł do wniosku, że przestępstwem naturalnym jest tylko to, co narusza uczucia moralne życzliwości i sprawiedliwości w ich najbardziej podstawowej postaci stanowiąc przejaw okrucieństwa nie licującego z uczuciem litości (zamachy na życie, a także wszelkie czyny wyrządzające krzywdę fizyczną lub cierpienie moralne) albo naruszają cudze dobra majątkowe poprzez zastosowanie gwałtu lub przebiegłego i niebezpiecznego podstęp⁹⁶⁰.

Ostateczna konkluzja jest więc w koncepcji Garofalo zarazem trywialna, jak i kontrfaktyczna, łatwo bowiem wskazać liczne przykłady, w których czyny niewątpliwie stanowiące „przejaw okrucieństwa nie licującego z uczuciem litości” nie były uznawane w powszechnym odczuciu danego społeczeństwa za przestępstwa (zabójstwo obcego – wroga lub osoby wyjętej spod prawa, walki gladiatorów, prawo właściciela niewolnika do dowolnego pozbawienia go życia, występujące w niektórych społeczeństwach zabójstwa z przyczyn utylitarnych starców, osób niedołączonych albo dzieci, zabójstwa dokonane w ramach działań wojennych, kara śmierci itp.). Co więcej, w wielu spośród przytoczonych

⁹⁵⁸ R. Garofalo nie był zresztą prekursorem tego rodzaju poszukiwań (zob. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 2). Pojęcie przestępstwa naturalnego znane było (i przetrwało do czasów współczesnych, pomimo krytyki ze strony m. in. J. Austina czy J. Benthamy) w doktrynie anglosaskiej w postaci rozróżnienia przestępstw będących *mala per se* (*in itself unlawful*) oraz takich, które stanowią jedynie *mala prohibita*. Koncepcję tę rozwinął w latach dwudziestych XIX w. W. Blackstone wiążąc pierwszą kategorię z uniwersalnymi, obowiązującymi zawsze i wszędzie, nakazami moralnymi (nie zabijaj!, nie kradnij!, nie naruszaj obietnic! itp.), wynikającymi z przykazań Boga – wielkiego prawodawcy, których pogwałcenie narusza porządek naturalny i wiąże ludzkie sumienie zanim ustawodawca uznał je za przestępstwo. Natomiast *mala prohibita* nie dotyczą sumienia, a pogwałcenie wynikających z nich nakazów narusza jedynie prawa ustanowione przez społeczeństwo w drodze doświadczenia jako pożyteczne w określonym czasie i miejscu (I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 50-51). Źródła takiego rozróżnienia sięgają prawa rzymskiego, w którym błąd co do prawa (*error iuris*) uznawano za okoliczność usprawiedliwiającą w przypadku osób nieobeznanych z prawem, gdy dotyczył on takich ustaw, które nie wypływały z naturalnego poczucia prawnego (*delicta iuris civilis*), lecz z potrzeb praktycznych (*delicta iuris gentium*). Dostrzec je można także w średniowiecznym prawie niemieckim, zarówno przed jak i po recepcji (Z. Ćwiąkalski, *Błąd...*, op. cit., s. 9-10).

⁹⁵⁹ W przypadku życzliwości od najmniej altruistycznej, a zarazem najpowszechniej występującej litości (*pieta od umanita*) oznaczającej wstręt do cierpień innych osób, poprzez przychyłność (*benevolenza*), aż do najbardziej altruistycznego i najrzadziej spotykanego w społeczeństwie miłosierdzia (*filantropia*). Podobnie stopniowalne miałyby być uczucie sprawiedliwości, którego najniższą i najpowszechniejszą formą jest rzetelność (*probita*), nie pozwalająca naruszać cudzych dóbr majątkowych, a najwyższą i najmniej upowszechnioną – delikatność (*delicatezza*) oznaczająca poszanowanie wszelkich praw innych osób (zob. E. Krzymuski, *Szkola...*, op. cit., s. 27-28).

⁹⁶⁰ Ibidem, s. 28; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 54.

przypadków pozbawienie życia innego człowieka przynosiło sprawcy zaszczyt i chwałę⁹⁶¹. Podobny błąd tkwił w założeniu o uniwersalnym charakterze naruszeń cudzych dóbr majątkowych, choćby kwalifikowanych zastosowaniem gwałtu lub podstępu, które przez znaczącą część ludzkich dziejów stanowiły zwyczajną praktykę w relacjach międzygrupowych, czemu towarzyszyła wspierająca ją ideologia⁹⁶².

6.2. Ewolucja świadomości społecznej a przemiany prawa karnego

Prawo karne nie ma statycznego charakteru, zmienia się ono wraz ze przemianami ideologicznymi stanowiącymi następstwo tego, że grupa społeczna ciągle się rozwija⁹⁶³. Także typy przestępstw mają swoją historię. Obok takich, które wywodzą się jeszcze ze starożytności i nadal powszechnie odczuwane są jako przestępstwo (jak zgwałcenie czy kradzież)⁹⁶⁴, są też takie, które choć znane jako zjawisko od niepamiętnych czasów, dopiero na pewnym etapie rozwoju cywilizacyjnego stały się przedmiotem powszechnej repulsji moralnej oraz zakazu karnoprawnego (np. handel ludźmi czy niewolnictwo)⁹⁶⁵.

⁹⁶¹ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 63-67 i 132-134, a także T.E. Kuczma, *Genetyczne...*, op. cit., s. 177-185. W społecznościach pierwotnych tylko pomiędzy współplemieńcami zabójstwo uznawane było za delikt (traktowany do tego przede wszystkim jako konflikt pomiędzy grupami krewniczymi), którego rozwiązanie pozostawiano zemście prywatnej lub rodowej (zob. J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 9 i 40). Zabicie obcego było natomiast czynem moralnie, prawnie i religijnie dozwolonym (zob. np. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 219-220; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 301-302). Rozszerzenie zakazu zabójstwa nastąpiło niejako pośrednio, poprzez ochronę interesów społecznych związanych z funkcjonowaniem instytucji lub miejsc ważnych dla grupy, takich jak targ, cmentarz czy świątynia. Dopiero w związku z praktyką karania czynów naruszających pokój zgromadzeń z czasem zaczęło się upowszechniać przekonanie, że życie ludzkie należy chronić także samo przez się (zob. J. Makarewicz, *Metoda...*, op. cit., s. 24-26). Ta ewolucja karnoprawnej ochrony życia ludzkiego jest jednym z przejawów ogólnego procesu poszerzania się „kręgu moralnej troski”, który w sferze moralnej i ideologicznej postępuje w ślad za przekształcaniem się – zgodnie z logiką gier o sumach niezerowych – obszarów konfliktu w płaszczyzny mutualizmu. Przebiegała ona powoli: w polskim prawie karnym proces upaństwowienia ścigania umyślnego zabójstwa rozpoczął się dopiero w XVI w. i jeszcze w początkach XVIII w. nie był zakończony. Pomimo rozpowszechnionego już wówczas przekonania, że ściganie takich czynów jest konieczne ze względu na interes społeczny, nie przekształcono go w przestępstwo publicznoskargowe, a jedynie wyłączono utratę subiektywnego prawa do skargi z uwagi na dawność (zob. J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 188-189).

⁹⁶² J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 303-305; idem, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 2.

⁹⁶³ J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 8; zob. też T.E. Kuczma, *Genetyczne...*, op. cit., s. 177. Na historyczną zmienność pojęcia przestępstwa uwagę w polskiej nauce prawa karnego zwrócił już S. Budziński (zob. I. Andrejew, *Polskie...* [1978], op. cit., s. 49).

⁹⁶⁴ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 32; idem, *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968, s. 50.

⁹⁶⁵ Innym przykładem może tu być niedawno powstała kategoria przestępstw przeciwko ludzkości. Czynny uznawane współcześnie za zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości, na wcześniejszych etapach rozwoju cywilizacyjnego stanowiły rutynowe, powszechnie akceptowane sposoby prowadzenia konfliktów międzygrupowych, a często wręcz czyny chwalebne, dowodzące męstwa i cenionej wówczas wojowniczości. Przykład ten znakomicie pokazuje kierunek przemian świadomości społecznej, stanowiącej podłoże, na którym superweniuje prawo karne. Właśnie to, co obecnie jest fundamentalną cechą dystynktywną pojęcia zbrodni przeciwko ludzkości, radykalnie zwiększającą ich

Wiele przestępstw ma współczesny rodowód, pojawiły się one bowiem dopiero wraz z wykształceniem się określonych stosunków społecznych i gospodarczych lub w wyniku rozwoju technologicznego (np. rozpowszechnianie wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody, kradzież tożsamości, hacking i inne przestępstwa popełniane w rzeczywistości wirtualnej)⁹⁶⁶. Oczywiście jest przy tym, że np. czyn zabroniony stypizowany obecnie w przepisie art. 191a § 1 k.k. nie jest przestępstwem „sztucznym”, wykreowanym wyłącznie przez decyzję legislacyjną, jego kryminalizacja jest natomiast odpowiedzią ustawodawcy na zapotrzebowanie wynikające z uprzedniego funkcjonowania tego rodzaju zachowań w świadomości społecznej jako przestępstwa naturalnego w takim znaczeniu, jakie nadał temu pojęciu R. Garofalo⁹⁶⁷.

Z drugiej strony, niektóre tradycyjne typy przestępstw zanikają na przestrzeni dziejów, by wymienić tu chociażby herezję, bluźnierstwo, schizmę, czarnoksiężstwo czy świętokradztwo⁹⁶⁸. Niewątpliwie każde z nich w swoich czasach wywoływało ten sam rodzaj powszechnych przeżyć afektywnych, który R. Garofalo uznał za istotę przestępstwa naturalnego. Ewolucja przestępstwa jako faktu społecznego, regulującego ludzkie zachowania za pomocą specyficznych dla siebie form powinności, nie wiąże się więc tylko i wyłącznie z pojawianiem się, wraz z rozwojem technologicznym, nowych zjawisk, które obejmuje powszechna repulsja moralna, ale polega także na zmianach w częstości występowania w populacji oraz natężeniu takich odczuć wobec zjawisk stale towarzyszących społeczeństwu (takich, jak np. prostytutka czy cudzołóstwo)⁹⁶⁹, które przekładają się na decyzje

karygodność, a więc dyskryminacyjny cel działania z powodu narodowości, rasy, religii czy przekonań politycznych (T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo...*, op. cit., s. 307-320), na wcześniejszych etapach rozwoju ludzkiej niszy przyrodniczo-kulturowej, na których relacje altruizmu wzajemnego były znacznie węższe i ściślej powiązane z ksenofobicznym porządkiem opartym na zasadach doboru krewniaczego, stanowiło pozytywnie wartościowaną normę w relacjach międzygrupowych.

⁹⁶⁶ Zob. I. Andrejew, *Rozpoznanie...*, op. cit., s. 50; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 226-228.

⁹⁶⁷ Oczywiście bywa i tak, że to ustawodawca dostrzega potrzebę nadania karnoprawnej ochrony określonemu dobru prawnemu, zanim w społeczeństwie rozpowszechnią się odpowiednie przeżycia afektywne. Skuteczność takiej kryminalizacji jest jednak ograniczona. Znamienny przykład tego rodzaju rozdźwięku podaje G. Rejman wskazując, że objęcie ochroną prawną środowiska naturalnego napotyka na wielkie trudności, ponieważ w człowieku, który przez wiele wieków walczył z przyrodą, trudno jest wywołać poczucie winy z powodu jej niszczenia. Dopóki przyroda nie stanie się sprawą ludzkiego sumienia, żadne przepisy prawne i decyzje administracyjne nie będą w stanie zapewnić rzeczywistej ochrony dobru wchodzącym w skład środowiska naturalnego (G. Rejman, *Teorie...*, op. cit., s. 66-67). Ta konstatacja po upływie 40 lat niestety nadal zachowuje swą aktualność, i to pomimo, że niezdolność do zapewnienia środowisku naturalnemu koniecznej ochrony doprowadziła już cywilizację ludzką do granicy globalnej katastrofy ekologicznej.

⁹⁶⁸ Zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 36; W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 377-378.

⁹⁶⁹ Zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 35. B. Wróblewski widział w tym procesie potwierdzenie znaczenia, jakie dla przestępstwa jako zjawiska społecznego ma instynkt upodobnienia: wraz z rozpowszechnianiem się określonych praktyk behawioralnych przestają im towarzyszyć ujemne reakcje emocjonalne, takie jak strach, gniew czy oburzenie, które stanowią podłoże reakcji odwetowej (zob. B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 133-135). Stąd też wśród podstawowych zasad kryminalizacji

ustawodawcy o ich kryminalizacji lub dekryminalizacji, ewentualnie modyfikacji kryminalizacji⁹⁷⁰.

Gdy wzniesiemy się ponad perspektywę dogmatyki prawa karnego kontynentalnej kultury prawnej chybiona okazuje się, cytowana przez M. Małeckiego, efektowna wypowiedź A. Zolla, że najbardziej kryminogennym czynnikiem jest ustawodawca, ponieważ to on tworzy przestępstwo, a bez jego udziału czyny mogą być dobre albo złe, szlachetne albo niemoralne, ale nie są przestępstwem⁹⁷¹.

Rację miał natomiast J. Makarewicz podkreślając, że „prawo nie wyskakuje z głowy kodyfikatora, a jest owocem kultury całego narodu”⁹⁷². Podobnie L. Petrażycki zauważył, że prawo jest, a przynajmniej powinno być, odbiciem współczesnego stanu psychicznego, a w szczególności stanu etycznego mas ludowych⁹⁷³. Wzór zachowania się zawarty w normie prawnej jako wzorcu imperatywnym nie może odbiegać od zdeterminowanych kulturowo wzorców-oczekiwań, w takim bowiem przypadku prawo pozytywne po prostu nie będzie skuteczne⁹⁷⁴. Świadomość takich uwarunkowań decyzji legislacyjnych obrazuje dyskusja na temat kary śmierci podczas prac Wydziału Karnego Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej, kiedy to – pomimo wzięcia pod uwagę argumentacji przeciwko tej karze i świadomości, że ogólna tendencja prowadzi do jej zanikania wraz ze „zmniejszaniem się natężenia mściwości społecznej”⁹⁷⁵ – ostatecznie uchwalono jej wprowadzenie do polskiego kodeksu karnego. Argumenty przedstawione w dyskusji za takim rozwiązaniem miały w znacznej części charakter praktyczny i odwoływały się np. do „postulatu społecznego instynktu samozachowawczego”, ponieważ „odebrać »karę śmierci« społeczeństwu, które ją uznaje, jej żąda, to znaczy popychnąć masy do częstych przypadków samosądu, a w związku z tem ustawa, zbyt hołdująca łagodności, popycha lud do okrucieństwa”, co zilustrowano przykładami licznych samosądów z lat 1905-1906, wywołanych

wymienia się zasadę wyjątkowego charakteru patologii, zgodnie z którą nie należy kryminalizować takich zachowań, które w danym społeczeństwie występują powszechnie. Nie naruszają one bowiem norm społecznych (zob. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 120).

⁹⁷⁰ Ewolucja zachodzi także „wewnątrz” poszczególnych typów przestępstw, które – nie tracąc swojej osnowy pozwalającej odróżnić je od innych – wraz z przemianami społecznymi, legislacyjnymi i naukowymi w mniejszym lub większym stopniu zmieniają swoje normatywne oblicze. Można tu odwołać się do przedstawionego wcześniej zjawiska sekularyzacji przestępstw religijnych, choć akurat w ich przypadku (np. bluźnierstwa z art. 172 kodeksu karnego z 1932 r.) rozważenia wymagałoby pytanie, czy z uwagi na fundamentalną odrębność od pierwowzoru, nie należałoby właściwie uznać, że doszło po prostu do zaniku jednych typów i wykształcenia się zupełnie nowych, bardziej adekwatnych do poziomu rozwoju cywilizacyjnego społeczeństw nowożytnych.

⁹⁷¹ M. Małecki, *Przypisanie winy. Podstawy teorii ekskulpantów*, Kraków 2021, s. 15.

⁹⁷² J. Makarewicz, *Powrotna fala (Projekt ustawy o wykroczeniach)*, RPEiS 1930, z. 10, s. 499.

⁹⁷³ L. Petrażycki, *Wstęp...*, op. cit., s. 27.

⁹⁷⁴ M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 14.

⁹⁷⁵ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 238.

rozbieżnością pomiędzy społecznymi oczekiwaniami a charakterem kar orzekanych przez sądy⁹⁷⁶.

O tym, jakie konsekwencje wywołuje lekceważenie wewnętrznego punktu widzenia rozpowszechnionego w społeczności, do której adresowane są normy prawa stanowionego, świadczy przykład podjętych przez władze kolonialne na obszarze Afryki prób penalizacji rozpowszechnionej tam praktyki karania czarownictwa i działań magicznych oraz stosowania ordaliów. Pomimo wielu dziesięcioleci obowiązywania ustawodawstwa kolonialnego okazały się one bezskuteczne, a zwalczane praktyki nie tylko zachowały żywotność, ale i wykazały zdolność do dalszego ewoluowania poprzez włączanie do nich elementów religii muzułmańskiej i chrześcijańskiej. Przyczyna tego niepowodzenia tkwiła w samym dążeniu do powstrzymania miejscowych społeczności przed działaniami zmierzającymi do lokalizowania i neutralizowania źródeł zła oraz zagrożeń w sposób odpowiadający utrwalonym w nich przeżyciom powinnościowym, bez zaspokojenia których nie jest możliwe przywrócenie równowagi społecznej. Luki tej nie mógł wypełnić obcy system prawny, który w sprawach najbardziej fundamentalnych, nie przystawał do miejscowej ideologii⁹⁷⁷. Obrazują to również trudności w budowaniu nowoczesnego wymiaru sprawiedliwości w afrykańskich koloniach francuskich, powodowane przez m. in. takie zjawiska, jak opór świadków przed składaniem przysięgi, która miała dla nich znaczenie magiczne, czy też uznawanie przez nich złożenia stronnich zeznań za obowiązek moralny wynikający z solidarności rodowej. Na tym etapie rozwoju społecznego tradycyjne sądownictwo, operujące sankcjami religijno-magicznymi, identyfikowało przestępstwo i przypisywało jego sprawstwo określonej osobie w sposób bardziej odpowiadający poczuciu prawnemu ludności, a zarazem było skuteczniejsze w jego ściganiu, ponieważ w obliczu sił nadprzyrodzonych, którymi dysponował wódz plemienny, sprawca miał świadomość daremności kłamstw oraz nieuchronności kary⁹⁷⁸. W tym kontekście wrażenie robi świadomość społecznych uwarunkowań prawa, jaką w VIII w. miał longobardzki król Liutprand, który sceptycznie odnosząc się do ordaliów i wyrażając wręcz wątpliwości co do słuszności rozstrzygania sporów na drodze pojedynku sądowego, uważał, że nie może zakazać jego stosowania wobec zakorzenienia tego zwyczaju wśród

⁹⁷⁶ Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. *Wydział Karny*, t. 1, z. 1, Warszawa-Lwów 1919, s. 149-156; A. Lityński, *Wydział karny Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej. Dzieje prac nad częścią ogólną kodeksu karnego*, Katowice 1991, s. 67-68.

⁹⁷⁷ Zob. I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 122-137. Do analogicznych wniosków doszedł B. Malinowski jeżeli chodzi o skutki recepcji europejskiego prawa i zwyczajów w badanej przez niego części Melanezji (zob. B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 71).

⁹⁷⁸ I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 100.

ludności⁹⁷⁹. Tempo reform, także w przypadku prawa karnego, musi być dostosowane do zachodzącej w społeczeństwie ewolucji pojęć⁹⁸⁰.

Nie trzeba zresztą sięgać do przykładów pochodzących ze społeczeństw plemiennych, wystarczy przypomnieć spostrzeżenie I. Andrejewa, że w praktyce sprawowania wymiaru sprawiedliwości pogląd, że kogoś należy pociągnąć do odpowiedzialności karnej, wyprzedza kwalifikację prawną zarzucanego temu komuś czynu⁹⁸¹. Zgadając się z tą refleksją A. Zoll dodał, że można zaryzykować twierdzenie jeszcze dalej idące: przed zakwalifikowaniem czynu następuje już wstępna ocena jego niebezpieczeństwa, co prowadzi do poszukiwania przepisu, z którym związana byłaby sankcja adekwatna do jego stopnia, zdaniem osoby dokonującej kwalifikacji. W konsekwencji „dopasowywanie sankcji” wiąże się z niezbyt ścisłym przestrzeganiem granic wyznaczonych przez zespoły znamion dla danej kategorii czynów⁹⁸². Dyrektywy interpretacyjne pełnią więc w dużym stopniu funkcję racjonalizacyjną, służąc uzasadnieniu podjętej już decyzji, a nie heurystyczną (narzędzia za pomocą, którego „odkrywane” jest nieznane rozstrzygnięcie⁹⁸³).

6.3. Moralne oburzenie grupy jako „naturalny” element przestępstwa

W podjętej przez R. Garofalo próbie odnalezienia uniwersalnych typów przestępstwa zatraciło się to, co w koncepcji przestępstwa naturalnego było najważniejszym przeczuciem, które współcześnie znalazło empiryczne potwierdzenie, a mianowicie, że podłożem zjawiska przestępstwa jako kategorii ogólnej są odpowiednio upowszechnione w danej grupie społecznej przeżycia psychiczne, które wywoływane są przez poważniejsze pogwałcenia powinności opartych na kooperatywnej naturze człowieka. Uniwersalny jest przede wszystkim ten właśnie mechanizm i jego wektor (wzmacnianie społecznej współpracy), nie zaś szczegółowa treść, która go wypełnia (typy przestępstw), choć rzecz jasna także ona wykazuje pewien stopień homogeniczności.

Ten fundament koncepcji R. Garofalo pozostaje zresztą w dużym stopniu zbieżny z socjologicznym ujęciem przestępstwa J. Makarewicza. Sam Garofalo dostrzegał szczególnie znaczenie dla zjawiska przestępstwa tych przeżyć moralnych, które są podstawą adaptacji do

⁹⁷⁹ K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 107-108.

⁹⁸⁰ J. Makarewicz, *U.S.A.*, op. cit., s. 167-168.

⁹⁸¹ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 15.

⁹⁸² A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 37.

⁹⁸³ Zob. J. Wróblewski, *Właściwości, rola i zadania dyrektyw interpretacyjnych*, RPEiS 1961, z. 4, s. 105 i nast.

życia społecznego oraz kooperacji międzyludzkiej, choć błędnie uważał je za zdobycz cywilizacyjną, nie zaś uniwersalny przejaw natury człowieka, spajający każdą społeczność. Z kolei J. Makarewicz – który doskonale odczytał społeczną naturę człowieka i jej konsekwencje na poziomie mentalnym oraz normatywnym – podkreślał, że fiasko koncepcji R. Garofalo nie jest powodem by rezygnować z badania prawidłowości w rozwoju przestępstwa i pewnych wspólnych podstaw tego zjawiska⁹⁸⁴. Bez nich prawo karne traci swoją istotę związaną ze wspólnymi prawidłami rozwoju, w wyniku których identyczne instytucje i analogiczne poglądy powstają samorzutnie i bez wzajemnego na siebie oddziaływania w różnych, zupełnie sobie obcych społeczeństwach⁹⁸⁵. Podłożem prawa karnego jest zaś społeczna potrzeba rozładowania instynktu odwetu wywołanego przez czyn uznawany za antyspołeczny.

Trafność tego spostrzeżenia znalazła dodatkowe potwierdzenie, gdy konieczność zaspokojenia elementarnego poczucia sprawiedliwości domagającego się osądzenia hitlerowskich sprawców zbrodni przeciwko ludzkości za czyny, które nie były zagrożone karą przez ustawę obowiązującą w czasie i miejscu ich popełnienia, skutkowała powrotem – w praktyce prawnej społeczeństw cywilizowanych i w imię ochrony cywilizowanego świata przed barbarzyństwem ustawowego bezprawia III Rzeszy – do tego, co sam J. Makarewicz nazwał „prawnym prymitywem”: odpowiedzialności opartej na konstrukcji pozaustawowego przestępstwa naturalnego, odwołującej się do „uświęconych zasad ludzkości”, „dyktatu publicznego sumienia”, czy też konieczności „potwierdzenia zasad prawa karnego, które są powszechnie przestrzegane przez cywilizowane państwa”⁹⁸⁶.

Społeczna potrzeba odwetu w przypadku tego rodzaju czynów, które za I. Andrejewem można by określić jako przestępstwa o jaskrawej naganności moralnej⁹⁸⁷, jest tak silna i powszechna, że w razie kolizji z nią na dalszy plan schodzą wykształcone w ewolucji prawa karnego innowacje normatywne, dzięki którym – w normalnych warunkach społecznych – stało się ono doskonalszym, bardziej skutecznym i subtelnym, narzędziem kształtowania ludzkich zachowań. Dotyczy to nawet takich zasad, które stanowią fundament kultury

⁹⁸⁴ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 134.

⁹⁸⁵ Zob. J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 28; idem, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 3.

⁹⁸⁶ Zob. T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo...*, op. cit., s. 297 i 302-303. Akceptację takiego stanu rzeczy ułatwiała, zwłaszcza prawnikom angielskim i amerykańskim, nadal żywa w anglosaskiej kulturze prawnej doktryna przestępstw *mala per se*. Ostatecznie, obiektywne okoliczności oraz paląca społeczna potrzeba ukarania sprawców zbrodni przeciwko ludzkości stanowiły podstawę konsensu obejmującego przedstawicieli reprezentujących różne kultury prawne i koncepcje przestępstwa oraz odpowiedzialności karnej, w tym nawet wychowanych w tradycji absolutnej mocy wiążącej zasady *nullum crimen sine lege* prawników francuskich (zob. ibidem, s. 320-329; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 50).

⁹⁸⁷ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 56.

prawnej społeczeństw cywilizowanych, jak w szczególności zasada *nullum crimen sine lege*. W sytuacjach granicznych ich stosowanie mogłoby pozbawić prawo karne „minimalnej treści prawa naturalnego”, bez której nie byłoby ono odczuwane w społeczeństwie jako źródło powinnych wzorów zachowania i w związku z tym przestałoby pełnić funkcję komunikacyjną, niezbędną dla zachowania ładu społecznego⁹⁸⁸. Pojęcie przestępstwa nie jest więc jedynie dogmatycznoprawnym konceptem, w ramach którego można dowolnie tworzyć przestępczość i ją znosić, kreując systemy normatywne oparte na całkowicie dowolnych decyzjach kryminalizacyjnych⁹⁸⁹.

7. Podsumowanie – przestępstwo jako zjawisko społeczne

Wyłączną formą ludzkiej egzystencji jest grupa: zarówno krewniacza, jak i nie oparta na pokrewieństwie⁹⁹⁰. W żadnym okresie dziejów ludzie nie żyli jako odosobnione jednostki. Ludzki mózg jest wyposażony w liczne funkcje wspierające różne formy współpracy społecznej, które wyewoluowały już u przedludzkich hominidów⁹⁹¹. W każdej społeczności ludzkiej występują sankcje za przestępstwa przeciwko zbiorowości i sankcje polegające na wykluczeniu z grupy⁹⁹². Na tym tle warto przypomnieć, że pierwotnym źródłem uczuć moralnych jako takich mogła być relacja pomiędzy współpracą a odmową współpracy.

⁹⁸⁸ Doskonale oddają to słowa prokuratora Jerzego Sawickiego wypowiedziane w przemówieniu końcowym przed Najwyższym Trybunałem Narodowym w procesie Artura Greislera: „Nie ma zatem dziś różnicy zdań pomiędzy cywilizowanymi narodami świata co do tego, że istnieją pewne podstawowe, elementarne przepisy moralności, które obowiązują wszystkie narody, które są ponad prawem, które bezkarnie naruszone być nie mogą. (...) Statut Międzynarodowego Trybunału w Norymberdze (...) nie stworzył – wydaje mi się – nowego prawa. Stwierdził tylko, że pewne podstawowe moralne zasady są silniejsze od prawa poszczególnych krajów. Mają one moc sprawdzianu czy pewne normy obowiązujące w określonym państwie, w ogóle mogą być uznane za prawo. Statut Trybunału ma zatem raczej charakter deklaracyjny. (...) Sądzę, że te podstawowe zasady, minimalne uprawnienia każdego społeczeństwa można sformułować. Nazwałem te gwarancje we wstępnym przemówieniu *magna charta dignitatis hominum*, a przestępstwo ich naruszenia, *crimen laese humanitatis*”. Pomiędzy „bezsilnością prawników wychowanych na przestrzeni XIX w. w okresie względnego spokoju (...) w wierze, że stałość prawnych stosunków, jasność prawa i oparte na tym poczucie pewności jest wartością najwyższą”, którym „nakazano rozebrać diabelską maszynę gigantów zbrodni”, a „emocjonalnym zniecierpliwieniem społeczeństw w obliczu zbrodni hitlerowskich” powstała przepaść, ponieważ „pokrzywdzone społeczeństwa natknęły się w gmachach sądów na ludzi, którzy wydawali się im na pierwszy rzut oka śmieszni, niezrozumiali, zasklepieni w swym technicyzmie i nawykach. Jakże to – wołali pokrzywdzeni – stało się coś okropnego, dokonano mordu na tysiącach, na milionach, cienie kalek snują się jeszcze po całej Europie, a prawnicy mają wątpliwości, mogą jeszcze dyskutować nad tym, co w takich wypadkach robić należy” (por. T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo...*, op. cit., s. 303-304; T. Cyprian, J. Sawicki, M. Siewierski, *Głos ma prokurator...*, Warszawa 1962, s. 55-79).

⁹⁸⁹ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 15.

⁹⁹⁰ S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 617. Również na liście uniwersaliów kulturowych G.P. Murdocka nie zabrakło kategorii „Organizacja społeczna” (zob. G.P. Murdock, *The Common...*, op. cit., s. 123-142).

⁹⁹¹ F. Fukuyama, *Historia...*, op. cit., s. 46.

⁹⁹² S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 620.

W dostępnych badaniach społeczeństwach ludzkich nigdy nie istniała gospodarka naturalna w pełni samowystarczalna, a w każdym ze znanych społeczeństw pierwotnych wymiana dóbr odbywa się nie pomiędzy pojedynczymi ludźmi, ale pomiędzy jednostkami kolektywnymi, takimi jak rody, plemiona czy rodziny. Miała ona postać całościowej wymiany mniej więcej ekwiwalentnych świadczeń (darów), będąc obowiązkiem, którego naruszenie prowadziło do prywatnej lub publicznej wojny⁹⁹³. Taki system wymiany jest uważany za historycznie najwcześniejszą formę oddziaływania zasady wzajemności⁹⁹⁴, a przy tym jest bardzo silnie oparty na zaufaniu, ponieważ ustalenie ekwiwalentu pozostawione jest odpłacającemu się⁹⁹⁵.

Nie może zatem dziwić, że ze szczególną siłą instynkt odwetu wyzwala wszystko to, co osłabia grupę i jej spoistość, a w konsekwencji obniża jej pozycję przetargową w relacjach wymiany z innymi grupami, a także jej zdolność przeciwstawiania się destrukcyjnym siłom przyrody. Jest to równoznaczne z ograniczeniem darwinowskiego dostosowania tworzących grupę jednostek. Nawet na najprostszych poziomach organizacji społecznej (u ludów łowiecko-zbierackich) dążenie grupy do utrzymania własnej spoistości wykraczało poza zakres oddziaływania doboru krewniaczego, już tam bowiem ród i wspólnota nie odpowiadały sobie całkowicie, zaś podstawową jednostką współdziałania zbiorowego była grupa lokalna nie oparta o zasadę pokrewieństwa⁹⁹⁶. Prawo karne, jako jeden z wytworów kultury będącej rozwinięciem społecznej natury człowieka, jest nierozzerwalnie związane z konkretną grupą społeczną, wyrażając jej interesy i przeciwdziałając wszystkiemu temu, co jej szkodzi⁹⁹⁷. W tym sensie trafny jest sposób postrzegania prawa karnego przez K. Marksa, o ile wyeliminować z niego elementy progresywistycznej utopii i ograniczyć do deskryptywnego stwierdzenia, że system prawa karnego stanowi rodzaj nadbudowy (a więc zjawiska superwenującego) nad stosunkami społeczno-gospodarczymi panującymi w danej społeczności („bazą” w tej konwencji terminologicznej). Te ostatnie zaś zależą w dużym stopniu od stopnia rozwoju cywilizacyjnego, w tym technologicznego⁹⁹⁸.

⁹⁹³ J. Kurczewski z powołaniem się na M. Maussa i B. Malinowskiego (zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 65-67).

⁹⁹⁴ Ibidem.

⁹⁹⁵ B. Malinowski, *Dziela*, t. 3 cz. 1, *Argonauci Zachodniego Pacyfiku. Relacje o poczynaniach i przygodach krajowców z Nowej Gwinei* [tyt. oryg. *Argonauts of the Western Pacific. An Account of Native Enterprise and Adventure in the Archipelagoes of Melanesian New Guinea*], tłum. B. Olszewska-Dyoniziak, S. Szykiewicz, Warszawa 1987 [wyd. oryg. London 1922], s. 257-258.

⁹⁹⁶ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 77-79.

⁹⁹⁷ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 1-18; idem, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 4-5.

⁹⁹⁸ Abstrahując od tragicznych skutków, do jakich doprowadziła próba wcielenia w życie utopijnego ustroju opartego na historycystycznej filozofii Marksa, trzeba zauważyć, że jeden z zasadniczych jej błędów polegał na przywiązywaniu nadmiernej wagi do stosunków produkcji i sił wytwórczych, przy jednoczesnym niedocenieniu

Przestępstwo zawsze jest zachowaniem antyspołecznym: na tyle poważnym naruszeniem reguł obowiązujących w grupie i ujawniającym taki stopień antyspołecznego nastawienia sprawcy, że wywołuje negatywną jej reakcję w postaci kary⁹⁹⁹. Z uwagi na zróżnicowanie konkretnych treści reguł społecznych w różnych kulturach nie jest jednak, jak to wykazał J. Makarewicz, możliwe odnalezienie przykładu takiego zachowania, które byłoby przestępstwem „zawsze i wszędzie”, a więc absolutnie uniwersalnego typu przestępstwa. Zawsze i wszędzie natomiast przestępstwem jest to, co w konkretnej grupie uważane jest za atak zagrażający jej samej (zdrada zewnętrzna, zamach na wewnętrzną strukturę grupy itp.)¹⁰⁰⁰. Nawet jednak i tak rozumiane przestępstwo naturalne, wynikające z istoty grupy społecznej, w swych szczegółowych przejawach przedstawia się rozmaicie w różnych społeczeństwach, w zależności od ich struktury, wyznawanej ideologii itp.¹⁰⁰¹

Analogiczny punkt widzenia jest reprezentowany również przez współczesnych etnologów, dla których przestępstwem w społecznościach pierwotnych jest zamach na spójność grupy społecznej¹⁰⁰². Eksponowany jest przy tym właśnie element ideologiczny (sakralny), ponieważ spójności grupy zagraża przede wszystkim to, co może podważyć trwałość jej podstawowych wierzeń stanowiących fundament jej organizacji. Dlatego też najcięższym przestępstwem jest naruszenie tabu, pogwałcenie zakazów chroniących przed zmianami zakłócającymi porządek społeczny¹⁰⁰³.

Siła społecznych instynktów człowieka, znaczenie kooperacji w grupie społecznej dla sukcesu darwinowskiego jej członków, w końcu zaś rola wspólnej ideologii jako spoiwa jednoczącego ich w realizacji wspólnych celów, powoduje, że „moralistyczną agresję i oburzenie” wywoływać mogą nie tylko indywidualne krzywdy spowodowane przez

znaczenia informacji (w tym ekonomicznej) oraz sposobów jej przetwarzania, jak również ideologii i ich wpływu – drogą oddziaływania typu *downward causation* – na rzeczywistość materialną.

⁹⁹⁹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 92. Ten sposób postrzegania przestępstwa nie jest, jak się wydaje, bardzo odległy od stanowiska Hegla, który upatrywał przedmiotu przestępstwa w woli ogólnej, której przeciwstawia swoją wolę sprawca przestępstwa (zob. G.W.F. Hegel, *Zasady...*, op. cit., s. 107).

¹⁰⁰⁰ J. Makarewicz uznał, że jedynym przestępstwem spełniającym (pod warunkiem sprowadzenia konkretnych zjawisk prawnych do uproszczonego modelu) kryteria przestępstwa naturalnego w takim rozumieniu, jakie nadał temu pojęciu R. Garofalo jest zdrada swojej społeczności, która pojawia się w różnych epokach i kulturach pod różnymi postaciami, ale zawsze jej cechą wspólną jest bezpośrednie zagrożenie dla grupy, wobec czego można ją uznać za „kwintesencję czynu antyspołecznego” (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 135-146 i 154; idem, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 2).

¹⁰⁰¹ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 2.

¹⁰⁰² Błędne są więc koncepcje fundatorów współczesnego prawa karnego, którzy – jak np. A. Feuerbach – odwołując się do „prawa natury” (rozumianego w duchu filozofii Oświecenia) uniwersalny przedmiot zamachu w przestępstwie widzieli w naruszeniu subiektywnych i indywidualnych praw podmiotowych jednostek (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 107-108; R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 16-18).

¹⁰⁰³ Zob. I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 32.

niekooperatywne zachowania innych, ale także wszystko to, co przez członków grupy jest identyfikowane jako zagrożenie dla jej spójności i powodzenia jako całości. Wydaje się, że właśnie to stanowi biologiczne podłoże zemsty społecznej, która jako mechanizm obronny faworyzowany przez dobór naturalny przetrwała także w głębokiej strukturze norm współczesnego prawa karnego, przede wszystkim zaś w internalnym aspekcie jego funkcjonowania jako zjawiska społecznego.

Podobnie genezę prawa karnego widział B. Malinowski, według którego sankcje w postaci kary (a więc rudymentalne prawo karne) pojawiły się najwcześniej w odniesieniu do łamania tych reguł społecznych, co do których najwyraźniej zaznaczała się tendencja do ich łamania, a więc takich, które miały na celu zapanowanie nad ludzkimi skłonnościami i popędami, tak by możliwe było współdziałanie oparte na wzajemnych ustępstwach i poświęceniach dla wspólnego celu¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁴ Zob. B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 51; B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 463. Zob. także T.E. Kuczma, *Genetyczne...*, op. cit., s. 183-185.

Część II. Zarys ewolucyjnego spojrzenia na strukturę przestępstwa

Rozdział III. Struktura przestępstwa w ujęciu ogólnym

1. Szkic historii teoretycznej refleksji nad strukturą przestępstwa

Na pewnym etapie rozwoju teoretycznej refleksji nad prawem karnym, skądinąd bardzo odległym od jej najdawniejszych początków, których ślad można dostrzec już w kodyfikacjach starożytnego Wschodu, pojawiła się myśl, że w każdym przestępstwie, niezależnie od jego typu, można dostrzec te same elementarne składniki, które pozostają w stałej wzajemnej relacji. Jednym słowem odkryto, że przestępstwo jako kategoria ogólna ma swoją uniwersalną strukturę, którą można badać w oderwaniu od specyficznych właściwości poszczególnych typów karanych zachowań.

Pierwsze wypowiedzi uogólniające na ten temat pojawiły się, gdy glosatorzy i postglosatorzy przystąpili do systematyzacji dorobku rzymskiej kazuistyki¹⁰⁰⁵. *Carolina* – szczytowe osiągnięcie myśli prawniczej o rzymsko-włoskiej proveniencji – nie zawierała jednak części ogólnej prawa karnego¹⁰⁰⁶, a przynależne do niej problemy rozstrzygała głównie na tle poszczególnych typów przestępstw, bez wyróżnienia w sposób czytelny takich elementów, jak czyn, bezprawność czy wina¹⁰⁰⁷. Z jednej strony osiągnięciem *Caroliny* było jasne rozgraniczenie przypadku od psychologicznie ujmowanego zawinienia, z drugiej jednak wciąż przewidywano w niej odpowiedzialność karną uzasadnioną nie popełnieniem konkretnego czynu, ale samymi niebezpiecznymi właściwościami sprawcy¹⁰⁰⁸. Kodyfikacja ta niewątpliwie jednak stanowiła znaczący krok naprzód, zwłaszcza w rozwoju płaszczyzny karalności, pojawiły się w niej bowiem przy opisie niektórych przestępstw definicje syntetyczne o wysokim stopniu wyabstrahowania stanu faktycznego z elementów drugorzędnych. W innych jednak przypadkach nadal stosowano tradycyjną metodę definiowania poprzez prezentację przykładowej sytuacji, a także opis w postaci kazuistycznej narracji¹⁰⁰⁹. Obiektywizacja odpowiedzialności¹⁰¹⁰ była znacznie ograniczona również ze

¹⁰⁰⁵ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 11-13; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 307-308 i 379-380.

¹⁰⁰⁶ Proces jej wyodrębniania następował powoli: nie miała jej jeszcze, podobnie jak i ogólnej definicji przestępstwa, *Leopoldina* z 1786 r., a pierwszym kodeksem europejskim, w którym zawarto odrębną część poświęconą ogólnym zasadom odpowiedzialności karnej była *Josephina* z 1787 r. Podział materii normatywnej na część ogólną i szczególną przejęły następnie wszystkie kodeksy europejskie XIX w. (zob. S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 73-77).

¹⁰⁰⁷ S. Salmonowicz, *Wizerunek...*, op. cit., s. 57-58.

¹⁰⁰⁸ Ibidem, s. 59.

¹⁰⁰⁹ Techniką tą posługiwano się jeszcze na przełomie XVIII i XIX w., na przykład w Landrechcie pruskim z 1794 r. (zob. ibidem, s. 59).

względem na to, że *Carolina* stanowiła raczej zbiór wskazówek pod adresem sądów, niż ustawę przeznaczoną do wiadomości ogółu, po drugie zaś z uwagi na fakt, że katalog czynów w niej ujętych nie był uważany za kompletny, a sądy mogły karać na zasadzie analogii, w związku z czym granica między czynem nagannym moralnie a ściganym przez prawo karne ciągle jeszcze nie była wytyczona¹⁰¹¹.

Podwaliny pod współczesną teorię czynu położył Hegel, jednakże pojęcie to było u niego ściśle powiązane z bezprawnością w ramach dialektycznej triady, w której bezprawie jest zależną od woli negacją prawa, a kara – negacją tej negacji, prowadzącą do przywrócenia prawa. W konsekwencji, przez cały wiek XIX zajmowano się w nauce prawa karnego „czynem bezprawnym”, czyli czymś co ze swej istoty jest już wyposażone w cechy bezprawności, natomiast pierwsze wyabstrahowane z bezprawności teorie czynu pojawiły się w prawie karnym dopiero na przełomie XIX i XX w.¹⁰¹² Czyn, będąc według heglistów, urzeczywistnieniem woli, która wraz z zachowaniem się i związkiem pomiędzy nimi, stanowiła jego składową, stapiał się również z płaszczyzną winy¹⁰¹³, wobec czego

¹⁰¹⁰ Nie mam tu na myśli historycznie pierwotnej zasady odpowiedzialności karnej, zgodnie z którą kara wymierzana jest za sam fakt przyczynienia się do szkody, niezależnie od okoliczności podmiotowych. Ta postać odpowiedzialności karnej, której przeciwieństwem jest subiektywizm represji karnej, określana jest w rozprawie jako „odpowiedzialność obiektywna”, „odpowiedzialność o charakterze obiektywnym”, ewentualnie „odpowiedzialność za obiektywny skutek”. Natomiast przez „obiektywizację odpowiedzialności” rozumiem, najogólniej rzecz ujmując, istnienie pewnego minimum przewidywalności, co i na jakich zasadach spotka się z reakcją karnoprawną. W tym właśnie kontekście I. Andrejew mówił o potrzebie obiektywizmu wymiaru sprawiedliwości, natomiast A. Barczak-Oplustil posługuje się pojęciem „obiektywnej rozpoznawalności karalności” (zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 13; idem, *Podstawowe...*, op. cit., s. 211; A. Barczak-Oplustil, *Obowiązywanie zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, CzoPKiNP 2013, z. 3, s. 21-22).

¹⁰¹¹ S. Salmonowicz, *Wizerunek...*, op. cit., s. 57.

¹⁰¹² I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 73; zob. też Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 43 i literatura tam powołana.

¹⁰¹³ Zob. L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975, s. 10-11. W procesie rozwoju ogólnej koncepcji winy istotną rolę odegrała regulacja zawarta w Landrechcie pruskim, która uczyniła ważny krok w stronę połączenia tradycyjnych pojęć *dolus* i *culpa* wspólnym określeniem nadrzędnym (choć jeszcze takiego nie stworzyła), łącząc odpowiedzialność karną z przyczynowym spowodowaniem skutku przy braku okoliczności wyłączających wolną wolę (S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 87-88). W pierwszej połowie XIX w. ogólne pojęcie winy oraz sama nazwa nadal jeszcze nie występowały, czego przykład stanowi wykład prawa karnego Romualda Hubego z 1830 r., który posługiwał się pojęciem „poczytania” (*imputatio*), a słowa „wina” używał głównie w znaczeniu nieumyślności („czyny bezprawne z winy”). Można jednak spotkać u tego autora także bliższą współczesnemu denotację tego terminu, kiedy oznacza nim przeciwieństwo zasługi. Z kolei w opracowaniu okoliczności wyłączających dopuszczalność poczytania pojawiają się już zręby tego, co się później złoży na winę (zob. R. Hube, *Ogólne...*, op. cit., s. 253 oraz 272-275; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 161). Ta konwencja terminologiczna pojawia się jeszcze u W. Makowskiego, który wyróżnia obiektywne przypisanie czynu i subiektywne poczytanie winy (zob. W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 229), a jej refleks przetrwał do czasów współczesnych w nazwie „niepoczytalność” używanej przez polski język prawny (zob. np. art. 99 § 1 k.k.) i prawniczy na określenie jednego z wzorcowych przypadków wśród okoliczności wyłączających winę. Już jednak w 1868 roku Stanisław Budziński – prekursor pozytywizmu w polskiej doktrynie prawa karnego – w rozdziale zatytułowanym „*Wewnętrzna strona przestępstwa*” swojego wykładu prawa karnego pisał o „winie

przyjmowano jego brak, gdy zachowanie było wynikiem choroby psychicznej albo dopuścił się go nieletni¹⁰¹⁴. W konsekwencji także wina i bezprawność rozdzieliły się dopiero wtedy, gdy pod koniec XIX w. rozeszły się drogi bezprawności i czynu¹⁰¹⁵, przy czym początkowo do bezprawia zaliczano to i tylko to, co w przestępstwie obiektywno-kausalne, a do winy to, co miało charakter subiektywno-duchowy¹⁰¹⁶.

Większą trwałość jako składnik czynu wykazał element woli, zaakcentowany w rozważaniach na ten temat przez klasycznych filozofów niemieckich (Kant, Fichte, Hegel)¹⁰¹⁷, który przeniknął stąd do wywodzącej swe początki od H. Ludena i F. Liszta¹⁰¹⁸, a dogmatycznie domkniętej przez nurt normatywny szkoły pozytywnej, przede wszystkim E. Belinga, klasycznej (naturalistyczno-kausalnej) koncepcji czynu¹⁰¹⁹. Widziała ona w czynie byt uchwytny za pomocą zmysłów, na równi z innymi zjawiskami przyrodniczymi: pobudzone nieskrępowaną wolą zachowanie się w stosunku do świata zewnętrznego, polegające na przyczynieniu się do zmiany w świecie zewnętrznym albo nieprzeszkodzeniu jej¹⁰²⁰. Udział woli wyczerpywał się jednak w samym uruchomieniu zachowania zewnętrznego: poddany „destylacji” z elementów podmiotowych czyn był zewnętrznym aktem psychofizycznej przyczynowości, natomiast treść zjawisk psychicznych towarzyszących zachowaniu się (w tym jego cel) rozpatrywano odrębnie na płaszczyźnie winy¹⁰²¹. W pojęciu czynu nie było natomiast miejsca nawet na „odrobinę” (*Körnchen*) psychologicznie pojmowanej winy¹⁰²². W konsekwencji tego rozróżnienia problem przyczynowości woli i jej treści, wszelkie wartościowania strony podmiotowej, w tym kwestia poczytalności, zostały wyeliminowane z pojęcia czynu, a jedyne co w nim

i jej stopniach”, odróżniając winę umyślną i nieumyślną (zob. S. Budziński, *Wykład porównawczy prawa karnego*, Warszawa 1868, s. 133-152).

¹⁰¹⁴ Zob. R. Hube, *Ogólne...*, op. cit., s. 254-256; F. Maciejowski, *Wykład prawa karnego w ogólności*, Warszawa 1948, s. 39-40; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 73-74.

¹⁰¹⁵ K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 160. Rozróżnienie pomiędzy winą i bezprawnością jako pierwszy postulował w 1881 r. F. Liszt (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 407).

¹⁰¹⁶ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 75.

¹⁰¹⁷ Według Hegla, na przykład, działanie człowieka jest aktem urzeczywistniającym jego wolę (zob. M. Król-Bogomilska, *„Formy winy” w prawie karnym w świetle psychologii*, Warszawa 1991, s. 47).

¹⁰¹⁸ L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 11.

¹⁰¹⁹ W nauce polskiej reprezentowali ją m. in. E. Krzymuski (zob. E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego*, t. 1, Kraków 1885, s. 44-46), S. Glaser (zob. S. Glaser, *Polskie...*, op. cit., s. 106-107), S. Śliwiński (zob. S. Śliwiński, *Polskie...*, op. cit., s. 84-85) oraz W. Wolter, przy czym ostatni z wymienionych autorów w przypadku zaniechania dostrzegał konieczność uwzględnienia w pojęciu czynu elementu wartościowania (zob. W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 48; idem, *Prawo...*, op. cit., s. 91-94).

¹⁰²⁰ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 74-75; F. v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1900, s. 105.

¹⁰²¹ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 14; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 74-75; K. Buchała, *Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające ją dozwolone ryzyko*, Warszawa 1971, s. 63; L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 11.

¹⁰²² E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, s. 10.

pozostawiono to minimum procesów psychicznych, bez którego zachowanie się nie mogłoby zostać przypisane człowiekowi jako „centrum puszczającemu w ruch swoje organy”¹⁰²³.

Koncepcja klasyczna opierała się na konstrukcji przestępstwa złożonej ze ściśle rozgraniczonych płaszczyzn, z których każda zbudowana była z rodzajowo odmiennych elementów: naturalistycznie rozumianego czynu, stanowiącego fakt niezależny od jakichkolwiek wartościowań prawnych, obiektywnie normatywnej bezprawności oraz subiektywnie deskryptywnej winy¹⁰²⁴.

Fundamentalne znaczenie dla rozwoju współczesnej nauki o przestępstwie miała teoria norm K. Bindinga, określana niekiedy jako „najwspanialszy wyraz pozytywizmu”¹⁰²⁵, która powiązała dogmatykę prawa karnego z ogólną teorią prawa, a przede wszystkim zwróciła uwagę na problem zawartości normatywnej przepisu prawa karnego, przedstawiając dopracowaną koncepcję umożliwiającą trafne usytuowanie prawa karnego na tle innych gałęzi prawa i – w dalszej perspektywie – rozgraniczenie płaszczyzn bezprawności i karalności.

W formalistycznej konstrukcji przestępstwa, będącej dziełem normatywnego skrzydła pozytywizmu, nie było miejsca na materialny aspekt bezprawia, który wcześniej, aż do początków XIX w., stanowił centralny punkt pojęcia przestępstwa, by w postaci ograniczonej do „naruszenia woli ogólnej” przetrwać u heglistów i na krótko odzyskać pierwszorzędne znaczenie wraz z sukcesami naturalistycznych szkół pozytywizmu¹⁰²⁶. Antyspołeczny charakter czynu, który w różnych kulturach i epokach wyrażany był w rozmaitych konwencjach, ale niezmiennie odgrywał w pojęciu przestępstwa fundamentalną rolę, niekiedy niemal całkowicie wypełniając jego treść, został uznany za element zupełnie zbyteczny, skoro – jak to uznał E. Beling – przestępstwo nie jest „pojęciowo” szkodliwe, a ustawa może karać czyny społecznie nieszkodliwe i odwrotnie¹⁰²⁷. W konsekwencji nadrzędną pozycję zajęła płaszczyzna karalności, co znalazło wyraz w definiowaniu przestępstwa jako „zgodności czynu z ustawowym stanem faktycznym” (*Tatbestandmäßigkeit*)¹⁰²⁸. Pojawiło się też pojęcie „typ przestępstwa”, przy czym od

¹⁰²³ Zob. W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 48.

¹⁰²⁴ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 20; L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 12.

¹⁰²⁵ Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 74.

¹⁰²⁶ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 59.

¹⁰²⁷ Zob. A. Marek, *Stopień...*, op. cit., s. 13-14.

¹⁰²⁸ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 24.

E. Belinga rozumiano je jako zespół wszystkich cech charakterystycznych, składających się zarówno na stronę zewnętrzną, jak i stronę psychiczną¹⁰²⁹.

Pojęcie ustawowych znamion miało procesowy rodowód, wywodząc się z feudalnego procesu inkwizycyjnego, na gruncie którego rozwinęła się nauka o *constare de delicto*, a później o *corpu delicti*, przez co rozumiano zespół przedmiotowych środków dowodowych (materialnych śladów czynu), których stwierdzenie warunkowało przystąpienie do inkwizycji wobec konkretnego podejrzanego¹⁰³⁰. Na przestrzeni XVIII w. *corpus delicti* przestał oznaczać środek dowodowy i, przetłumaczony na język niemiecki jako *Tatbestand*¹⁰³¹, stał się terminem prawa materialnego oznaczającym całokształt faktów pociągających za sobą karę określoną w ustawie kryminalnej¹⁰³².

Wykształcanie się zrębów koncepcji ustawowej określoności czynu było możliwe dzięki uprzedniemu rozwojowi techniki legislacyjnej, a ważny – choć jeszcze bardzo niekonsekwentny – krok naprzód uczyniła w tym (o czym już wspomniano) *Carolina*, posługując się w przypadku niektórych przestępstw się nowoczesną techniką syntetycznego opisu ich cech istotnych. Dalszy znaczący postęp na omawianym obszarze nastąpił w czasach Oświecenia, przy czym można tu dostrzec pewien paradoks. Z jednej strony, w ramach walki z arbitralnością i samowolą władzy feudalnej proklamowano, rewolucyjną na tle stanu dotychczasowego, zasadę bezwzględnego prymatu ustawy w prawie karnym, a wraz z nią postulat jasności i pewności przepisów ustawy¹⁰³³. Z drugiej jednak, walcząc przede wszystkim o reformę prawa karnego, humanitaryści nie doceniali problemów formalnych i dogmatycznych, w związku z czym ich dorobek nie zawsze był łatwy do wykorzystania

¹⁰²⁹ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 214.

¹⁰³⁰ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 124. Nie jest to jedyna instytucja materialnego prawa karnego o procesowym rodowodzie, ma go również np. pośrednia pomiędzy zamiarem bezpośrednim a nieumyślnością postać zamiaru, będąca początkowo (jako *dolus indirectus* przewidywany w *Theresianie* i zachowany w kodeksie austriackim z 1852 r., obowiązującym na części terytorium Polski do 1932 r., a w Austrii do 1974 r.) jedynie regułą dowodową, opierającą się na preasumpcji złego zamiaru, który należało przyjąć – pomimo niemożności jego udowodnienia bezpośrednio – w sytuacji, gdy zachodziły określone okoliczności. Na procesowe związki wskazuje zresztą już sama rozwinięta nazwa tej postaci zamiaru: *dolus indirectus probatus* (zob. J. Makarewicz, rec.: H. Hoegel, *Geschichte...*, op. cit., s. 394-395).

¹⁰³¹ Jako polski odpowiednik terminu *Tatbestand* proponowano m. in. takie określenia jak: istota czynu, istota uczynku, istota przestępstwa, stan faktyczny przestępstwa, ustawowy stan faktyczny, stan przestępny, stan przestępstwa, skład przestępstwa, określoność czynu itp. Ostatecznie w polskim prawie karnym przyjęła się zaproponowana przez I. Andrejewa nazwa „ustawowy zespół znamion czynu zabronionego” (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 127-129; S. Śliwiński, *Polskie...*, op. cit., s. 133-134; W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 83 i nast., A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 24-25), która skądinąd była używana już w XIX w. (zob. np. J. Makarewicz, *Podżeganie do zbrodni z § 143 u.k.*, PPIA 1898, t. 23, s. 27-40 i 108-120 [przedr. J. Makarewicz, *Prace rozproszone. Tom I...*, op. cit., s. 159-174]).

¹⁰³² I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 125.

¹⁰³³ Znalazło to wyraz m. in. w postulacie tworzenia wyczerpujących części szczególnych kodeksów, jako rejestrów przestępstw, a także w tym, że zaczęto przykładać wagę do języka, jakim posługuje się ustawodawca.

w pracach kodyfikacyjnych, a postęp na tej płaszczyźnie wynikał – i na tym właśnie polega paradoks – przede wszystkim z prac konserwatywnie nastawionych dogmatyków uniwersyteckich kontynuujących tradycje siedemnastowieczne¹⁰³⁴. Stąd też oświecone i humanitarne kodyfikacje, takie jak np. Kodeks prawa karnego i procedury karnej dla Wielkiego Księstwa Toskańskiego z 1786 r. (*Leopoldina*) cechowały istotne nieraz niedostatki techniki legislacyjnej, wyrażające się między innymi występowaniem w tekście długich wywodów omawiających motywy ustawodawcze, z powodu których przypominał on bardziej traktat o przestępstwach i ich ściganiu niż kodeks we współczesnym tego pojęcia rozumieniu¹⁰³⁵. Znaczący postęp, także w zakresie budowy przepisów części szczególnej, stanowiła natomiast *Josephina*, nie w pełni humanitarna, ale mimo to pierwszy nowoczesny kodeks karny w Europie. Jedno z jego osiągnięć polegało na rezygnacji z narratywnego przedstawienia treści poszczególnych przepisów na rzecz nowoczesnych, odpersonalizowanych, schematycznych definicji, także w zakresie opisu poszczególnych stanów przestępnych w części szczególnej¹⁰³⁶. Przede wszystkim zaś, co prawda jeszcze bez użycia pełnej formuły *nullum crimen sine lege*, w *Josephinie* zdefiniowano przestępstwo formalnie jako bezprawne działanie uznane za takie przez kodeks i odrzucono możliwość karania na zasadzie analogii¹⁰³⁷.

Proces wyodrębniania się karalności jako samodzielnej płaszczyzny w nauce o przestępstwie przebiegał jednak powoli i aż do XIX w. termin *Tatbestand* nie był używany w odniesieniu do ustawowych charakterystyk poszczególnych typów (mówiono tu o poszczególnych *Tatbestandach*), ale posługiwano się nim przy opisie składników ogólnego pojęcia przestępstwa (ogólny *Tatbestand*, ogólna istota czynu)¹⁰³⁸. Oznaczał on więc właściwie tyle, co przestępstwo rozpatrywane pod kątem jego struktury¹⁰³⁹. Dopiero w początkach XX w. E. Beling opracowując swój – fundamentalny dla dalszego rozwoju dogmatycznej nauki o przestępstwie – model struktury przestępstwa, odrzucił pojęcie ogólnego *Tatbestandu*, jako nie zawierające dodatkowych treści ponad to, co mieści się

¹⁰³⁴ S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 67-68.

¹⁰³⁵ Ibidem, s. 71-75.

¹⁰³⁶ Ibidem, s. 77-83.

¹⁰³⁷ Ibidem, s. 78.

¹⁰³⁸ Nawet jeszcze S. Śliwiński posługiwał się pojęciem „istoty czynu” w kilku znaczeniach, począwszy od najbardziej szerokiego, obejmującego „wszystkie okoliczności faktyczne i prawne o charakterze ogólnym (dotyczące wszystkich przestępstw w ogóle)”, aż po wąskie, w którym mieszczą się okoliczności „nadające szczególne piętno danemu rodzajowi przestępstwa (typowi rodzajowemu)” i pozwalające odróżnić dany typ rodzajowy od innego typu rodzajowego (zob. S. Śliwiński, *Polskie...*, op. cit., s. 133-134; zob. też I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 125 i 130).

¹⁰³⁹ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 2 i nast.

w ogólnym pojęciu przestępstwa¹⁰⁴⁰, a *Tatbestand*, w pełni już odróżniany od bezprawności i winy, jako zestaw cech typowych dla poszczególnych rodzajów przestępstw, ich „obraz przewodni” (*Leitbild – Tatbild*), uznał za „kamień węgielny” współczesnego prawa karnego¹⁰⁴¹. Stanowił on dominujący element definicji przestępstwa jako czynu zgodnego z *Tatbestand*, podpadającego pod właściwe zagrożenie karą i spełniającego warunki tego zagrożenia¹⁰⁴². W tym ujęciu *Tatbestand* miał całkowicie przedmiotowy charakter, składało się na niego bowiem tylko to, co jest stwierdzalne bez konieczności „wglądu w duszę sprawcy”¹⁰⁴³, a wszelkie elementy subiektywne przynależać miały do płaszczyzny winy¹⁰⁴⁴.

Problemem, który ujawnił się przy okazji rozwoju nauki o ustawowych znamionach czynu była separacja płaszczyzn karalności i bezprawności. Konieczne stało się zwłaszcza rozstrzygnięcie czy bezprawność czynu jest po prostu konsekwencją jego zgodności z ustawowym zespołem znamion, czy też stanowi ona osobną cechą przestępstwa, usytuowaną poza tym zespołem¹⁰⁴⁵. Przy pierwszym stanowisku trudność sprawia wyjaśnienie faktu, że niebezprawna realizacja znamion czynu zabronionego często stanowi regułę (np. bezprawne pozbawienie człowieka wolności jest, statystycznie rzecz ujmując, wyjątkiem od reguły, jaką jest legalne jej pozbawianie w ramach wymierzonej kary, zastosowanej detencji lub środka przymusu procesowego), którą próbowano pokonać za pomocą koncepcji tzw. negatywnych znamion¹⁰⁴⁶. Drugie wymaga natomiast wskazania autonomicznego źródła bezprawności poza przepisem ustawy karnej wysławiającym zręby normy nakazującej wymierzenie kary w razie stwierdzenia, że popełniony został określony w nim czyn (normy sankcjonującej)¹⁰⁴⁷. Istotny postęp dla separacji obu płaszczyzn przyniosło materialne ujęcie bezprawności, które wiąże zabronienie nie z ujemną oceną samego zachowania, ale jego rezultatu tj. naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego.

Wraz z rozwojem nauki o przestępstwie, ustąpić musiała również naturalistyczna koncepcja czynu, konsekwentnie wzbraniająca się przed włączeniem do niego jakiegokolwiek wartościowania. Próbę utrzymania ontologicznego, wolnego od ocen pojęcia czynu, podjęła jeszcze teoria finalna, która oparta została na założeniu, że istotą każdego ludzkiego działania jest celowość, wyrażająca się w świadomym oddziaływaniu na świat zewnętrzny

¹⁰⁴⁰ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 37.

¹⁰⁴¹ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 126 i 133.

¹⁰⁴² E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 7; A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 44.

¹⁰⁴³ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 76-77.

¹⁰⁴⁴ Ibidem, s. 178.

¹⁰⁴⁵ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 142-143.

¹⁰⁴⁶ Ibidem, s. 143.

¹⁰⁴⁷ Zob. Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 56.

poprzez kształtowanie zachodzących w nim przebiegów przyczynowych¹⁰⁴⁸. Pomijanie przez naturalistyczno-kauzalną teorię czynu treści świadomości i kierunku woli było dla finalistów podstawową jej wadą, związaną z tym, że wytyczenie granic czynu wyłącznie na podstawie jego zewnętrznych przejawów napotyka na zasadnicze trudności¹⁰⁴⁹. Ich rozwiązanie H. Welzel widział w uznaniu, że już czyn sam w sobie stanowi „nierozzerwalną syntezę strony obiektywnej i subiektywnej”¹⁰⁵⁰.

Najważniejszą zasługą finalistów była subiektywizacja pojęcia czynu, związana z ponownym inkorporowaniem stosunku psychicznego sprawcy jako jego strony psychicznej, zamiast – jak to miało miejsce w koncepcji naturalistyczno-kauzalnej – ograniczenia roli elementu podmiotowego na tej płaszczyźnie prawnokarnego wartościowania do samej dowolności zachowania się¹⁰⁵¹. Konsekwentnie wiązało się to z podmiotowym zabarwieniem bezprawia, co nie przeszkodziło jednak przyczynieniu się przez ten kierunek do rozwoju materialnej koncepcji bezprawności, dzięki wyeksponowaniu dynamiki dóbr prawnych jako przedmiotów społecznego obrotu oraz – jeszcze niekonsekwentnie, bo z ograniczeniem do typów nieumyślnych – naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym (reguł ostrożności) jako elementu współdecydującego o bezprawności¹⁰⁵². Co najważniejsze, przesunięcie – zgodnie z postulatem H. Welzla¹⁰⁵³ – elementów podmiotowych (psychologicznego substratu czynu, tj. umyślności lub nieumyślności) na płaszczyznę zespołu znamion typu czynu zabronionego, skutkowało przy okazji wyabstrahowaniem z winy wszystkiego poza samą zarzucalnością¹⁰⁵⁴. W ten sposób ustaliła się, przynajmniej w ogólnym konturze, linia rozgraniczająca winę od płaszczyzn czynu i karalności.

Finalistyczna koncepcja czynu umożliwiła wyjaśnienie istoty przestępstw kierunkowych oraz usiłowania, zwróciła również uwagę na fakt, że sfera ontyczna to nie tylko zewnętrzne przejawy zachowania człowieka, ale także towarzyszące mu produkty mentalne. Nie była ona jednak w stanie w zadowalający sposób wyjaśnić na czym miałyby polegać finalność

¹⁰⁴⁸ L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 18; A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 12; P. Konieczniak, *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002, s. 96.

¹⁰⁴⁹ L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 18.

¹⁰⁵⁰ Ibidem.

¹⁰⁵¹ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 77-78.

¹⁰⁵² A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 48-49.

¹⁰⁵³ Zaznaczenia wymaga, że stanowisko takie zajął już wcześniej S. Glaser (zob. S. Glaser, *Polskie...*, op. cit., s. 105).

¹⁰⁵⁴ Zob. W. Wolter, *Czynnik psychiczny w istocie przestępstwa*, Warszawa 1924, s. 7; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 160.

czynności zautomatyzowanych oraz zachowań nieumyślnych, w tym zwłaszcza tzw. czynów z zapomnienia¹⁰⁵⁵.

Nadal nie rozwiązany pozostał także problemem zaniechania, jako drugiej obok działania postaci czynu, i nierozzerwalnie związanego z nim elementu normatywnego (powinność działania), do którego zrelatywizowany jest brak oczekiwanej aktywności sprawcy. Problemy ze skonstruowaniem takiej definicji czynu, która jednocześnie byłaby teoretycznie spójna i obejmowała wszelkie istotne dla reakcji karnej kategorie ludzkich zachowań, skłoniły niektórych przedstawicieli nauki prawa karnego albo do całkowitej rezygnacji z pojęcia czynu na rzecz szerszej kategorii zachowania się¹⁰⁵⁶, albo do zaprzestania uznawania czynu za obiekt rzeczywisty i sprowadzenia go do faktu realizacji ustawowych znamion przestępstwa. Ten ostatni punkt widzenia przesunął czyn z płaszczyzny przyrodniczej na czysto wartościującą, stanowiąc w pewnym stopniu powrót do obowiązującej w XIX w. pod wpływem filozofii Hegla koncepcji czynu ze swej istoty wyposażonego w cechy bezprawności¹⁰⁵⁷. Wychodząc z Belingowskiej koncepcji *Tatbestandsmäßigkeitu* za podstawowe pojęcie nauki o przestępstwie uznano realizację znamion istoty czynu, co w konsekwencji również prowadziło do odrzucenia pojęcia czynu jako nieprzydatnego w systematyce przestępstwa. W tym ujęciu przestępstwem jest bezprawna, zawiniona realizacja znamion istoty czynu¹⁰⁵⁸.

Fiasko tych prób, nie dających oczekiwanych rezultatów zwłaszcza z perspektywy potrzeb praktyki, doprowadziło ostatecznie do akceptacji faktu, że ściśle rozgraniczenie świata realnego i sfery normatywnej, jak tego chcieli pozytywiści szkoły normatywnej, a później neokantyści, nie jest możliwe¹⁰⁵⁹. Kolejny krok uczyniony został, gdy w ramach koncepcji socjologicznej dostrzeżono, że tylko uwzględnienie w pojęciu czynu elementu społecznej doniosłości pozwala wyodrębnić z *continnum* ludzkiego zachowania,

¹⁰⁵⁵ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 13-14; L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 19-26. Zupełnie nie przekonuje próba wyjaśnienia finalności tej kategorii czynów zaproponowana przez R. Mauracha, który uważał, że w ich przypadku wola sprawcy jest skierowana na osiągnięcie celu prawnie irrelevantnego, jednakże ze względu na jego wadliwą realizację, powstały przestępny skutek nie pokrywa się z zamierzonym, leży poza subiektywną linią celu (W. Mąciór, *Problem przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, Kraków 1968, s. 28; idem, *O finalizmie w prawie karnym*, PiP 1971, z. 6, s. 980). Niewątpliwie w przypadku przestępstw z zapomnienia nie dochodzi do „rozminięcia się linii określających subiektywny obraz realizacji celu sprawcy i obiektywny przebieg tej realizacji”, lecz po prostu brak jest jakichkolwiek subiektywnych komponentów odnoszących się do obiektywnie realizowanego skutku przestępnego.

¹⁰⁵⁶ Tak finaliści, np. H. Welzel i A. Kaufmann (zob. H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Ein systematische Darstellung*, Berlin 1969, s. 31; A. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, s. 85).

¹⁰⁵⁷ W. Sauer, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie*, Berlin-Leipzig 1921, s. 35-36; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 22 i 76-77.

¹⁰⁵⁸ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 49.

¹⁰⁵⁹ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 22 i 160-161.

obejmującego kompleks działań i zaniechań, jednostkę przydatną do dalszego prawnokarnego wartościowania.

Równolegle przebiegało przywracanie do struktury przestępstwa pierwiastka materialnego (ujemnej społecznej treści). Z reguły następowało to pośrednio, poprzez jego uwzględnienie w ramach bezprawności. Kierunek ten zapoczątkowała opracowana przez F. Liszta koncepcja bezprawia, na które miał składać się aspekt formalny oraz materialny (*materiell rechtswidrig*), ściśle wiązany z antyspołecznym charakterem zachowania¹⁰⁶⁰. Liszt podkreślał, że materialna bezprawność istnieje niezależnie od tego, czy ustawodawca ją należycie ocenia i ujmuje w normę prawną. Norma prawna nie tworzy więc materialnego bezprawia¹⁰⁶¹, ale je zastaje, w konsekwencji czego może się ono nie pokrywać z oceną zawartą w prawie pozytywnym, a rozbieżność jest możliwa w obu kierunkach¹⁰⁶². Sposób określenia przez F. Liszta relacji pomiędzy materialną treścią bezprawia a „prawem pozytywnym” oraz fakt, że wykluczał on możliwość korekty tego ostatniego przez sędziego w sytuacji, gdy zagrożony sankcją karną czyn nie ma cech antyspołeczności, nakazuje uznać, że w istocie rzeczy materialne bezprawie oraz pierwotne w stosunku do ustawy, realnie istniejące dobro prawne w rzeczywistości usytuowane zostały w tej koncepcji całkowicie poza techniczno-prawnym pojęciem przestępstwa. W jej myśl ustawodawca mógł bowiem dokonać skutecznej kryminalizacji kategorii zachowań społecznie nieszkodliwych, dla których w sferze naturalistycznej brak było materialnego korelatu w postaci realnego, naruszonego lub zagrożonego, dobra prawnego. Pojęcie dobra prawnego spajało dwoistą naturę przestępstwa jedynie na poziomie teoretycznym jako opis pewnej prawidłowości typowo, lecz nie koniecznie, zachodzącej pomiędzy światem materialnym i normatywnym. Materialna zawartość przestępstwa miała więc znaczenie jedynie polityczno-kryminalne (ustawodawcze), a nie dogmatyczne. Koncepcja Liszta w ostatecznym rozrachunku nie różniła się więc aż tak bardzo od formalistycznego ujęcia Bindinga, który także widział w przestępstwie zarazem pogalcenie obowiązku posłuszeństwa, jak i naruszenie dobra

¹⁰⁶⁰ F. Liszt posługiwał się przy tym terminem „zachowanie się społecznie szkodliwe” (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 99).

¹⁰⁶¹ Pojęcia bezprawia i bezprawności, choć często nie są rozróżniane, nie są synonimami: bezprawność jest oceną konkretno-indywidualnego zachowania (jego relacją do całego porządku prawnego), natomiast bezprawie odpowiada abstrakcyjnie rozumianemu stopniowi społecznego niebezpieczeństwa (zawartości kryminalnej) określonej kategorii zachowań (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 44; Z. Ćwiąkański, *Błąd...*, op. cit., s. 28). Nieco inaczej ujmował to H. Welzel, według którego bezprawność (*Rechtswidrigkeit*) jest czystą relacją pomiędzy zachowaniem a całym porządkiem prawnym, podczas gdy bezprawie jest czymś substancjalnym: samym bezprawnym zachowaniem (H. Welzel, *Das deutsche...* [1969], op. cit., s. 52).

¹⁰⁶² Zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 209-210; idem, *Podstawowe...*, op. cit., s. 99.

prawnego, z tym że to ostatnie było wyłącznie pochodną decyzji ustawodawcy, który obejmując ochroną określone wartości dopiero czynił z nich dobra prawne¹⁰⁶³. Kierunek ten był następnie rozwijany w XX w. przez zwolenników teleologicznego ujęcia bezprawności, w szczególności W. Sauera i E. Mezgera¹⁰⁶⁴, dla których zachowanie zgodne z istotą czynu stanowiło *ratio essendi* bezprawności¹⁰⁶⁵.

Konsekwentne i teoretycznie domknięte ujęcie materialnej bezprawności przedstawił A. Zoll, który powiązał stanowiska uznające dobro prawne za układ odniesienia dla normy określającej zakaz zachowania¹⁰⁶⁶ z opracowaną przez J. Landego konstrukcją norm sprzężonych¹⁰⁶⁷ oraz – pochodzącą od K. Engischa, a rozwiniętą przez finalistów – koncepcją naruszenia reguł ostrożności jako elementu konstytutywnego dla przestępstw nieumyślnych. Wykazanie przez A. Zolla, że naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym pełni uniwersalną rolę w strukturze każdego przestępstwa, pozwoliło na skonstruowanie jednolitego modelu normy sankcjonowanej. Nadal nie przyniosło to jednak odpowiedzi na fundamentalne pytanie, jakie jest źródło zabronienia czynów atakujących dobro prawne, skoro nie jest nim naruszenie normy prawnokarnej w ścisłym tego słowa znaczeniu.

Dominacja formalnego pojmowania przestępstwa, związana z tradycją klasycystyczną, spowodowała, że problem materialnych podstaw odpowiedzialności karnej nie doczekał się pogłębionej refleksji teoretycznej w nauce prawa karnego państw demokratycznych, choć rozwiązania legislacyjne wiążące określone konsekwencje na gruncie prawa karnego ze stopniem ujemnego ładunku społecznego czynu występują właściwie we wszystkich tych krajach. Korekta reakcji w przypadku czynów spełniających znamiona typu, lecz zbyt błahych, by można było je uznać za karygodne, często realizowana jest w tych krajach na płaszczyźnie procesowej, w ramach praktyki oportunistycznej. Materialne ujęcie przestępstwa było natomiast przedmiotem szerokich rozważań w doktrynie państw socjalistycznych, analizy te, choć w wielu szczegółach trafne, były jednak obciążone wpływem narzuconej przez władzę ideologii marksistowskiej, w szczególności zaś założeniem o klasowym charakterze prawa karnego.

¹⁰⁶³ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 110.

¹⁰⁶⁴ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 22 i 99; A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 46-47.

¹⁰⁶⁵ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 248-249.

¹⁰⁶⁶ Decydujące dla bezprawności znaczenie naruszenia dobra prawnego dostrzegał już E. Beling (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 45).

¹⁰⁶⁷ Zob. J. Lande, *Nauka o normie prawnej*, „Annales UMCS” 1956, t. 3, s. 1-56.

2. Status ontologiczny struktury przestępstwa

Przedstawiony powyżej zarys historii rozwoju i separowania się poszczególnych płaszczyzn struktury przestępstwa potwierdza trafność spostrzeżenia M. Małeckiego, że wypracowywana wraz z rozwojem nauki prawa karnego struktura przestępstwa jest generalną, niepowiązaną z konkretnym systemem normatywnym kategorią eksplanacyjną, uzupełnianą i weryfikowaną w kolejnych latach rozwoju nauki prawa karnego¹⁰⁶⁸.

Proces jej wykształcania się nadal jest jednak daleki od ukończenia, o czym świadczą niekończące się, zażarte dysputy naukowe, zwłaszcza w dogmatyce niemieckiej oraz pozostającej pod jej wpływem doktrynie części państw kontynentalnej Europy¹⁰⁶⁹. Dotyczą one niemal wszystkich elementów struktury przestępstwa, a pomiędzy powszechnie akceptowanymi rdzeniami znaczeniowymi poszczególnych pojęć istnieją rozległe obszary niezdeterminowania, na których występują zjawiska graniczne, trudne do jednoznacznego zaklasyfikowania¹⁰⁷⁰.

Dogmatyka prawa karnego ma w dużej mierze charakter praktyczny i odwołuje się do dyskursu o charakterze argumentacyjnym (słusnościowym), nie zaś do deskryptywnego kryterium prawdy. Zasadnicza jej część polega na tworzeniu wewnątrzprawnej siatki pojęciowej, która możliwie najlepiej spełnia rolę określoną założeniami aksjologiczno-filozoficznymi i praktycznymi¹⁰⁷¹.

W związku z tym nasuwa się fundamentalne pytanie, czy pomiędzy naturalistycznym spojrzeniem na zjawisko przestępstwa, a dominującym we współczesnej nauce prawa karnego podejściem formalno-dogmatycznym, faktycznie istnieje rozdzźwięk całkowicie wykluczający wzajemny przekład ustaleń dokonanych na obu tych obszarach. Jest to zarazem pytanie o naukowość dogmatyki prawa karnego: czy przynależy ona, choćby w jakiejś istotnej części,

¹⁰⁶⁸ M. Małecki, *Przypisanie...*, op. cit., s. 20.

¹⁰⁶⁹ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 16-17.

¹⁰⁷⁰ Zob. np. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 15-22; A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 23-26 i 36-40; R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 4; zob. także I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 131-135 i 142-145.

¹⁰⁷¹ Na przykład ukształtowana ostatecznie na przełomie XIX i XX w. klasyczna, czteroelementowa struktura przestępstwa (czyn, zgodność z zespołem znamion, bezprawność i wina) jest wynikiem nie tylko dość długiej ewolucji poglądów naukowych, ale i ostrej konfrontacji z kierunkami naturalistycznymi (antropologicznym i socjologicznym), w której zwycięstwo odniósł normatywny nurt pozytywizmu prawniczego. Był on zakotwiczony w ideologii liberalno-demokratycznej, która – ujmując rzecz w największym skrócie – postulowała oparcie odpowiedzialności karnej na czynie sprawcy, nie zaś jego niebezpiecznych właściwościach, uzależnienie jej od winy sprawcy, a także maksymalne ograniczenie sędziowskiej dowolności poprzez wprowadzenie wymogu zgodności czynu z ustawowym opisem czynu zabronionego (K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 160). Z kolei dla przedstawicieli włoskiego pozytywizmu antropologicznego czyn miał głównie znaczenie symptomatyczne, a o wymiarze kary miała decydować wyłącznie osobowość sprawcy (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 67). Przy takich założeniach pojęcie czynu przestało spełniać jedną z podstawowych swoich funkcji – gwarancyjną (zob. P. Konieczniak, *Czyn...*, op. cit., s. 12).

do dyskursu teoretycznego, którego przedmiotem jest deskrypcja rzeczywistości, czy też jest wyłącznie praktyczną dziedziną pomagającą w socjotechnicznym kształtowaniu rzeczywistości społecznej zgodnie z przyjętymi założeniami aksjologiczno-filozoficznymi.

Na przedpolu próby udzielenia odpowiedzi na te pytania trzeba zaznaczyć, że wypowiedzi dogmatycznoprawne niewątpliwie należą do Popperowskiego Świata 3, stanowią one bowiem oderwane od przeżyć psychicznych ich autorów wytwory ludzkiej myśli, które są przedmiotem intersubiektywnego przekazu¹⁰⁷². Warto odwołać się w tym miejscu do pojęć „wzorca” i „modelu”, jak to bowiem trafnie zauważył M. Rodzyńkiewicz, cechą charakteryzującą myślenie karnistyczne jest właśnie stosowanie procedur modelowania, polegających na konstruowaniu modeli i porównaniu z nimi przedmiotów odniesienia¹⁰⁷³. Szczególnie istotny z perspektywy dalszych rozważań jest taki rodzaj charakterystyki, którą autor ten określił jako wzorzec w ścisłym sensie modelu, co oznacza, że w sposób idealizacyjny odzwierciedla ona i wyodrębnia istotne cechy strukturalne i dynamiczne określonego zjawiska, przedmiotu czy procesu. Wzorzec w sensie modelu może mieć jednak dwojaki charakter: modelu-wzoru oraz modelu-odwzorowania. Model-wzór ma charakter postulatywny lub służy ustaleniu obowiązującej konwencji (np. wzorzec metra przechowywany w Międzynarodowym Biurze Miar i Wag w Sévres), natomiast model-odwzorowanie jest strukturalnym odwzorowaniem pewnego przedmiotu, zjawiska czy klasy zjawisk (np. model łańcucha DNA)¹⁰⁷⁴. Pierwszy konstruuje więc pewien układ odniesienia, który służy wykreowaniu zupełnie nowego bytu, drugi natomiast tworzony jest jako układ odniesienia dla rekonstrukcji cech dystynktywnych bytów stanowiących wobec niego *prius*.

Rację ma M. Rodzyńkiewicz także i w tym, że wszystkie elementy dogmatycznoprawnej struktury przestępstwa, tj. (w przyjętym przez tego autora ujęciu) czyn, zgodność zachowania z ustawowym typem czynu zabronionego przy jednoczesnym braku okoliczności wyłączających bezprawność, karygodność oraz wina, stanowią modele w przytoczonym

¹⁰⁷² Taki charakter ma np. pojęcie „zespołu ustawowych znamion czynu” („ustawowej określoności”), tak jak je rozumie A. Zoll, tj. jako pewne konstrukcje myślowe wyznaczające schematy (wzorce), według których ocenia się konkretne zachowanie. Dla porządku zaznaczyć trzeba, że niektórzy autorzy pojęć tych używają w znaczeniu „ontologicznym”, tj. jako konkretne właściwości charakteryzujące czyn (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 25-27).

¹⁰⁷³ M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 7 i 143.

¹⁰⁷⁴ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 12; I. Dąmbaska, *Dwa studia z teorii naukowego poznania*, Toruń 1962, s. 21-31. Modelowanie to skądinąd procedura typowa dla każdego procesu poznania, który – co już wyjaśniono odwołując się do epistemicznej teorii prawdy H. Putnama - w dużej mierze polega właśnie na tworzeniu adekwatnych dla istniejących potrzeb poznawczych układów odniesienia, a następnie podejmowaniu na tej podstawie określonych decyzji pojęciowych. Jak to ujął Lord Kelvin (William Thomson): „Póki nie mogę skonstruować modelu – nic nie rozumiem” (W. Thomson, *Lectures on Molecular Dynamics and Wave Theory*, Baltimore 1884, s. 270; cyt. za: M. Dąmbaska, *Dwa studia...*, op. cit., s. 21).

powyżej, ścisłym znaczeniu tego terminu¹⁰⁷⁵. Również i samo przestępstwo, jako suma tych wartościowań, także jest wzorcem, swoistym „negatywem” wzorców akceptowanych zachowań, którego spełnienie uruchamia społeczną reakcję korygującą¹⁰⁷⁶. Jednocześnie, w przekonaniu cytowanego autora, prawie wszystkie spośród tych wartościowań¹⁰⁷⁷ stanowią – podobnie jak i inne figury wzorcowe, którymi posługuje się dogmatyka prawa karnego – modele-wzory¹⁰⁷⁸, a więc mają postulatyczny, konwencjonalny charakter i odwołują się do założonych kryteriów użyteczności lub słuszności¹⁰⁷⁹.

Pomimo wykluczenia dopuszczalności posługiwania się w analizie dyskursu prawniczego kategoriami ontologiczno-esencjonalnymi¹⁰⁸⁰, M. Rodzyńkiewicz nie ma wątpliwości co do naukowego charakteru dogmatyki prawa karnego, twierdząc, że to nie nauka o przestępstwie jest „relatywna”, ale „relatywny” jest jej przedmiot, wobec czego „wystarczy zmienić sposób uprawiania dogmatyki prawniczej, by kwestia tej rzekomej nienaukowości (lub relatywności) przestała być frustrującym problemem”¹⁰⁸¹.

Bez wątpienia trzeba się zgodzić, że poszczególne elementy struktury przestępstwa pełnią funkcję wzorców, z którymi kolejno porównywany jest przedmiot wartościowania jako całość¹⁰⁸². Nietrafne wydaje się natomiast twierdzenie, jakoby modele tworzone przez

¹⁰⁷⁵ M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 27.

¹⁰⁷⁶ Ibidem, s. 16. Warto przytoczyć tutaj celne spostrzeżenie Cz. Znamierowskiego, że nieprzypadkowo na określenie normy prawnej przyjęto słowo, które pierwotnie w języku łacińskim oznaczało węgielnicę – przyrząd pomiarowy (do wytyczania kątów w murarstwie) (zob. Cz. Znamierowski, *Oceny i normy*, Warszawa 1957, s. 265).

¹⁰⁷⁷ Poza karygodnością, ponieważ – jak zauważył – społeczna szkodliwość nie jest prawniczym postulatem, ale faktem społecznym (Ibidem, s. 72).

¹⁰⁷⁸ Jak podkreśla M. Rodzyńkiewicz, dogmatycznoprawny model przestępstwa można określić jako imperatywny wzorzec ustawowy (w aspekcie genetycznym, tj. określającym „źródło” tej figury wzorcowej), ponieważ odtworzony zostaje on w oparciu o instytucje i pojęcia zawarte w ustawie karnej, natomiast struktura przestępstwa stanowi sformułowany w języku prawniczym model-odwzorowanie, ale tylko tego, co pierwotnie zakodowano w języku prawnym ustawy (zob. ibidem, s. 17 i 28).

¹⁰⁷⁹ Ibidem, s. 25.

¹⁰⁸⁰ Ibidem, s. 35.

¹⁰⁸¹ Ibidem, s. 145-146.

¹⁰⁸² Pewne wątpliwości może budzić z tego punktu widzenia czyn, który – w duchu koncepcji naturalistyczno-kausalnej – często bywa rozumiany nie jako pierwszy z wzorców służących do ustalenia zgodności obiektu wartościowania z modelem charakteryzującym przestępstwo, ale jako „przednormatywna” podstawa wartościowania sama w sobie (zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 27; L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 59). Opowiadając się za socjologiczną koncepcją czynu należy jednak uznać, że czyn, jeżeli ma być podstawą odpowiedzialności karnej, musi być kwalifikowanym zachowaniem posiadającym specyficzne cechy (zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 121; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 167). Jest to oczywiste zwłaszcza w przypadku zaniechania, które nie polega przecież na całkowitym braku jakichkolwiek działań, ale braku określonego działania w spodziewanym kierunku, a więc musi łączyć się z elementem normatywnym, który ten kierunek wyznacza (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 17). Obiektem wartościowania jest więc zachowanie się człowieka jako zdarzenie o charakterze ontologicznym (W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit. s. 167), natomiast model czynu stanowi już pierwotny wzorzec służący jego prawnokarnemu wartościowaniu (zob. P. Kardas, *Przestępstwo ciągle w prawie karnym materialnym*, Kraków 1999, s. 81; M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 37).

dogmatykę prawa karnego miały wyłącznie postulatywny, a nie odwzorowujący – choćby w pewnym zakresie – charakter¹⁰⁸³. Zanim zostanie przedstawione szczegółowe uzasadnienie dla tej tezy, wstępnie zaznaczyć trzeba, że już sama intuicja podpowiada, że dogmatycy prawa standardowo, a nie jedynie marginalnie¹⁰⁸⁴, badają i opisują „coś”, co ma jakąś uniwersalną i „przednormatywną” treść, niesprowadzalną wyłącznie do bieżących założeń socjotechnicznych i przekonań aksjologicznych¹⁰⁸⁵.

Myśl taka nie jest obca zresztą i samym dogmatykom prawa karnego, na przykład już w początkowych fragmentach pracy poświęconej opracowanej przez siebie koncepcji kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy, W. Wolter podkreślił, że jego celem nie jest przebadanie konkretnego rozwiązania problemu wielości przestępstw przez „tę czy inną ustawę” ani przedstawienie wyłącznie postulatów *de lege ferenda* w sensie wybrania z punktu widzenia polityki kryminalnej „takiego czy innego rozwiązania”, ale „usiłowanie wykazania, że tylko jedno rozwiązanie jest teoretycznie prawidłowe”¹⁰⁸⁶. Stanowisko zakładające równorzędność przeciwstawnych sobie teorii (w tym przypadku jedności i teorii wielości przestępstw) i opierające decyzję o wyborze jednej z nich na kryterium większej praktycznej użyteczności, uważał za akceptowalne w przypadku polityka prawa, ale nie jego teoretyka, który powinien dążyć do poznania „jednej jedynej prawidłowości”¹⁰⁸⁷. Następnie W. Wolter przedstawił wywód, w którym za wewnętrznie sprzeczną uznał konstrukcję zbiegu idealnego, gdy traktuje się przestępstwo realistycznie¹⁰⁸⁸, odrzucił też koncepcję zbiegu eliminacyjnego, przyjętą w art. 36 kodeksu karnego z 1932 r.,

¹⁰⁸³ Na marginesie trzeba zaznaczyć, że wbrew deklaracjom M. Rodzyńkiewicza, zajęte przez niego stanowisko podważa naukowy charakter dogmatyki prawa karnego i czyni z niej czysto praktyczną umiejętność opartą jedynie na uzasadnieniach argumentacyjnych i funkcjonalnych, a nie na teoretycznej deskrypcji. Problem nie w zmienności (relatywności) przedmiotu badania nauk prawnych, ale w tym, że widząc w dogmatyce prawa karnego dziedzinę zajmującą się tworzeniem modeli-wzorów, przesądza się, że jej zadaniem nie jest badanie prawa, ale wyłącznie jego współtworzenie.

¹⁰⁸⁴ M. Rodzyńkiewicz przyjmuje, że do nielicznych pojęć nauki o przestępstwie o charakterze modelu-odwzorowania należy zamiar bezpośredni, jego znaczenie odwołuje się bowiem do modeli rekonstruujących świat zjawisk psychicznych człowieka, zaczerpniętych z psychologii (M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 143). Podobnie widział to I. Andrejew, który uważał, że zamiar i nieumyślność to wykształcone w prawie karnym modele stosunku psychicznego sprawcy do czynu (I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 170).

¹⁰⁸⁵ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 144. Relacjonując stanowisko tego autora posłużono się użytym przez niego określeniem „treść przednormatywna”, trzeba jednak zaznaczyć, że jest ono dość niefortunne. Normatywny charakter ma bowiem każda powinność, to jest internalnie postrzegany i eksternalnie praktykowany w danej społeczności intersubiektywny wzór zachowania. Z tego punktu widzenia „przednormatywna” treść prawa karnego była równie normatywna jak ta, która wynika z kodeksów karnych państw współczesnych. Bardziej adekwatne byłyby więc takie sformułowania (składiną różniące się nieco w swych odcieniach znaczeniowych), jak np. wyprzedzające prawo stanowione, preteoretyczne, przeddogmatyczne znaczenie czynu (przestępstwa, winy itd.).

¹⁰⁸⁶ W. Wolter, *Kumulatywny...*, op. cit., s. 8-9.

¹⁰⁸⁷ Ibidem, s. 10.

¹⁰⁸⁸ Ibidem, s. 25-26.

jako prowadzącą do zafałszowania rzeczywistości, a w końcu skonkludował, że jedynym poprawnym, a zarazem praktycznie użytecznym, rozwiązaniem sytuacji, w której czyn sytuuje się na wspólnym polu krzyżujących się norm, jest dokonanie jednej wspólnej oceny odbijającej złączenie się znamion kilku typów w jednym czynie przestępnym (kumulatywny zbieg przepisów ustawy)¹⁰⁸⁹.

W całym tym wywodzie dostrzec można dwie zasadnicze kategorie argumentów. Pierwsza odwołuje się do logicznych konsekwencji przyjętych apriorycznie założeń co do fundamentalnych właściwości podstawowych pojęć systemu prawa karnego, takich jak czyn i przestępstwo, oraz relacji pomiędzy zakresami norm, które istnieją niezależnie od tego, czy ustawodawca je przewidywał czy nie¹⁰⁹⁰. Presupozycją przekonania o przynależności tego rodzaju argumentów do dyskursu teoretycznego jest założenie realności Popperowskiego Świata 3: opisane w *Kumulatywnym zbiegu przepisów* konsekwencje przyjętych założeń oraz relacji logicznych pomiędzy zakresami zespołów znamion typów czynów zabronionych prowadzą do „jednej jedynej prawidłowości”, ponieważ istniały zanim jeszcze zostały pomyślane i ogłoszone przez W. Woltera, który ich nie wykreował, a jedynie odkrył i odwzorował. Drugim natomiast układem odniesienia w procesie poszukiwania jedynego teoretycznie prawidłowego rozwiązania ma być pozaprawna rzeczywistość, w odniesieniu do której konstrukcje teoretyczne mają stanowić narzędzie skutecznego kształtowania z punktu widzenia zdefiniowanych potrzeb, a jednocześnie środek do odwzorowania jej w sposób niezafałszowany. Poza odwołaniem się do pewnych intuicji poznawczych W. Wolter nie wyjaśnił jednak co miałyby być miarą „prawdziwości” decyzji ustawodawczych oraz konstrukcji doktrynalnych.

Jak pokazuje przytoczony przykład paradygmatycznego dla dogmatyki prawa karnego sposobu argumentowania, dziedzina ta nie tylko tworzy postulowane modele-wzory instytucji prawnokarnych, ale również co najmniej dąży do odkrycia nie pomyślanych jeszcze, choć obiektywnie istniejących w Świecie 3, ich konsekwencji. Jest to więc działalność w sposób nierozdzielny praktyczna i teoretyczna zarazem, której istotna część polega na intencjonalnym odkrywaniu nowych przedmiotów Świata 3 w celu wpływania za ich pomocą, przy wykorzystaniu oddziaływania typu *downward causation*, na rzeczywistość społeczną, na której superwenuje prawo karne. Te dogmatyczne modele-wzory dostarczane przez dogmatykę stają się następnie podstawą decyzji prawodawczych, po których przedstawiciele

¹⁰⁸⁹ Ibidem, s. 48-49.

¹⁰⁹⁰ Ibidem, s. 49.

nauki prawa próbują jak najdokładniej odwzorować ukształtowaną przez nie rzeczywistość normatywną, co jest równoznaczne z jej ciągłą modyfikacją poprzez tworzenie kolejnych wzorów o mieszanym deskryptywno-postulatywnym charakterze. Stanowią one emanację pracy wielu pokoleń prawników współkształtujących zasób norm, zasad, precedensów, formuł i metod argumentacyjnych, reguł inferencyjnych, innych kanonów interpretacyjnych oraz reguł interpretowania tych kanonów, założeń ideologicznych stanowiących bazę do wnioskowań teleologicznych itp., które łącznie tworzą „*artificial reason and judgement of the law*”¹⁰⁹¹. Tworzenie się prawa przypomina wspólne budowanie powieści przez pokolenia autorów, którzy dołączają do tekstu kolejne rozdziały¹⁰⁹². Język prawny aktów normatywnych jest jedynie prefabrykatem, który podlega dalszym działaniom polegającym na klasyfikowaniu, wprowadzaniu uogólnień i powiązań, służących konstruowaniu uporządkowanego i wolnego od sprzeczności systemu¹⁰⁹³. W ten sposób na rzeczywiste społeczne funkcjonowanie przepisów prawa pośrednio wpływają także dogmatyczne uogólnienia będące wynikiem porządkowania pojęć, przede wszystkim za pomocą metody formalno-dogmatycznej, takie jak np. określony model struktury przestępstwa, w oparciu o który dokonywana jest w praktyce stosowania prawa ocena konkretnego zachowania z punktu widzenia cech przesądzających o jego przestępczości¹⁰⁹⁴.

Uznanie, że przedmiotem zainteresowania dogmatyki prawa karnego są realne byty Popperowskiego Świata 3 nie rozwiązuje jednak do końca kwestii ich ontologicznego statusu, nasuwa bowiem kolejne pytanie dotyczące tego, czy istnieje jakiś jeszcze głębszy poziom, na którym przynajmniej ich zręby nie są wytworem decyzji ustawodawczych i wypowiedzi nauki prawa karnego, lecz je wyprzedzają, będąc odwzorowywanym przez działalność legislacyjną i naukową preteoretycznym stanem rzeczy.

Próbę udzielenia odpowiedzi na to pytanie warto rozpocząć przytaczając spostrzeżenia uczynione przez J. Makarewicza na temat postaci zjawiskowych przestępstwa¹⁰⁹⁵. Dla lwowskiego uczonego nie były one jedynie konstruktami prawodawczymi czy naukowymi, ale faktem społecznym, który musi być respektowany przez ustawodawcę i naukę prawa. Najlepiej zobrazują to przytoczone *in extenso* słowa samego J. Makarewicza: „Są pojęcia przyjęte w życiu, utarte w praktyce sądu, bez których prawo istnieć nie może.

¹⁰⁹¹ Zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 202-203; H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 174.

¹⁰⁹² Porównanie autorstwa R. Dworkina (podaję za: M. Zirk-Sadowski, *Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania*, [w:] *Studia...*, red. J. Stelmach, op. cit., s. 92).

¹⁰⁹³ B. Wróblewski, *Język...*, op. cit., s. 143-144.

¹⁰⁹⁴ Zob. P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, CzPKiNP 2012, z. 4, s. 16; zob. też K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 109.

¹⁰⁹⁵ Zob. bliżej J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 155-167.

Są niemi: p o d ż e g a n i e i p o m o c udzielona przestępcy. Można je możliwie precyzować; można odrzucić podział angielski na uczestników przed czynem i po czynie; można ograniczyć je do pomocnictwa, omówionego przed wykonaniem przestępstwa; można uwypuklić różnicę, zachodzącą między podżeganiem a pomocnictwem duchowym; można pogłębić indywidualizację winy przez odrzucenie formy winy akcesoryjnej przy podżeganiu i pomocnictwie; ale nie można zrezygnować z samych tych pojęć, które życie nasuwa codziennie”¹⁰⁹⁶.

J. Giezek słusznie podkreślił, że to intuicja dotycząca tego, gdzie powinna się rozpoczynać oraz jak powinna być ukształtowana odpowiedzialność karna, poprzedza wszelką jej teorię. Ta intuicja nie jest prostym przejawem założenia przejętego z zakresu polityki karnej, ale stanowi raczej emanację pewnych pierwotnych, naturalnych przekonań ludzi o odpowiedzialności w ogóle¹⁰⁹⁷.

Niedostrzeżenie głęboko ukrytych „nici przewodnich” reakcji karnej wynika, co trafnie zidentyfikował J. Kochanowski, ze skłonności do pojmowania odpowiedzialności karnej przez pryzmat aktualnego jej wyobrażenia: ukształtowanego historycznie archetypu, który zakodowany w procesie osobniczego wychowania, wydaje się nam zgodny ze zdrowym rozsądkiem i istotą odpowiedzialności¹⁰⁹⁸. Taki aprioryczny, czy też aksjologiczny punkt widzenia prowadzi do przyjmowania w domyśle pewnego rodzaju odpowiedzialności, a następnie zajmowania się zawartymi w niej implikacjami, i w konsekwencji do odmówienia miana odpowiedzialności tym formom, które odbiegają od uznanego wzorca wymierzania sankcji (np. opartym na odpowiedzialności obiektywnej czy zbiorowej, nie mówiąc już o całkowicie odbiegającej od naszych wyobrażeń odpowiedzialności przedmiotów martwych, zwierząt czy roślin)¹⁰⁹⁹. W rzeczywistości są one wymarłymi już lub tylko szczątkowo utrzymującymi się na obrzeżach współczesnego zjawiska prawnego formami charakterystycznymi dla wcześniejszych jego etapów rozwojowych, na których towarzyszyły im, w bardziej lub mniej rudymmentarnych postaciach, również te elementy normatywne, które przetrwały test użyteczności w życiu społecznym i nadal stanowią żywe instytucje współczesnego prawa karnego, roztrząsane obecnie przez dogmatyków prawa karnego.

Fakt ten zniknął z pola widzenia w uporządkowanym świecie ustawowego prawa karnego szkoły klasycznej, jednakże po II wojnie światowej, wobec konieczności znalezienia formuły

¹⁰⁹⁶ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 166-167.

¹⁰⁹⁷ J. Giezek, *Metoda prawa karnego. O budowaniu „karnistycznych” teorii naukowych oraz ich wpływie na odpowiedzialność karną*, „Wrocławskie Studia Erazmianskie” 2014, t. 8, s. 31-32.

¹⁰⁹⁸ J. Kochanowski, *Subiektywne...*, op. cit., s. 5.

¹⁰⁹⁹ Ibidem, s. 6.

odpowiedzialności za zbrodnie przeciw ludzkości, które nie były karalne według *lex loci*, zwrócono uwagę na to, że „kodyfikacja jako wyraźne definiowanie za pomocą formalnego aktu – jest rzeczą bardzo późną, a naruszenie praw człowieka, w szczególności dotyczące jego osoby i własności, było przez wieki karane bez ustaw (...). Dla przysięgłych w Clarendon w roku 1164 lub dla przysięgłych w Northampton w roku 1176 takie czyny, jak morderstwo, gwałt, rabunek były dostatecznie jasne by uznać je za zbrodnicze. I dziś jest podobnie”¹¹⁰⁰.

Tą samą intuicją kierują się także autorzy prac i podręczników z zakresu prawa karnego oraz historii prawa, milcząc zaliczając do prawa karnego reakcje karzące stosowane w różnych kulturach wobec przedmiotów, zwierząt, za stany rzeczy nie powiązane przyczynowo z daną osobą, albo całkowicie urojone w wyniku zabobonu itp. Podłoże tych decyzji pojęciowych możemy zrozumieć jedynie wtedy, gdy skoncentrujemy się nie na tym, co w szczegółowych formach prawa karnego różnych epok i kultur jest zmienne¹¹⁰¹, ale to, co jest w nich wspólne. U podstaw tych – z pozoru bardzo od siebie oddalonych zjawisk – muszą przecież leżeć jakieś wspólne właściwości, które powodują, że objęcie ich wspólnym mianem „prawa karnego” jest czymś naturalnym i intuicyjnym.

Rację miał B. Wróblewski, który uważał, że ograniczenie badań zjawiska kary do materiału dostarczanego przez pozytywne prawo karne danego systemu prawnego sztucznie zwęża pole badania i prowadzi do fałszywych wniosków, ponieważ wymaga posługiwania się „formalno-jurydycznym” pojęciem przestępstwa. To metodologiczna nieprawidłowość polegająca na badaniu rzeczywistości prawnej wyłącznie na poziomie konstrukcyjno-prawnym, a nie teoretycznie-naukowym. Kiedy dostrzeżemy, że przestępstwo to coś więcej niż tylko konstrukcja prawnicza okazuje się, że pojęcie to obejmuje szereg takich faktów, które nie są uwzględniane przez kodeksy lub uwzględniane w sposób mylny, ze względu na to, że ustawodawca nie podpatrzył należycie rzeczywistości¹¹⁰².

Przytoczony powyżej cytat z podręcznika J. Makarewicza zwraca uwagę na jeszcze jedną istotną kwestię: „naturalny” charakter mogą mieć nie tylko typy czynów zabronionych¹¹⁰³, ale także takie prawidłowości reakcji karnej, które współcześnie przynależą do części ogólnej prawa karnego, np. wspomniane przez J. Makarewicza podżeganie i pomocnictwo. Zasadne

¹¹⁰⁰ M. Radin, *War Crimes and the Justice at Nuremberg*, „Foreign Affairs” 1946, Vol. 24; cyt. za: T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo...*, op. cit., s. 323-324.

¹¹⁰¹ Takie podejście nieuchronnie prowadzi do naukowej kapitulacji wyrażającej się konkluzją, że pytanie o istotę czynu czy istotę winy jest błędnie postawione i nie ma na nie jakiegokolwiek odpowiedzi (zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 143-144).

¹¹⁰² B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 2-3.

¹¹⁰³ Oczywiście nie w znaczeniu absolutnej ponadczasowości i uniwersalności, jak to przyjmował Garofalo, lecz pewnego powinowactwa ich zrębów do biologicznie uwarunkowanej natury ludzkiej.

wyduje się w związku z tym postawienie pytania, czy także rudymenarne postaci zjawiska przestępstwa można scharakteryzować tymi samymi elementami strukturalnymi (płaszczyznami wartościowania), jakie współczesna dogmatyka przypisuje przestępstwu w jego rozwiniętej, właściwej nowożytnemu prawu karnemu postaci.

3. Model struktury przestępstwa jako odwzorowanie zjawiska zakorzenionego w rzeczywistości preteoretycznej

Rozpoczęcie tej części rozprawy od nakreślenia zarysów historii myśli na temat struktury przestępstwa nie służyło jedynie realizacji celu sprawozdawczego. Zapoznając się z nimi nie sposób nie odnieść bowiem wrażenia, że model ten stopniowo jakby wyłaniał się z mroku dziejów, a jego pierwsze kontury, ledwo dostrzegalne w amorficznej, pierwotnej strukturze przestępstwa, pojawiły się już w najstarszych praktycznych konstrukcjach legislacyjnych, takich jak kodeks Bilalamy czy prawa Hammurabiego. Przez znaczną część dziejów prawa karnego poszczególne elementy tej struktury, znane nam współcześnie jako konstrukcje uniwersalne (np. wina), funkcjonowały w symbiozie z poszczególnymi typami przestępstw. Dopiero z czasem pojawiła się refleksja, że nie stanowią one wyłącznie charakterystyki tych konkretnych przejawów karanego bezprawia, ale uniwersalne cechy przestępstwa jako kategorii ogólnej.

Z kolei ogłaszane, począwszy od XVI wieku, uogólnienia na temat części składowych przestępstwa¹¹⁰⁴ nie wyglądają jak wymyślone w ukończonej postaci, zamknięte i wewnętrznie uporządkowane systemy teoretyczne, ale sprawiają wrażenie coraz doskonalszych prób opisu czegoś wobec nich zewnętrznego i apriorycznego, do poznania czego nauka prawa karnego przybliżyła się dzięki mozolnemu udoskonalaniu siatki pojęciowej przez kolejne pokolenia karnistów.

Oczywiście wrażenie to samo w sobie nie przesądza odwzorowującego, choćby w części, charakteru modelu struktury przestępstwa, równie dobrze można je bowiem wyjaśnić, odwołując się do przytoczonej wcześniej metafory Dworkina, uznając za ciągle przetwarzanie na nowo tej samej opowieści, której fabuła może być przecież od początku wymyślona. Symptomatyczne jest jednak to, że wszystkie, a przynajmniej wszystkie liczące się,

¹¹⁰⁴ Już pod koniec XVI w. Tyberiusz Decjan przedstawił definicję przestępstwa, w której wyraźnie występują takie elementy jak: czyn, zgodność z istotą czynu, bezprawność i wina („*Delictum est factum hominis vel dictum aut scriptum dolo vel culpa, a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest*”) (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 23 i literatura tam wskazana).

koncepty struktury przestępstwa krążą wokół tych samych pojęć¹¹⁰⁵. Różnice zawsze dotyczą tylko szczegółów: zmienna jest liczba płaszczyzn struktury przestępstwa, w różnych ujęciach ulegają one podziałowi lub scaleniu, zmieniają się sposoby szczegółowego ich definiowania, czy wizja wzajemnych relacji, linie demarkacyjne pomiędzy nimi stawiane są w tym lub innym miejscu, przez co „przypadki graniczne” bywają przesuwane z jednej płaszczyzny do innej. Podstawy zawsze jednak są wspólne¹¹⁰⁶.

Charakterystyczne dla początków triumfalnego pochodzenia nauki podejście ahisteryczne i afilozoficzne, wynikające z pozytywistycznego przekonania o możliwości esencjonalistycznej rekonstrukcji rzeczywistości za pomocą metody naukowej, znalazło swoje odzwierciedlenie nie tylko w naturalistycznych kierunkach szkoły pozytywnej, lecz wpłynęło również na paradygmat uprawiania prawoznawstwa zaproponowany przez pozytywizm normatywny. Jego przejawy dostrzec można zwłaszcza w opracowanym przez E. Belinga klasycznym modelu struktury przestępstwa jako czynu zgodnego z opisem ustawowym (*Tatbestandmässig*), sprzecznego z porządkiem prawnym (*rechtswidrig*) i zawinionego (*verschuldigt*)¹¹⁰⁷. Opierał się on bowiem na przekonaniu, że możliwe jest ściśle rozgraniczenie od siebie poszczególnych płaszczyzn struktury przestępstwa i to w taki sposób, że do każdej z nich da się przypisać określone i tylko jej właściwe kategorie okoliczności charakteryzujących przestępstwo. Był to model logicznie nienaganny, w którym poszczególne elementy ułożone były warstwowo, a stwierdzenie przestępności konkretnego zachowania powinno następować w ściśle określonej kolejności, z uwzględnieniem na każdym etapie odmiennych kategoryalnie okoliczności. O zgodności czynu (pojmowanego w myśl koncepcji naturalistyczno-kausalnej jako uchwytne zmysłowo wyznaczniki obiektywnej rzeczywistości) z ustawową określonością decydować mogły jedynie

¹¹⁰⁵ Zob. A. Zoll, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim, prawie karnym. Materiały Polsko-Niemieckiego Sympozjum Prawa Karnego*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990, s. 101. Zestawienie elementów składających się na modele struktury przestępstwa proponowane przez współczesnych autorów polskich przedstawił P. Zarzewski (zob. P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 176-177).

¹¹⁰⁶ J. Giezek zauważył, że jeśliby strukturę przestępstwa porównać do gmachu, któremu już architekci z klasycznej szkoły prawa karnego zapewnili niezbędne, a zarazem całkiem niezłe funkcjonujące w praktyce wyposażenie, to o kolejnych pokoleniach użytkowników owego gmachu należałoby właściwie powiedzieć, że usilnie starali się jedynie o to, aby ją zmodernizować, przebudować lub – w najgorszym razie – umeblować według własnego upodobania, co czasem musiało niestety przypominać przestawianie mebli w starym mieszkaniu (J. Giezek, *Metoda...*, op. cit., s. 48).

¹¹⁰⁷ Podaję za: A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 101.

znamiona przedmiotowe i deskryptywne (opisujące zewnętrzną postać zachowania)¹¹⁰⁸. Tak rozumiany obraz przewodni czynu, stanowiący punkt odniesienia dla bezprawności i winy, nie zawierał oceny zachowania, która pojawiała się dopiero na kolejnym etapie – ustalania bezprawności z perspektywy całego systemu prawnego. Na tym etapie brano pod uwagę znamiona wartościujące, ale nie uwzględniano jeszcze elementów podmiotowych, które z kolei miały decydować wyłącznie o winie sprawcy¹¹⁰⁹.

Pomimo swojej dogmatycznej atrakcyjności oraz logicznej estetyki, zaproponowany przez E. Belinga model struktury przestępstwa nie przystaje do realnych problemów, jakie pojawiają się przy prawnokarnym wartościowaniu konkretnych zachowań na tle określonych typów czynów zabronionych oraz rodzajów znamion. Próby definiowania czynu z odwołaniem się do czysto przedmiotowych, przyrodniczych kryteriów, wyabstrahowane od jakiegokolwiek wartościowania, wywołały wątpliwość czy istnieją wspólne cechy rodzajowe dla działania i zaniechania, które umożliwiałyby posługiwanie się jednolitym pojęciem nadrzędnym w odniesieniu do obu podstaw odpowiedzialności karnej. Zagroziło to rozpadem systemu prawa karnego, a także nauki o przestępstwie, na dwa równoległe podsystemy oraz dwie odrębne dogmatyki, oparte na zupełnie innych układach pojęciowych¹¹¹⁰. Szybko zauważono też, że np. ustawowa określoność czynu zabronionego jako charakterystyka cech konstytutywnych dla społecznej szkodliwości czynu niejednokrotnie nie może być opisana wyłącznie za pomocą znamion opisowych i przedmiotowych, a tym co stanowi o ujemnej zawartości bezprawia oraz uzasadnia zabronienie czynu pod groźbą kary często są elementy wartościujące i subiektywne¹¹¹¹.

Uświadomiono sobie więc, że poszczególne warstwy w strukturze przestępstwa zbudowane bywają z tych samych elementów, a to co wyróżnia kolejne etapy wartościowania to specyficzna perspektywa, z której elementy te są „naświetlane”. Na przykład atak na dobro prawne polegający na naruszeniu reguł postępowania z tym dobrem jest elementem struktury przestępstwa, który – w różnych kontekstach – pojawia się w zasadzie na wszystkich jej płaszczyznach¹¹¹². Różne, a w pewnym stopniu nawet te same, aspekty przeżyć

¹¹⁰⁸ Sam Beling uważał, że obraz przewodni (*Tatbestand*) może być zrealizowany nie tylko przez czyn bezprawny, ale nawet przez zdarzenie nie będące czynem (człowieka), bo i o piorunie można stwierdzić, że zabija człowieka (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 126).

¹¹⁰⁹ Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 118-119; A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 44-45.

¹¹¹⁰ Zob. L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 13-14.

¹¹¹¹ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 119; A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 45.

¹¹¹² Np. A. Zoll eksponuje znaczenie dobra prawnego dla ustalenia społecznej szkodliwości czynu, zachowanie społecznie szkodliwe jest bowiem zachowaniem zagrażającym dobru z uwagi na naruszenie reguł postępowania w stosunku do tego dobra (A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 36), karalności, gdzie zarówno sam atak na dobro jak i naruszenie reguł postępowania z nim należy do tzw. znamion uzupełniających wobec trzonu ustawowej

wewnętrznych sprawcy przynależą do sfery czynu (psychiczne sterowanie przebiegiem kauzalnym), karygodności (postać zamiaru, motywacja), bezprawności (subiektywne składniki bezprawia jako czynniki konstytutywne bezprawności w przypadku niektórych przestępstw, np. kierunkowych¹¹¹³, motywacja przy kontratypach), karalności (umyślność lub nieumyślność oraz ich odmiany jako znamiona strony podmiotowej czynu zabronionego), a w końcu winy (określone rodzaje wadliwości procesów psychicznych albo motywacja w odniesieniu do okoliczności wyłączających winę)¹¹¹⁴.

Rzeczywistości, także normatywnej, nie da się zaklasyfikować w sposób doskonale esencjonalistyczny z powodu immanentnego „cienia semantycznego” rozmywającego obrzeża zakresów pojęć prawnokarnych i nieuchronnie prowadzącego do ich nakładania się na siebie. Jak ujął to zadeklarowany zwolennik metody ścisłych pojęć W. Wolter: „Zjawisko form pośrednich jest czymś bardzo powszednim i często nie docenionym. Domaganie się, aby tego rodzaju przypadki pośrednie zawsze rozstrzygać w jednym czy drugim kierunku, jest zrozumiałe, niemniej jest to zadanie niewykonalne. Wobec tego, iż krańcowe zasady jednego czy drugiego bieguna nie są adekwatne dla pośredniości, wybór jednej drogi otwiera zawsze pole dla krytyki z drugiego punktu widzenia”¹¹¹⁵. Wynika to z faktu, że „życie jest tak skomplikowane i tak różnorodne w swoich przejawach, że wszelkie rozgraniczenia,

określoności (ibidem, s. 42-43) oraz bezprawności, w ramach której o ujemnej ocenie zachowania współdecyduje naruszenie dobra prawnego w następstwie pogwałcenia reguł postępowania z nim (ibidem, s. 53 i 59). Jak syntetycznie ujął to sam autor: „Fakt, że społeczna szkodliwość powiązana jest z sytuacjami faktycznymi, a bezprawność – z systemem normatywnym, lecz obie te instytucje mogą mieć wspólne źródło. W przypadku braku naruszenia reguł postępowania dany czyn nie jest społecznie szkodliwy, a przy okazji, nie naruszając normy sankcjonowanej nie realizuje znamion typu, a więc nie jest też bezprawny” (A. Zoll [w:] *Zapis dyskusji nt. „Charakter prawny kontratypu” z dnia 9 lutego 2009 r. oraz 20 marca 2009 r. na zebraniu naukowym Katedry Prawa Karnego UJ*, opr. W. Zontek, CzoPKiNP 2010, z. 2, s. 67). Dodać trzeba, że atak na dobro prawne nie jest bez znaczenia także na płaszczyźnie winy, która od strony merytorycznej oznacza ujemną ocenę z powodu naruszenia normy sankcjonowanej (a więc normy zakazującej zachowań godzących w dobra prawne w związku z naruszeniem reguł postępowania w stosunku do nich), mimo indywidualnej możliwości jej przestrzegania (zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 230). Bez uwzględnienia relacji do dobra prawnego nie jest zresztą w ogóle możliwe „wykrojenie” z *continuum* ludzkiego zachowania społecznie istotnych jego fragmentów (czynów), które będą stanowić przedmiot dalszego prawnokarnego wartościowania.

¹¹¹³ S. Frankowski, *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 1970, s. 47-48.

¹¹¹⁴ Zob. też K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 120-121.

¹¹¹⁵ Konstatacja ta wypowiedziana została na marginesie rozważań dotyczących kwestii, czy w sytuacji wywołania kilku różnych skutków jednym czynem mamy do czynienia ze zbiegiem realnym (przestępstw) czy zbiegiem przepisów ustawy. W ocenie W. Woltera przypadki wielokrotności skutków jako wyników jednego czynu stanowią właśnie formy pośrednie pomiędzy zbiegiem przestępstw, a kumulatywnym zbiegiem przepisów ustawy, których nie da się bez reszty zakwalifikować do jednej z tych kategorii, przy czym „przy różnorodnych skutkach grawitowanie ku zbiegowi realnemu jest silniejsze niż przy skutkach jednorodnych” (W. Wolter, *Kumulatywny...*, op. cit., s. 63).

jakie przeprowadza teoria, okazują się możliwe do zużytkowania tylko do pewnych granic. Poza tymi granicami zawodzą i na to niestety rady nie ma”¹¹¹⁶.

To podobieństwo problemów, jakie nastrocza opis struktury przestępstwa do trudności, które napotykają inne dziedziny nauki w odniesieniu do przedmiotów jednoznacznie ontycznych w tradycyjnym dla dogmatyki prawa karnego tego słowa znaczeniu¹¹¹⁷, jest symptomatyczne i dodatkowo przemawia za hipotezą, że dogmatyka prawa karnego swoje przedsięwzięcie klasyfikacyjne kieruje na rzeczywistość, która stanowi wobec niej (oraz prawa stanowionego) pewien *prius*. Przekonanie, że działalność dogmatyki prawa sprowadza się do tworzenia modeli-wzorów wynika z absolutyzowania przedmiotu rekonstrukcji w modelowaniu odwzorowującym. Tymczasem każda próba oddania rzeczywistości, czy to materialnej czy normatywnej, za pomocą języka nieuchronnie zawiera wbudowany model-wzór wynikający z podjętych decyzji pojęciowych i przyjętych schematów klasyfikacyjnych, które są uwarunkowane bardziej lub mniej uświadomionymi potrzebami poznawczymi. Skoro absolutnie trafne i niezrelatywizowanego w żaden sposób modelu-odwzorowania nie da się stworzyć nawet dla przedmiotów materialnych, to nie ma podstaw, by odmawiać deskryptywnego charakteru pojęciom języka prawniczego, tylko z uwagi na to, że wykazują one dużą plastyczność i można łatwo wykazać wpływ określonych założeń funkcjonalnych, aksjologicznych czy socjotechnicznych na treść, jaką przybierają w ramach poszczególnych kierunków teoretycznych czy określonych koncepcji¹¹¹⁸. Zaproponowany przez M. Rodzyńkiewicza metamodel dogmatyki prawa karnego¹¹¹⁹ nie jest więc zadowalającym jej odwzorowaniem.

¹¹¹⁶ W. Wolter, *Kumulatywny...*, op. cit., s. 74. Jak z kolei zauważył Z. Jędrzejewski, nie jest możliwe dokonanie rozbioru pojęcia przestępstwa w porządku doskonale systematycznym, z niezawodnym zachowaniem logicznych reguł nadrzędności i podrzędności, zasady i wyjątku oraz konsekwentnie niesprzecznego (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 24-25 i powołana tam literatura).

¹¹¹⁷ Zob. np. A. Grobler, *Prawda...*, op. cit., s. 65-66.

¹¹¹⁸ Rację ma R. Zawłocki, gdy podkreśla, że oczywista możliwość wyboru różnych konkurencyjnych konwencji dla ujęcia społecznej szkodliwości czynu, nie podważa faktu, iż jest ona bytem realnym i obiektywnym (R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 175).

¹¹¹⁹ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 144.

4. Pięcioelementowy model struktury przestępstwa w ujęciu A. Zolla

Ze względu na przedmiot rozprawy nie ma potrzeby szczegółowego omówienia w niej całego bogactwa prezentowanych w nauce prawa karnego modeli struktury przestępstwa. Jej celem nie jest bowiem zreferowanie wszystkich znaczących stanowisk, jakie na ten temat przedstawiono, ale próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w tej materii coś interesującego ma do powiedzenia szeroko rozumiana teoria ewolucji. Ponieważ wszystkie te koncepcje w swych podstawach opierają się na tym samym fundamencie pojęciowym, rozsądnym rozwiązaniem wydaje się dokonanie wyboru jednej z nich, najlepiej takiej, która pozostaje w zgodzie z podstawowymi założeniami metodologicznym niniejszej rozprawy.

Warto w tym celu przyjrzeć się bliżej pięcioelementowej koncepcji struktury przestępstwa zaproponowanej przez A. Zolla, w myśl której przestępstwo jest czynem, którego atrybutami są zgodność ze znamionami ustawowej określoności, bezprawność, karygodność i wina¹¹²⁰. Punktem wyjścia i podstawą analizy w tej koncepcji jest czyn rozumiany socjologicznie jako opanowywalne przez sterującą wolę, skierowane na określony rezultat ludzkie zachowanie, dające się wyodrębnić w społecznie istotną jednostkę¹¹²¹. Po stwierdzeniu, że ludzkie zachowanie spełnia kryteria czynu jest on przedmiotem kolejnych wartościowań¹¹²².

Pierwsze polega na stwierdzeniu, że czyn, naruszając lub zagrażając dobru mającemu wartość społeczną, naruszył również chroniącą dane dobro normę postępowania, wynikającą z obowiązującego systemu prawnego (normę sankcjonowaną)¹¹²³. Samo stwierdzenie,

¹¹²⁰ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 59. Z uwagi na pojawiające się niekiedy twierdzenia (tak np. A. Mucha, *Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2013, s. 122-124), że A. Zoll początkowo wyróżniał jedynie cztery elementy struktury przestępstwa, traktując czyn jako przednormatywną podstawę wartościowania, należy wyraźnie zaznaczyć, że już w opublikowanej w 1982 r. pracy *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu* autor ten, opowiadając się za koncepcją socjologiczną, bez wątpienia uznawał czyn (podobnie zresztą jak to czynił wcześniej K. Buchała) za wynik wartościowania (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 20-21; K. Buchała, *Bezprawność zorientowana na zachowanie się sprawcy czy też jego następstwa*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci prof. dra W. Świdły*, red. J. Fiema, Warszawa 1969, s. 29).

¹¹²¹ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 59.

¹¹²² Trzeba tu zaznaczyć, że wypowiedzi A. Zolla na temat kolejnych etapów wartościowania nie są wolne od pewnych niespójności, a do tego z czasem ewoluowały (por. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 31 i 59; idem, *Karalność...*, op. cit., s. 108). Ponieważ rozbieżności te nie dotyczą kwestii fundamentalnych, nie będą tu szczegółowo rozstrząsane, sam zaś model struktury przestępstwa przedstawiony zostanie w ujęciu z lat dziewięćdziesiątych, w którym uwzględniona została już koncepcja norm sprzężonych.

¹¹²³ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 31; idem, *Karalność...*, op. cit., s. 108. W pierwszej z przywołanych prac A. Zoll podkreślał, że po etapie tym (albo – w innej wersji – jeszcze w jego ramach) następuje ustalenie realizacji przez czyn znamion ustawowej określoności (por. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 31 i 59), przez którą rozumie „zespół tych znamion, w stosunku do których relacjonuje się zamiar sprawcy bądź jego świadomość” (A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 27). Inaczej mówiąc, jest to przekład na język opisowy

że czyn naruszył normę sankcjonowaną nie przesądza jeszcze jego bezprawności, dla jej stwierdzenia konieczne jest bowiem ustalenie, że nie nastąpiła żadna okoliczność wyłączająca bezprawność (kontratyp)¹¹²⁴. Czyn bezprawny, jeżeli realizuje znamiona typu czynu zabronionego karą i nie jest popełniony w okolicznościach wyłączających karalność, staje się czynem karalnym¹¹²⁵. Jeśli nie zachodzi znikomy stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu, można stwierdzić, że czyn jest karygodny¹¹²⁶. Jeżeli czyn karygodny został popełniony przez osobę poczytalną i dojrzałą oraz nie zachodziły okoliczności wyłączające winę (anormalna sytuacja motywacyjna i usprawiedliwiona nieświadomość bezprawności), to czyn jest zawiniony i stanowi przestępstwo¹¹²⁷. Przestępstwo jest więc zachowaniem człowieka, które spełnia warunki pozwalające określić je jako czyn. Jest czynem bezprawnym, ponieważ narusza normę sankcjonowaną, przy braku okoliczności uzasadniających takie naruszenie, z uwagi na konflikt dóbr chronionych prawem. Jest także czynem karalnym, to naruszenie normy sankcjonowanej jest bowiem zagrożone przez ustawę sankcją karną. Jest przy tym czynem karygodnym, bo w jego indywidualnej ocenie jest czynem społecznie szkodliwym w stopniu wyższym niż znikomy. W końcu jest czynem zawinionym, ponieważ sprawcy czynu karalnego i karygodnego można przypisać winę¹¹²⁸.

Struktura przestępstwa u A. Zolla jest warstwowa, w tym sensie, że sekwencja opisanych powyżej wartościowań nie jest przypadkowa: dla ustalenia każdej kolejnej cechy konieczne jest wystąpienie wszystkich cech poprzedzających¹¹²⁹. Podobnie jak u E. Belinga¹¹³⁰,

wypowiedzi normatywnej, którego treścią jest opis zachowania typowo szkodliwego, naruszającego normę prawną (ibidem, s. 43). Ustawowa określoność jest więc zgeneralizowanym odwzorowaniem zachowania naruszającego normę sankcjonowaną i jako taka stanowi, obok znamion uzupełniających, w szczególności podmiotowych, podstawowy element zakresu zastosowania (hipotezy) normy sankcjonującej. Usytuowanie tego etapu prawnokarnego wartościowania przed weryfikacją czy nie zachodzi kontratyp, oznacza, że ustalenie relewantności zachowania z punktu widzenia prawa karnego następowało – w tej wersji modelu – jeszcze przed ostatecznym stwierdzeniem jego bezprawności (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 31 i 59). Wydaje się, że taka sekwencja jest wynikiem poglądu autora, że znamiona kontratypu relacjonują się do znamion typu czynu zabronionego, te ostatnie muszą więc być ustalone jako pierwsze. W późniejszych publikacjach A. Zoll konsekwentnie podkreślał, że bezprawność wynika ze sprzeczności z porządkiem prawnym, natomiast ze zgodności czynu z ustawową określonością wynika karalność (A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 104; idem, *O normie...*, op. cit., s. 83).

¹¹²⁴ A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 104 i 108.

¹¹²⁵ Ibidem (por. idem, *Okoliczności...*, op. cit., s. 31 i 59).

¹¹²⁶ A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 106-108; idem, *Okoliczności...*, op. cit., s. 31 i 59.

¹¹²⁷ Ibidem.

¹¹²⁸ A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 75 i nast.; idem [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 Kodeksu karnego*, red. K. Buchała, A. Zoll, Kraków 2000, s. 14.

¹¹²⁹ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 59.

¹¹³⁰ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 77. Sekwencję: czyn – realizacja znamion istoty czynu (*Erscheinungen*) – bezprawność – wina, przyjmował już w pierwszej połowie XIX w. H. Luden (zob. Z. Jędrzejewski,

a także F. Liszta¹¹³¹, strukturę przestępstwa można w tej koncepcji przedstawić graficznie jako kolejne zawierające się w sobie kręgi zawężające (redukujące) pole odpowiedzialności karnej, aż do najwęższego, który jest równoznaczny z przestępstwem¹¹³². Zarazem jednak struktura przestępstwa w ujęciu A. Zolla jest wieloaspektowa, ponieważ „za każdym razem dla ustalenia zgodności [...] obiektu z wzorcem brany jest pod uwagę cały obiekt, a nie tylko jego części składowe. Porównanie następuje tylko za każdym razem z innego punktu widzenia. Przeprowadzając wielokrotną ocenę tego samego obiektu pod różnymi kątami widzenia będą, rzecz jasna, różne elementy czynu widziane w różnym świetle i w różnym natężeniu, raz jedno, innym razem drugie będą na pierwszym planie”¹¹³³.

Istotną zaletą modelu struktury przestępstwa autorstwa A. Zolla jest właśnie jego wieloaspektowość, która – pomimo silnego osadzenia tej koncepcji w tradycji dogmatyki ufundowanej na metodzie ścisłych pojęć – konweniuje z umocowanym w epistemicznej teorii prawdy antydefinicyjnym podejściem metodologicznym H. Harta i nie wymusza, sztucznych i z góry skazanych na niepowodzenie, prób likwidacji „pasm niezdeterminowania” pomiędzy poszczególnymi warstwami prawnokarnego wartościowania poprzez jednoznaczne zaklasyfikowanie różnego rodzaju przypadków granicznych. Z perspektywy wieloaspektowej struktury przestępstwa A. Zolla nie ma bowiem żadnych przeszkód by uznać, że poszczególne elementy przynależą równocześnie do dwóch lub więcej płaszczyzn wartościowania¹¹³⁴.

Zalety te uzasadniają przyjęcie za podstawę dalszych rozważań na temat struktury przestępstwa sekwencję wartościowań w modelu A. Zolla, w jego późniejszej wersji zakładającej konsekwentne pierwszeństwo wartościowania na płaszczyźnie normy sankcjonowanej (bezprawności) przed ustaleniem karalności czynu. Taka kolejność lepiej oddaje subsydiarny charakter prawa karnego i w sposób intuicyjnie trafny prowadzi wartościowanie od najszerszej kategorii czynu do najwęższej – przestępstwa. Z tego samego powodu zdecydowano o omówieniu płaszczyzny karygodności jako drugiej z kolei:

Bezprawność..., op. cit., s. 53). Wobec czysto formalnej u obu autorów definicji przestępstwa w ich modelach struktury przestępstwa nie został oczywiście uwzględniony element materialny.

¹¹³¹ W modelu struktury przestępstwa autorstwa F. Liszta kolejność etapów wartościowania przedstawiała się odmiennie: ze względu na próbę zbudowania wspólnego dla prawa karnego i cywilnego rodzajowo nadrzędnego pojęcia deliktu, pierwszeństwo miały te etapy, które odnosiły się do jego znamion rodzajowych, tj. czynu, bezprawności i winy, natomiast ustalenie zgodności z istotą czynu, jako znamienia gatunkowego karalnego bezprawia (przestępstwa), miało następować na końcu (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 52).

¹¹³² Zob. L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 12.

¹¹³³ A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 109; zob. też idem, *O normie...*, op. cit., s. 93-94.; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 120-121.

¹¹³⁴ Dla porządku należy jednak wspomnieć, że sam A. Zoll taką ewentualność niekiedy wykluczał, np. za poważny błąd uznał przyjęte przez finalistów założenie, że te same elementy (zamiar przy przestępstwach umyślnych oraz brak umyślności przy przestępstwach nieumyślnych) decydują zarazem o bezprawności, jak i o bezprawiu w znaczeniu typu przestępnego (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 51).

w ramach ewolucyjnej analizy zjawiska przestępstwa nie ma podstaw by płaszczyznę tę ograniczać do tego jej aspektu, w którym stanowi ona narzędzie korekty wyniku wartościowania konkretnego czynu na dominującej w formalnym ujęciu przestępstwa płaszczyźnie karalności, ale trzeba ją rozpatrywać z uwzględnieniem także jej legitymującego sensu, w związku z którym karygodność stanowi ten moment prawnokarnego wartościowania, gdy po raz pierwszy pojawia się ujemna ocena uszczerbku dla jakiejś wartości społecznej, stanowiąca podstawę dalszych ocen prawnokarnych (zarówno generalno-abstrakcyjnych, jak i indywidualno-konkretnych).

Rozdział IV. Poszczególne płaszczyzny w strukturze przestępstwa

1. Czyn

1.1. Uwagi wstępne

„Kamieniem węgielnym” większości koncepcji dotyczących istoty przestępstwa i jego struktury jest czyn. W nowożytnym prawie karnym uznaje się bowiem, że przestępstwem może być wyłącznie takie zdarzenie w świecie zewnętrznym, którego autorem jest człowiek, a więc kwalifikowane ludzkie zachowanie podjęte w sytuacji możliwości psychicznego sterowania swoimi ruchami, dzięki czemu może ono zostać przypisane człowiekowi jako uzewnętrznienie jego relacji z otaczającą rzeczywistością¹¹³⁵. Konstytutywny dla pojęcia czynu element stanowi obiektywna możliwość wyboru alternatywnego zachowania się w sensie fizycznym¹¹³⁶.

W nauce prawa karnego kategoria czynu wyrażana jest przede wszystkim od strony negatywnej poprzez wskazanie sytuacji, w których zachodzące w świecie zewnętrznym zachowanie się człowieka – ruch lub jego brak w określonym kierunku – nie może mu zostać przypisane, ponieważ jego ciało stanowiło jedynie bezwolne, na równi z elementami przyrody nieożywionej, ogniwo związku przyczynowego ze względu na fizyczne przeszkody zewnętrzne albo obiektywne czynniki tkwiące w jego sferze organicznej¹¹³⁷. Presupozycją jest

¹¹³⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 156 i 167-168; zob. też np. F. v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig 1919, s. 112-115.

¹¹³⁶ W. Wolter, *Przestępne przeszkodzenie*, Kraków 1939 [przedr. CzPiE 1939, t. 32, s. 25]; zob. też W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 168.

¹¹³⁷ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 168-171; L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 77-78. Sporne jest natomiast czy o niemożności przypisania człowiekowi autorstwa jego zachowania, co dotyczy zwłaszcza czynów z zaniechania, decydować może tzw. brak intelektualnych zdolności do działania, czyli braki

tu założenie, że człowiek ze swej natury nie jest jedynie obiektem przemian zachodzących w świecie fizycznym, ale aktywnie uczestniczącym w nich podmiotem: istotą mającą możliwość wyboru własnego zachowania się, która to właściwość powoduje, że można wpływać na jego dowolne, przyszłe decyzje za pomocą kary. Przekonanie o wyjątkowości człowieka jako istoty obdarzonej własną osobowością i wolnością wyboru, należy do najbardziej podstawowych i upowszechnionych w społeczeństwach współczesnych, a wobec tego nie dziwi, że – jak to ujął L. Lernell – „pojęcie odpowiedzialności łączymy zwykle z człowiekiem, zakładamy niejako z góry, może nawet intuicyjnie, że ma ono treść humanistyczną, że nie daje się stosować ani do funkcjonowania maszyn myślących, ani zachowań zwierząt”¹¹³⁸. Choć w języku potocznym naturalnie brzmi stwierdzenie o ukaraniu np. psa, to niewątpliwie nie powiemy, że poniósł on odpowiedzialność¹¹³⁹, jej pojęcie przesycone jest bowiem pierwiastkiem subiektywnym, sytuującym problem odpowiedzialności w sferze wolności jednostki, bez której to treści słowo „odpowiedzialność” traci swój sens¹¹⁴⁰.

Prima facie wydawać mogłoby się więc, że jakichkolwiek szans powodzenia nie ma próba wykazania tej płaszczyzny prawnokarnego wartościowania w rozpowszechnionych w różnych kulturach przedwspółczesnych praktykach karania rzeczy¹¹⁴¹, zwierząt (nie mających charakteru tresury)¹¹⁴², zwłok ludzkich, zjawisk przyrodniczych itp. Przepaść pomiędzy współczesnym pojęciem czynu, a tym co stanowiło podstawę odpowiedzialności karnej na wcześniejszych etapach rozwoju prawa karnego, jaskrawa przy ontologicznym pojmowaniu czynu jako empirycznie uchwytne go zjawiska rzeczywistości materialnej, znacząco zmniejsza się wraz z przyjęciem perspektywy socjologicznej, która akcentuje

informacyjne, które wpłynęły na podjętą przez niego decyzję (zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 73-76 i literatura tam powołana).

¹¹³⁸ L. Lernell, *Podstawy nauki polityki kryminalnej. Studia z zagadnień przestępstwa, odpowiedzialności i kary*, Warszawa 1967, s. 181.

¹¹³⁹ Ibidem, s. 187.

¹¹⁴⁰ L. Lernell, *Rozważania...*, op. cit., s. 262.

¹¹⁴¹ Według *Zwierciadła Saskiego* proskrybować, oskarżyć i skazać na rozbiórkę można było zamek, z którego wyjechali lub w którym ukrywali się przestępcy, budynek, w którym bezprawnie więziono ludzi albo zgwałcono kobietę. Jak podkreślił W. Maisel, wyraźnie występuje tu moment „zawienienia” i „kary”. Podobnie w zarządzeniu wojewody poznańskiego z 1580 roku przewidywano wylewanie sfałszowanego wina przy pręgierzu (zob. W. Maisel, *Poznańskie...*, op. cit. 1963, s. 52-53).

¹¹⁴² Karę śmierci (przez ukamienowanie) dla wołu, który pobódł człowieka na śmierć przewidywał Stary Testament (zob. W. Gogłóza, *Nieme bestie – podmiotowość prawna zwierząt w krzywym zwierciadle średniowiecznego i wczesnonowoczesnego procesu sądowego*, [w:] *Sprawiedliwość dla zwierząt*, red. B. Błońska, W. Gogłóza, W. Klaus, D. Woźniakowska-Fejst, Warszawa 2017, s. 67). W Europie udokumentowano około 200 procesów przeprowadzonych przeciwko zwierzętom w okresie od IX do XIX w. (większość z nich przypada na XV-XVII w.) (zob. ibidem, s. 64). Na ławie oskarżonych sadzano świnię, psy, osły, muły, barany, byki, konie, zdarzały się też procesy eklezjalne pod zarzutem niszczenia plonów, prowadzone wobec kretów, myszy, szczurów, ślimaków, dżdżownic, różnych rodzajów ptaactwa i insektów oraz ssaków wodnych (ibidem, s. 66-69).

kulturową relatywność wyodrębnienia jako czynu elementów otaczającej rzeczywistości. Współcześnie pojmowany czyn oraz stany rzeczy, które nie spełniają jego kryteriów, a mimo to uruchamiały reakcję karną na bardziej pierwotnych etapach jej rozwoju, mają istotne cechy wspólne: społecznie doniosłą z punktu widzenia grupy zmianę w tym, co postrzegane jest w niej jako rzeczywistość oraz przypisanie tej zmiany – zgodnie z przyjętymi w danej kulturze regułami – podmiotowi należącemu do kategorii, co do której zakłada się zdolność dowolnego autorstwa zmian zachodzących w rzeczywistości.

Tak, jak we współczesnym prawie karnym ludzie, tak w prawie karnym prymitywnym również zwierzęta, rzeczy czy zjawiska przyrodnicze „ponosiły odpowiedzialność” nie jako bierne przedmioty przechodzących przez nie przebiegów przyrodniczych, ale właśnie jako podmioty zdolne do samosterowania i kształtowania tych przebiegów w sposób podobny do ludzi. Karanie tych „podmiotów” było konsekwencją charakterystycznej dla myślenia prymitywnego antropomorfizacji świata, wynikającej z projektowania na otaczającą rzeczywistość własnych przeżyć i możliwości, w wyniku czego rzeczom przypisywana jest motywacja jako jedyny możliwy do zrozumienia stan poprzedzający działanie¹¹⁴³.

Praktyki te, realizowane nieraz z zachowaniem wszelkich procedur przewidzianych dla procesów karnych, w których oskarżonymi byli ludzie¹¹⁴⁴, uznać można za nieudane próby wykorzystania powinności do sterowania przebiegami przyczynowymi zachodzącymi w przyrodzie¹¹⁴⁵. Ich podejmowanie mogło wynikać nie tylko z błędu antropomorfizacji¹¹⁴⁶,

¹¹⁴³ Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 304. Antropomorfizacja jest uniwersalium kulturowym (S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 617).

¹¹⁴⁴ Zob. W. Gogłóza, *Nieme...*, op. cit., s. 63-70 i literatura tam powołana. Okazjonalnie stosowano wobec zwierząt tortury w nadziei uzyskania przyznania się do winy, a egzekucje wykonywano metodami przewidzianymi dla ludzi (ibidem, s. 67).

¹¹⁴⁵ Warto zwrócić uwagę, że praktyki stosowania magii w społeczeństwach pierwotnych wykazywały podobieństwo do współcześnie przyjętych praktyk postępowania względem dóbr prawnych: świadczenie usług magii „dnia codziennego” było przedmiotem zwykłego obrotu cywilnoprawnego (na przykład świadczenie z zakresu magii miłosnej było zwyczajną usługą, która musiała być zapłacona, zaś stosunek pomiędzy klientem a fachowcem oparty był na umowie, określonej przez zwyczaj), zaś szkodzącą czarną magię stosowano z umiarem i pod kontrolą społeczną, najczęściej jako siłę prawną, wykorzystywaną dla ukarania niesprawiedliwości lub aktu bezprawia z poparciem opinii publicznej (B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 37-39 i 66).

¹¹⁴⁶ Jego konsekwencje doskonale obrazuje przykład procesu przeprowadzonego w 1379 r. w Saint-Marcel-le-Jeussey, gdzie oprócz skazania trzech świń na śmierć za zabicie syna świniopasa, sąd uznał winnymi współudziału w przestępstwie również dwa inne pasące się blisko miejsca zdarzenia stada świń, które wydając głośne odgłosy, miały rzekomo okazywać poparcie dla ataku na ofiarę i wykazywać chęć przyłączenia się do niego (W. Gogłóza, *Nieme...*, op. cit., s. 68). Na antropomorfizację dobitnie wskazuje również fakt składania za oskarżone zwierzęta swoistych „poręczeń społecznych”, odwołujących się do ich indywidualnych właściwości charakterologicznych oraz dotychczasowej linii życia (ibidem, s. 63). Także z perspektywy reguł proceduralnych traktowano zwierzęta jako podmioty obdarzone zdolnością do autodeterminacji, o czym świadczą zarzuty obrońców dotyczące niewłaściwego wezwania do stawienia przed sądem czy też usprawiedliwienia nieobecności (np. oskarżonych szczurów, które zdaniem ich obrońcy – wybitnego francuskiego prawnika

ale również z naturalnej dla człowieka, skłonności do testowania każdej innowacji na wszelkich możliwych do wyobrażenia obszarach zastosowania, co na krótką metę przynosi nieraz opłakane skutki.

Skala skłonności do antropomorfizacji świadczy o głęboko zakorzenionej finalności ludzkiego postrzegania świata, która zapewne jest wynikiem nieodłącznego współkształtowania wszelkich ludzkich procesów psychicznych przez moduł wykrywania intencji. Dodać trzeba, że rozróżnienie między działaniami podlegającymi samokontroli a zachowaniami niekontrolowanymi stanowi uniwersalium kulturowe¹¹⁴⁷.

Wynikające z uniwersalnej ludzkiej skłonności do antropomorfizacji koncepcje karania nie-ludzi, choć z perspektywy współczesnej są rażąco błędne, spełniały jednak te same funkcje, jak konstrukt czynu w nowożytnym prawie karnym¹¹⁴⁸. Oparcie reakcji karnej na założeniu, że negatywnie oceniana zmiana, jaka nastąpiła w rzeczywistości, była współdeterminowana przez antycypację przyszłości, jakiej dokonała istota zdolna do sterowania swoim zachowaniem¹¹⁴⁹, nie jest wynalazkiem współczesnej nauki o przestępstwie.

1.2. Askrypcja sprawstwa

Najbardziej fundamentalną cechą dystynktywną tej płaszczyzny przestępstwa, którą określa się jako „czyn” jest w istocie rzeczy akt askrypcji (przypisania przedmiotowi tego aktu pewnych cech) sprawstwa (autorstwa) negatywnie ocenianego stanu rzeczy¹¹⁵⁰. Samo określenie „askrypcja”, zaczerpnięte przez H. Harta z teorii aktów mowy, podkreśla specyfikę wypowiedzi przypisujących sprawstwo czynów, która polega na tym, że nie mają one charakteru analogicznego do zdań o zdarzeniach i nie są prostym opisem rzeczywistości, lecz przypadkiem tworzenia faktów społecznych (konwencjonalnych) za pomocą aktów

Bartolomea Chasseneau – nie mogły stawić się w sądzie, ponieważ na drodze do niego zagrażały im koty [zob ibidem, s. 69-70]).

¹¹⁴⁷ S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 620.

¹¹⁴⁸ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 384 i 415.

¹¹⁴⁹ Zob. J. Kozielecki, *Koncepcja psychologiczna człowieka*, Warszawa 1977, s. 207.

¹¹⁵⁰ Symptomatyczne jest, że pojawiające się w nauce prawa karnego koncepcje definiujące przestępstwo bez odwołania się do kategorii czynu – co w założeniu ma służyć uniknięciu trudności, jakie na płaszczyźnie ontologicznej sprawia zaniechanie – z zasady kładą akcent właśnie na przypisywalność karnoprawnie relewantnego stanu rzeczy (tak np. M.E. Mayer, który definiował przestępstwo jako zgodne z ustawową określonością, bezprawne i przypisywalne zdarzenie, a także A. Dohna, według którego przestępstwo to przypisywalna sprzeczność z normą – zob. M.E. Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg 1915, s. 13; A. Dohna, *Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen*, ZStW 1907, Bd. 27, s. 342; obu autorów cytuję za: A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 9).

mowy na podstawie reguł konwencyjnych przyjętych w danej wspólnocie komunikacyjnej¹¹⁵¹.

Podkreślił to, w odniesieniu do przestępstw znamiennych skutkiem, C. Roxin wskazując, że obiektywne przypisanie opiera się nie na prawach bytu (kauzalności czy finalności), ale raczej na miarach normatywnych, z których wynika pod jakimi warunkami ustawowo określony skutek może zostać przypisany człowiekowi jako jego dzieło¹¹⁵². Nakłanianie innej osoby by poszła w czasie burzy do lasu jest co prawda warunkiem *sine qua non* jej śmierci, o ile została trafiona piorunem, ale nie jest działaniem „zabójczym”, ponieważ nie stwarza żadnego prawnie relewantnego niebezpieczeństwa z uwagi na subminimalne statystyczne ryzyko skutku, a wobec tego prawo nie ocenia takiego zachowania jako niedozwolonego. Kwestia, jak duże ma być ryzyko, by uzasadniało przypisanie skutku, nie stanowi problemu czysto przyrodniczego, lecz jest rezultatem oceny prawnej, choć oczywiście opartej na

¹¹⁵¹ Zob. H.L.A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, „Proceedings of the Aristotelian Society” 1949, Vol. 49, s. 171-194; T. Gizbert-Studnicki, *Hart on Ascription of Responsibility*, „Archivum Juridicum Cracoviense” 1976, Vol. 9, s. 133-140; M. Klinowski, *Logiczna problematyka czynu i sprawstwa*, Kraków 2011, s. 50-53.

¹¹⁵² Rację ma M. Małecki, gdy całą strukturę przestępstwa uznaje za opis poszczególnych czynności konwencyjnych, podejmowanych w obszarze materialnoprawnych przesłanek odpowiedzialności karnej (zob. M. Małecki, *Przypisanie...*, op. cit., s. 60 i nast.). Każda z płaszczyzn struktury przestępstwa nie jest niczym innym, jak właśnie zbiorem zasad askrypcji kilku odrębnych zespołów cech, które łącznie uzasadniają wykreowanie faktu społecznego polegającego na pociągnięciu określonego podmiotu do odpowiedzialności karnej. Wbrew stanowisku przywołanego autora, nie oznacza to jednak konieczności przyjęcia wielomodelowego podejścia do struktury przestępstwa, w ramach którego odrębną strukturę miałyby mieć m. in. model czynu penalizowanego i model czynu przypisywanego. Nie uzasadnia tego, trafne skądinąd, spostrzeżenie że w zupełnie odmiennych sytuacjach interpretacyjnych, jakimi niewątpliwie są proces legislacyjny oraz stosowanie prawa, odrębne są też obiekty wartościowania: reprezentacje myślowe dotyczące abstrakcyjno-generalnego zdarzenia przyszłego w pierwszym przypadku oraz indywidualno-konkretnie zdarzenie historyczne w drugim. Rzecz w tym, że elementy struktury przestępstwa nie są jedynie narzędziem teoretycznej refleksji nad normą prawa karnego, ale przede wszystkim tej normy składnikami. Jeżeli więc prawnokarne wartościowanie miałyby odbywać się na obu tych etapach na podstawie odmiennych struktur przestępstwa, to w konsekwencji norma, która byłaby stosowana przez podmiot dokonujący przypisania czynu w ramach stosowania prawa, nie byłaby tą samą normą, która została zakodowana w tekście prawnym przez ustawodawcę. Oznaczałoby to przy okazji, że języki tworzenia i stosowania prawa są ze swej natury wzajemnie nieprzekładalne. Nie wydaje się też, by różnice co do tego, jak w praktyce przebiegają typowe wartościowania w różnych sytuacjach interpretacyjnych, powodowały konieczność posługiwania się odmiennymi strukturami przestępstwa, wytlumaczenie tych różnic nie jest bowiem przedmiotem nauki o prawie, ale kognitywistyki, prakseologii itp. Proponowane przez M. Małeckiego ujęcie wielomodelowe włącza do modelu struktury przestępstwa elementy subiektywne, co nasuwa pytanie o granice tego zabiegu, w szczególności zaś nie jest jasne, dlaczego nie wyróżnia on dalszych submodeli. Na przykład w ramach modelu czynu przypisywanego można by rozdzielić model sędziowski i model prokuratorski (model czynu zarzucanego), a w ramach modelu przypisywanego w nieokreślonej czasoprzestrzeni (wykorzystywanego do generalnego badania przez pryzmat wszystkich przesłanek odpowiedzialności karnej w ramach analizy naukowej lub dogmatycznej) wyróżniać submodele: krakowski, poznańsko-szczeciński itp. W ostatecznym rozrachunku należałoby przyjąć tyle modeli struktury przestępstwa, ilu autorów (a może i więcej, uwzględniając zmienny kontekst funkcjonalny w kolejnych sytuacjach interpretacyjnych, zmiany poglądów danego interpretatora, a nawet jego aktualny stan psychiczny, w szczególności stan pamięci). Struktura przestępstwa straciłaby w ten sposób status intersubiektywnego składnika normy prawnej, stając się wyłącznie narzędziem hermeneutycznych prób zrozumienia poszczególnych zdarzeń interpretacyjnych.

przesłankach empirycznych¹¹⁵³. Najstarsze teorie przyczynowości z przełomu XIX i XX w. (tzw. indywidualizujące) zawierały już komponentę normatywną, czyniły bowiem rozróżnienie pomiędzy warunkiem i przyczyną, za którą uznawano tylko szczególnie kwalifikowany warunek (np. „decydujący”, „posiadający siłę napędową”, „najbardziej skuteczny” itp.)¹¹⁵⁴. Jednoznacznie normatywne elementy, związane z immanentnym odwoływaniem się do postulatycznych wzorców, zawierają także dwie spośród klasycznych teorii obiektywnego przypisania skutku (tzw. *Zurechnungslehre*), tj. teoria adekwatności (związku adekwatnego)¹¹⁵⁵ oraz teoria relewancji¹¹⁵⁶, a także wywodząca się z nich współczesna teoria normatywnych podstaw obiektywnego przypisania¹¹⁵⁷.

Pozornie czysto opisowy, przyrodniczy charakter ma natomiast stwierdzenie przyczynowego powiązania zachowania i skutku w ramach teorii warunkowości (równoważności warunków). Problem jednak w tym, że – abstrahując już od konieczności korygowania (np. od strony winy) rezultatów zastosowania w praktyce założenia o identycznej wartości każdego warunku *sine qua non*, jaskrawo zbyt szerokich dla potrzeb przypisania odpowiedzialności karnej¹¹⁵⁸ – test warunku koniecznego jako *prima facie* prosta

¹¹⁵³ C. Roxin, *Problematyka obiektywnego przypisania*, [w:] *Teoretyczne...*, red. T. Kaczmarek, op. cit., s. 6-7.

¹¹⁵⁴ Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 177.

¹¹⁵⁵ Odwołuje się ona do prawdopodobieństwa spowodowania skutku, przyjmując, że zdadne do jego spowodowania jest tylko takie zachowanie, które według naszego doświadczenia powoduje takie skutki normalnie, typowo, a nie przypadkowo. Adekwatność jest więc sądem wartościującym o sprawstwie skutku, opierającym się na generalizacji posługującej się osobowym wzorcem obiektywnego obserwatora dysponującego wiedzą i doświadczeniem w danej dziedzinie działalności, wzbogaconego o szczególną wiedzę sprawcy (zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 179-180).

¹¹⁵⁶ Teoria ta, której drogę uTORował E. Beling, nie zajmuje się związkiem przyczynowym jako pojęciem ogólnym, przesuując problem na obszar przypisywalności skutku w ramach konkretnych typów czynów zabronionych. Jest to więc przede wszystkim kwestia denotacji znamion czasownikowych kauzalnej charakteryzacji czynu, takich jak np. „wywołuje”, „powoduje”, „zabija”, „uszkadza” itp. (na temat językowych wykładników przyczynowości zob. R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym [na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.]*, Kraków 1989, s. 49 i nast.). Punktem wyjścia jest tu co prawda test warunku koniecznego, ale jego rezultat podlega weryfikacji z punktu widzenia znaczenia prawnego (relewancji) ustalonego powiązania (zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 180).

¹¹⁵⁷ Zakłada ona, że obiektywne przypisanie skutku opiera się powiązaniu przyczynowym, ale do niego się nie sprowadza, ponieważ jego zadaniem nie jest jedynie wyjaśnienie powiązań kauzalnych, ale przedstawienie adekwatnej do poczucia sprawiedliwości podstawy dla odpowiedzialności sprawcy za spowodowany przez niego stan rzeczy. Przypisywalny zaś jest tylko ten stan rzeczy, który został spowodowany przez daną osobę poprzez spowodowanie niedozwolonego niebezpieczeństwa (ryzyka) jego powstania lub istotnego zwiększenia już istniejącego ryzyka w razie zrealizowania się tego właśnie niebezpieczeństwa w postaci skutku spełniającego znamiona typu czynu. Spowodowanie lub zwiększenie ryzyka jest natomiast niedozwolone, gdy wynika z naruszenia reguł postępowania z danym dobrem prawnym (zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 181-183; C. Roxin, *Problematyka...*, op. cit., s. 7; P. Kardas, *Przypisanie skutku przy przestępnym współdziałaniu*, KPP 2004, z. 4, s. 81).

¹¹⁵⁸ Na przykład jednym z warunków koniecznych zabójstwa (obok wyprodukowania narzędzia zbrodni, jego legalnej sprzedaży, czy spłodzenia sprawcy przez jego rodziców) jest samo istnienie ofiary. Kradzież jest warunkiem koniecznym śmierci okradzonego, jeżeli w jej wyniku spóźnił się on na pociąg i odjechał innym, który się następnie wykołosił, tak samo jak i wyprodukowanie konkretnego egzemplarza lokomotywy i wagonu (zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 178; zob. też C. Roxin, *Problematyka...*, op. cit., s. 5; J. Giezek,

i obiektywna metoda wykazania takiego związku, w rzeczywistości w ogóle nie jest narzędziem ustalenia nieznanej przyczyny skutku, a jedynie środkiem prowadzącym do logicznego stwierdzenia charakteru jakiegoś warunku jako koniecznego. Można go zastosować jedynie wtedy, gdy już uprzednio rozumiemy mechanizm kauzalny. W innym przypadku odpowiedź na pytanie, czy po wyeliminowaniu danego zachowania skutek zaistniałby czy nie, niezmiennie pozostaje otwarta¹¹⁵⁹.

Współczesna teoria poznania nadal nie potrafi odpowiedzieć na pytanie, co w przyczynowości „działa” i w jaki sposób to następuje. W konsekwencji często traktuje się przyczynowość jako zjawisko empiryczne odnoszące się do zdarzeń po sobie następujących według pewnych prawidłowości i unika posługiwania się pojęciem „przyczyny” zastępując je kategorią prognozy co do przebiegu ciągu zdarzeń¹¹⁶⁰. Przy takim fenomenalistycznym ujęciu przyczynowości, wywodzącym się od D. Hume’a i J.S. Milla, które odwołuje się nie do apriorycznej konieczności rozumianej analogicznie do konieczności logicznej, ale do empirycznie sprawdzalnej prawidłowości świata zewnętrznego¹¹⁶¹, a więc zawodnego z natury rzeczy wnioskowania o charakterze indukcyjnym, obiektywne przypisanie przy zastosowaniu testu warunku koniecznego w sposób nieunikniony również odwołuje się do ocen zakotwiczonych w sferze normatywnej. Wymagać będzie bowiem rozwiązania sorytu dotyczącego stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia skutku, który uzasadnia uznanie poprzedzającego zachowania za jego przyczynę¹¹⁶².

W XX w. doszło doszło do metodologicznego przełomu polegającego na odwrócenie od niemal niepodzielnie panującego wcześniej determinizmu jednoznacznego na rzecz determinizmu statystycznego i probabilistycznego obrazu rzeczywistości¹¹⁶³. Co najmniej więc ze względu na ograniczony zasób wiedzy jakim aktualnie dysponujemy, a najprawdopodobniej nieuchronnie z powodu niepełnego zdeterminowania rzeczywistości,

Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym, Wrocław 1994, s. 49-53). Eliminowanie tego rodzaju „przyczyn” z pola odpowiedzialności karnej z odwołaniem się do braku winy jest zabiegiem kontrintuicyjnym i razi sztucnością.

¹¹⁵⁹ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 177-179.

¹¹⁶⁰ C. Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 1992, s. 219; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 179; zob. też W. Krajewski, *Związek przyczynowy*, Warszawa 1967, s. 35-84; Cz. Znamierowski, *Oceny...*, op. cit., s. 41-42.

¹¹⁶¹ W. Krajewski, *Związek...*, op. cit., s. 46-47.

¹¹⁶² Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 185-194.

¹¹⁶³ Zob. W. Krajewski, *Konieczność*, op. cit., s. 29 i 189-207; zob. także K. Popper, *Wszechświat...*, op. cit., passim.

nie zawsze da się jednoznacznie ocenić, czy eliminacja określonego warunku na pewno wyłączyłaby dany skutek czy nie¹¹⁶⁴.

Dodatkowe komplikacje wiążą się z kwestią obiektywnego przypisania skutku w przypadku zaniechania, sam bowiem problem jego przyczynowości należy do najbardziej kontrowersyjnych zagadnień dogmatyki prawa karnego. Nie wdając się tu w szczegółową analizę tego zagadnienia wystarczy wspomnieć, że prezentowane w tej sprawie stanowiska rozciągają się od zapoczątkowanego przez H. Ludena poglądu kategorycznie wykluczającego kauzalność zaniechania¹¹⁶⁵, aż po stanowisko, że zaniechanie nie jest „niczym”, ale obiektywnym faktem o identycznej wartości kauzalnej jak działanie¹¹⁶⁶. To ostatnie odwołuje się do kondycjonalnego (w sensie realnym, a nie tylko logicznym) rozumienia przyczyny, utożsamiającego ją nie z przekazem energetyczno-informacyjnym, ale z warunkami skutku, oraz twierdzenia J.S. Milla o wszechzwiązku zjawisk i rzeczy jako sumy warunków koniecznych, obejmującym również warunki negatywne polegające na nieobecności przyczyn zapobiegających¹¹⁶⁷.

Właśnie z tym ostatnim stanowiskiem trzeba się zgodzić. Dzięki swojemu wyposażeniu ewolucyjnemu, a w szczególności świadomości refleksyjnej oraz umiejętności przewidywania skutków swoich zachowań, człowiek jest istotą zdolną do sterowania przebiegami przyczynowymi zachodzącymi w środowisku przyrodniczo-kulturowym. Odbywa się to nie tylko w drodze aktywnych działań, wykorzystujących mechanizmy o charakterze fizycznym, chemicznym oraz biologicznym, ale także poprzez powstrzymywanie się od nich w sytuacji, gdy określone działania uruchomiłyby relacją kauzalną prowadzącą do niepożądanych rezultatów. Sterowanie rzeczywistością poprzez zahamowanie własnych ruchów, oparte na antycypacji przebiegów przyczynowych już uruchomionych oraz prognozie wpływu na nie

¹¹⁶⁴ Problem możliwości jedynie probabilistycznego odtwarzania ciągów przyczynowo-skutkowych jest wyraźnie dostrzegany w praktyce biegłych sądowych, zwłaszcza w przypadku przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji (zob. np. J. Giezek, *Przyczynowość...*, op. cit., s. 216; M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009, s. 245).

¹¹⁶⁵ Na przykład W. Wolter, który przyczynowość pojmował materialistycznie jako prawidłowość oddziaływania będących w ruchu ciał materialnych, przyjmował, że skoro zaniechanie nie jest ruchem tylko brakiem ruchu w oczekiwanym kierunku, to tzw. „przyczynowość zaniechania” jest przyczynowością „pomyślaną”, a w istocie rzeczy jedynie brakiem przyczynowości przeciwstawnej, w myśl zasady *ex nihilo nihil fit* (W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 64-70; idem, *Prawo...*, op. cit., s. 119-121; idem, *O tzw. przyczynowości zaniechania*, PiP 1954, z. 10-11, s. 520-534). Podobne stanowisko zajmował J. Makarewicz, który podkreślał, że sprawca zaniechania „stoi obok łańcucha przyczyn i skutków i nie bierze w nim udziału”, a wobec tego przestępstwo skutkowe z zaniechania polega na „zaniechaniu kwalifikowanym przez następstwa”, związek pomiędzy nimi nie ma jednak charakteru kauzalnego, lecz pomyślany (zob. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 82-88; idem, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 69).

¹¹⁶⁶ L. Lernell, *Zagadnienia związku przyczynowego w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 276-281; L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 127-141; zob. też G.H. v. Wright, *Norm and Action*, London 1963, s. 45.

¹¹⁶⁷ Zob. J.S. Mill, *System logiki dedukcyjnej i indukcyjnej* [tyt. oryg. *System of Logic Ratiocinative and Inductive*], t. 1, tłum. Cz. Znamierowski, Warszawa 1962 [wyd. oryg. London 1843], s. 508-516.

określonego zachowania aktywnego, gdyby zostało podjęte, jest najzupełniej realne, „pomyślane” są natomiast jedynie negatywne sądy kauzalne dotyczące „rzeczywistości pozytywnej dopełniającej”.

Wydaje się natomiast, że – podobnie jak w przypadku działania – także i w odniesieniu do zaniechania odrzucić należy absolutystyczną tezę o równoważności warunków koniecznych. Pozbawione sensu byłoby rozważanie jako warunków negatywnych absolutnie wszystkich, choćby najbardziej nieprawdopodobnych, ale możliwych do pomyślenia, nie podjętych działań ludzkich. Wniosek przeciwny byłby zresztą zupełnie sprzeczny z podstawowymi intuicjami na temat kauzalności ludzkiego zachowania się, w tym ukierunkowanej bierności.

Szczególnym sposobem sterowania przez człowieka przebiegami przyczynowymi zachodzącymi w środowisku społecznym złożonym z podmiotów zdolnych do wyboru alternatywnego zachowania jest tworzenie i posługiwanie się powinnościami. Powinność nie jest „niczym”, ale obiektywnym i „namacalnym” składnikiem otaczającej nas rzeczywistości, której częścią jest Popperowski Świat 3. Uniwersum obiektywnych treści myślowych wpływa kauzalnie na rzeczywistość materialną¹¹⁶⁸, przy czym w przypadku powinności może to polegać na uruchomieniu działania bezpośrednio przez nią motywowanego (np. gwarant zapobieżenia śmierci innej osoby ratuje ją przed utonięciem motywowany poczuciem obowiązku wynikającego z obowiązujących go przepisów prawa) albo opartego na kalkulacji uwzględniającej istnienie określonej powinności (np. osoba zawiera transakcję z odroczonym świadczeniem wzajemnym w przekonaniu, że obciążający drugą stronę obowiązek zostanie wykonany z uwagi na jego normatywny charakter oraz wspierającą powinności pierwszego rzędu regulację wtórną, normującą wymiar sprawiedliwości w sprawach cywilnych, przymusową egzekucję roszczeń itp.).

Normatywność wrosła w strukturę ludzkiej niszy przyrodniczo-kulturowej tak głęboko i wywiera tak wielki wpływ na ludzkie zachowania, zapewniając ich regularność i przewidywalność, że również brak działania wyznaczonego przez treść powinności nie może być postrzegany jedynie jako subiektywny wytwór myśli, jest on bowiem obiektywnym składnikiem „uzupełniającym” układu sytuacyjnego, koniecznym dla pełnej charakterystyki

¹¹⁶⁸ Na zasadzie oddziaływania *downward causation* za pomocą perlokucyjnego aspektu aktów mowy, poprzez które znaki bezpośrednio wywołują skutki w sferze działań, myśli i uczuć nadawcy lub odbiorcy przekazu, a w konsekwencji wpływają na zależności przyczynowe zachodzące w świecie fizycznym (na temat perlokucji zob. J.L. Austin, *Jak działać słowami* [tyt. oryg. *How to Do Things with Words*, wyd. oryg. Cambridge 1962], [w:] idem, *Mówienie...*, op. cit., s. 647).

zachodzących w nim współzależności pomiędzy faktami i zdarzeniami¹¹⁶⁹. Wydaje się, że właśnie z uwagi na porządkujący i regulujący charakter powinności, intuicja podpowiada nam, że bierne zachowanie człowieka jest przyczyną negatywnie ocenianego skutku tylko wtedy, gdy ma on obowiązek podjęcia działania zapobiegającego temu skutkowi. Nawet jeżeli przyjęlibyśmy *in extenso* tezę o wszechzwiązku zjawisk i rzeczy oraz równoważności warunków negatywnych, to i tak przed ostatecznym rozstrzygnięciem kwestii odpowiedzialności karnej konieczna byłaby korekta odwołująca się do tych właśnie intuicji, by rozwiązać problemy z obiektywnym przypisaniem, analogiczne do tych, które występują w przypadku czynów popełnianych działaniem, a do tego zwielokrotnione przez hipotetyczny, a nie realny charakter działań zapobiegających skutkowi, których brak stanowi jego warunki negatywne¹¹⁷⁰. Jako przykład można wskazać, że za równoważne przyczyny śmierci osoby w wypadku kolejowym polegającym na czołowym zderzeniu nadjeżdżających z naprzeciwka pociągów należałoby uznać zarówno zaniechanie przestawienia torów przez drużnika, jak i „zaniechanie” opuszczenia przez pokrzywdzonego pociągu na każdej z poprzedzających stacji. By rozwiązać tego rodzaju problemy trzeba przyjąć, że obiektywnie przypisywalny jest tylko taki stan rzeczy, który został spowodowany brakiem aktywności danej osoby sprowadzającym lub znacznie zwiększającym niedozwolone ryzyko ziszczenia się skutku realizującego znamiona typu czynu zabronionego. Obiektywne przypisanie obejmuje więc, oprócz statystyczno-probabilistycznie rozumianej zależności kauzalnej, także powiązanie normatywne, polegające na niewykonaniu obowiązku zapobiegnięcia skutkowi. Zostaje więc zawężone tylko do jednej kategorii zachowań

¹¹⁶⁹ Zob. L. Lernell, *Wykład...*, op. cit., s. 126-127.

¹¹⁷⁰ Warunki negatywne można mnożyć w nieskończoność, w zależności od wyobraźni, co jak zauważył W. Wolter, stanowić musi „sygnał alarmowy, że przekraczamy granice rzeczywistości obiektywnej” (W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 79). Jest to kolejny z powodów, dla których już przy ustalaniu zbioru warunków negatywnych dla danego skutku musi się uwzględnić statystyczno-probabilistyczny charakter kauzalności. O ile bowiem w przypadku działania mamy do czynienia z warunkiem, który już się ziścił, co powoduje, że problem szacowania prawdopodobieństwa pojawia się w relacji: faktycznie podjęte zachowanie się – zaistniały skutek, o tyle w przypadku zaniechania stopniowalne jest także prawdopodobieństwo zaistnienia poszczególnych warunków negatywnych. Zgodny ze współczesnym sposobem pojmowania przyczynowości wydaje się więc postulat uwzględniania jako warunków negatywnych tylko tych hipotetycznych zachowań przeciwdziałających skutkowi, których wystąpienie *ex ante* (*ex post* wiadomo już, że się nie ziściły) było prawdopodobne na odpowiednio wysokim poziomie. W innym przypadku musielibyśmy uznać na przykład, że przyczyną śmierci dziecka w izolowanej osadzie położonej głęboko w dżungli amazońskiej było to, że zamieszkały w USA miliarder (oraz wszystkie inne osoby fizyczne oraz podmioty zbiorowe na kuli ziemskiej dysponujące odpowiednimi możliwościami finansowymi i organizacyjnymi) nie wybudował tam nowoczesnego szpitala, wyposażonego w najbardziej zaawansowany sprzęt medyczny i nie zatrudnił w nim najwybitniejszych specjalistów lekarzy, bez czego dziecko to nie mogło przeżyć urazów doznanych w wyniku upadku z drzewa, na które wspięło się po owoce. Zapobieżenie temu skutkowi w podany sposób nie było niemożliwe, jednakże prawdopodobieństwo wyprzedzającego podjęcia niezbędnych do tego działań było tak nikle, że chcąc poruszać się w ramach „rzeczywistości obiektywnej”, musimy je po prostu pominąć.

stanowiących warunek negatywny – braku właściwego działania ze strony osoby będącej gwarantem nienastąpienia skutku¹¹⁷¹.

Immanentny składnik normatywny w zaniechaniu, podobnie jak społeczna istotność jako linia demarkacyjna wydziałająca z *continuum* ludzkiego zachowania każdy czyn w obu jego formach, wbrew obawom wyrażanym m. in. przez L. Kubickiego¹¹⁷², nie oznacza pomieszania ontologicznej płaszczyzny czynu z przypisaniem odpowiedzialności prawnej. Układem odniesienia przy ustalaniu czynu z zaniechania nie jest zbiór wszystkich światów możliwych złożonych z nieskończenie wielu warunków negatywnych, w tym wszelkich możliwych, a niepodjętych zachowań wszystkich ludzi, którzy mogli uruchomić przyczynowość dla badanego skutku przeciwną, ale dopełniająca rzeczywistość, złożona z negatywnych warunków należących do danego układu sytuacyjnego. W przypadku potencjalnych zachowań ludzkich przynależność do tego układu wyznaczona jest przez powinności. Uwzględnienie na płaszczyźnie czynu popełnionego przez zaniechanie obowiązku działania nie jest wyrazem dokonywanej już na tym etapie oceny odpowiedzialności prawnej, a jedynie elementem opisu układu sytuacyjnego i składających się na niego warunków negatywnych. Test warunku *sine qua non* odnosi się więc do zachowania wyobrażonego, spełniającego wymogi wynikające z przepisów prawa, nakładających obowiązek działania na podmiot będący gwarantem zapobieżenia szkodliwemu dla dobra prawnego skutkowi. Bezsporny jest przy tym wyłącznie probabilistyczny charakter takiego wnioskowania, nie oznacza to jednak kategorialnej odrębności w porównaniu z testem warunkowości odnoszącym się do zachowania rzeczywistego, także i w tym przypadku – o czym już wspomniano – mamy bowiem do czynienia z orzekaniem tylko i wyłącznie o prawdopodobieństwie. Jak trafnie podkreślił K. Engisch, logiczna struktura procesu ustalania powiązań przyczynowych jest tożsama zarówno w relacji: działanie – skutek, jak i w relacji: zaniechanie – skutek¹¹⁷³.

Wymaga jeszcze zaznaczenia, że konieczność rozstrzygania sorytów oraz konwencjonalny charakter przypisania nie jest problemem dotyczącym jedynie obiektywnego przypisania skutku przy przestępstwach materialnych, ale przynależy ona do oznaczania ekstensji każdego znamienia typu czynu zabronionego, także takiego, które *prima facie* sprawia wrażenie ściśle deskryptywnego (np. „człowiek”). Każdy opis rzeczywistości poprzedzony jest przecież wyborem układu odniesienia i podjęciem decyzji pojęciowej

¹¹⁷¹ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 202-203.

¹¹⁷² Zob. L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., 107-108 i 128.

¹¹⁷³ Zob. ibidem, s. 109.

z uwagi na zidentyfikowane potrzeby poznawcze, te zaś rozstrzygnięcia zawsze uwikłane są w wartościowanie dokonywane z perspektywy funkcjonalnej, a często również aksjologicznej.

Akt askrypcji nie jest właściwy wyłącznie nowożytnemu prawu karnemu, przypisanie sprawstwa szkody występowało – obok innych elementów – już w rytualnych zabiegach oczyszczających podejmowanych wobec szkodnika w celu ogólnoprewencyjnym, które łącząc w sobie aspekt ekspiacyjny oraz odwetowy, w społecznościach prymitywnych spełniały funkcje przestępstwa i kary¹¹⁷⁴. Jeżeli mieszkańcy Wysp Triobrianda, nie rozumiejąc śmierci z przyczyn naturalnych i wierząc, że jej przyczyną – o ile nie była ona wynikiem widocznego, fizycznego zranienia – każdorazowo jest czarna magia uprawiana przez czarownika, wnioskowali na podstawie znaków na ciele zmarłego wydobytym rytualnie z grobu, dlaczego i przez kogo został zabity¹¹⁷⁵, to mamy w tym przypadku do czynienia z askrypcją, która w swej „procedurze” nie różni się od askrypcji praktykowanej we współczesnym prawie karnym. Gdyby nie współczesna wiedza przyrodnicza, zachowanie się czarownika mogłoby zostać poddane testowi warunku *sine qua non* z wynikiem pozytywnym, a następnie ocenione jako przypisywalne – lub nie – z uwagi na spełnienie lub niespełnienie kryteriów adekwatności, relewancji czy innej teorii obiektywnego przypisania. Różnica pomiędzy prawem karnym współczesnym a prymitywnym nie polega więc na tym, że w tym ostatnim nie było askrypcji, ale na jej oczywistej z dzisiejszej perspektywy niedorzeczności w niektórych przypadkach, a dodatkowo także na braku teoretycznej, zewnętrznej wobec praktyki, refleksji nad nią.

1.3. Ontyczny aspekt czynu

Choć na niepowodzenie skazane były próby sprowadzenia czynu do poznawalnego zmysłowo wycinka rzeczywistości, wolnego od jakichkolwiek wartościowań i możliwego do scharakteryzowania za pomocą definicji realnej, to jednak nie ulega wątpliwości, że karnoprawny akt askrypcji zawsze polega na przypisaniu autorstwa czegoś, co w określonych uwarunkowaniach kulturowych postrzegane jest jako doniosła z perspektywy wartości cenionych w grupie zmiana w otaczającej rzeczywistości albo brak oczekiwanej zmiany tego rodzaju.

¹¹⁷⁴ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 43; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 188.

¹¹⁷⁵ B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Życie...*, op. cit., s. 519.

Ontyczny aspekt czynu wyeksponowano zwłaszcza w teorii naturalistyczno-kausalnej. Warto również zwrócić uwagę na przyjęte w tej koncepcji szerokie pojęcie skutku, które obejmuje zarówno samo zachowanie się, jako następstwo impulsu woli, jak i dalsze, pozostające w związku przyczynowym z zachowaniem się, zmiany w świecie zewnętrznym¹¹⁷⁶. Chociaż dogmatykę prawa karnego ostatecznie zdominowało wąskie znaczenie skutku, obejmujące tym pojęciem wyłącznie taką obiektywną zmianę w rzeczywistości, która czasowo i przestrzennie oddziela się od samego zachowania¹¹⁷⁷, to jednak dla analizy czynu jako bytu zakotwiczonego w poznawalnej empirycznie rzeczywistości¹¹⁷⁸, większą przydatność wykazuje szersze jego rozumienie, które obejmuje zarówno zmianę korespondującą z czynem, jak i końcowy stan tej zmiany¹¹⁷⁹. Skutkowo pojmowany czyn stanowi pewne *continuum*, począwszy od przypadków, w których wytwór (np. zeznanie) niemal zlewa się z wytwarzającą go czynnością, aż do takich, w których czynność i jej wytwór wyraźnie się rozstają¹¹⁸⁰.

Szerokie pojęcie skutku, które obejmuje również to, co W. Wolter nazywał tzw. zobiektywizowanym czynem¹¹⁸¹, pozwala dostrzec, że chociaż nie jest możliwe wyodrębnienie czynu z *continuum* ludzkiego zachowania bez jakiegokolwiek wartościowania, to jednak czyn zawsze ma swój ontyczny aspekt co najmniej w postaci zmiany lub braku oczekiwanej zmiany materialnej jako rezultatu zachowania się sprawcy¹¹⁸². Prawnokarnie relewantna zmiana każdorazowo musi zachodzić albo być oczekiwana co najmniej w Popperowskim Świecie 1, ale nie musi się do niego ograniczać, a wręcz przeciwnie w wielu przypadkach sedno czynu nie tkwi w samym akcie zachowania się w rzeczywistości

¹¹⁷⁶ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 74-75.

¹¹⁷⁷ Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 137.

¹¹⁷⁸ B. Wróblewski zaznaczał, że „czyn jest wycinkiem rzeczywistości” (B. Wróblewski, *Język...*, op. cit., s. 70), a I. Andrejew określił czyn jako „zjawisko świata rzeczywistego, poznawalnego” (I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 83).

¹¹⁷⁹ Zob. G.H. v. Wright, *Norm...*, op. cit., s. 39.

¹¹⁸⁰ Zob. K. Twardowski, *O czynnościach i wytworach. Kilka uwag z pogranicza psychologii, gramatyki i logiki*, [w:] *Księga pamiątkowa ku uczczeniu 250-tej rocznicy założenia Uniwersytetu Lwowskiego przez króla Jana Kazimierza*, t. 2, Lwów 1912 [przedr. K. Twardowski, *Wybrane pisma filozoficzne*, Warszawa 1965, s. 220]; K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 172; W. Wolter, *Dziesiąty rok obowiązywania przepisów artykułu 10 kodeksu karnego*, PiP 1979, z. 5, s. 126; W. Patryas, *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne*, Poznań 1988, s. 23-25. Jeszcze dalej idące stanowisko zajął Cz. Znamierowski, według którego to, co tradycyjnie nazywamy skutkiem jest jedynie śladem skutku, którym jest tylko i wyłącznie sam czyn (zob. Cz. Znamierowski, *Wina i odpowiedzialność*, Warszawa 1957, s. 14).

¹¹⁸¹ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 137.

¹¹⁸² Zob. K. Buchała, *Wina przy przestępstwie spowodowania powszechnego niebezpieczeństwa*, Warszawa 1960, s. 37; L. Gardocki, *Uproszczone formy penalizacji*, PiP 1975, z. 8-9, s. 69. Każde przestępstwo ma charakter skutkowy także i w tym sensie, że jego definicyjną cechą jest naruszenie lub zagrożenie dobra prawnego, a więc spowodowanie pewnej uchwytnej zmiany w czymś, co stanowi fakt społeczny (tak już F. Liszt [podaje za: I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 190]; zob. też W. Wolter, *Kumulatywny...*, op. cit., s. 5-7)).

fizycznej, lecz zmianie, jaką zjawiska Świata 1 spowodowały w Świecie 2 (np. przeżycie obawy spełnienia wypowiedzianej przez inną osobę groźby, decyzja o rozporządzeniu mieniem podjęta pod wpływem wywołanego przez kogoś innego błędu) lub Świecie 3 (zmniejszenie wartości uszkodzonej rzeczy, utrata wartości aktywów niematerialnych spółki kapitałowej w wyniku zaniechania prezesa jej zarządu, zmiany w sferze normatywnej będące wynikiem czynności konwencjonalnych, do których doszło np. w wyniku wydania decyzji lub orzeczenia z przekroczeniem uprawnień przez funkcjonariusza publicznego czy złożenia oświadczenia o zawarciu związku małżeńskiego przez osobę w takim związku już pozostającą)¹¹⁸³.

1.4. Subiektywny składnik czynu

Niewątpliwie rację miał H. Jescheck podkreślając, że czyn spełnia w prawie karnym funkcję klasyfikacyjną¹¹⁸⁴, służąc podziałowi zachowań ludzkich na te, które mogą być przedmiotem prawnokarnego wartościowania, i na te, które przedmiotem takim być nie mogą¹¹⁸⁵. Truizmem jest też stwierdzenie, że w dogmatyce prawa karnego poszczególni autorzy przedstawiają różne propozycje modelujące pojęcie czynu za pomocą różnych postulatów definicyjnych¹¹⁸⁶. Bez wątpienia należy również zgodzić się z tezą, że konkretne wartościowania określonych zachowań, jakich dokonuje dogmatyka prawa karnego lub orzecznictwo sądowe, z zasady odwołują się do określonych poglądów na zagadnienie odpowiedzialności karnej, a efektem przyjętej aksjologii jest takie lub inne modelowe ujęcie

¹¹⁸³ W Światach 2 i 3 realizowane są w szczególności te typy czynów zabronionych, które W. Wolter określał jako tzw. czyny ekspresyjne, polegające na „wyrażaniu pewnych sądów, zamierzeń czy uczuć” za pomocą „drugiego systemu sygnałów” związanego z manifestacją przeżyć psychicznych za pomocą znaków jako słownych symboli bodźców konkretnych w rozumieniu teorii warunkowania I. Pawłowa (zob. W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 93; idem, *Nauka...*, op. cit., s. 56-57). Ujęcie to, choć idzie we właściwym kierunku, nie jest jednak wystarczające, sens czynu często nie sprowadza się przecież do samej ekspresji przeżyć psychicznych, ale obejmuje przede wszystkim zmianę w treści stosunków społecznych, do jakiej dochodzi za pomocą performatywnego aspektu wypowiedzi, z powodu którego illokucyjny akt mowy charakteryzuje się pewną konwencjonalną siłą. W przypadku czynu stypizowanego w art. 151 k.k. nie chodzi przecież o samą ekspresję (konstatację) nastawienia sprawcy do potencjalnego samobójstwa innej osoby, ale o perlokucję, polegającą na tym, że charakteryzujący się określonymi cechami akt mowy (namowa) jest przyczyną zmiany w świecie materialnym polegającej na targnięciu się przez namawianego na własne życie (zob. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, op. cit., s. 120; J.L. Austin, *Jak działać...*, op. cit., s. 647).

¹¹⁸⁴ H.H. Jescheck, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, [w:] *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Hrgs. P. und W. Gallas, Göttingen 1961, s. 140; cyt. za: A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 11.

¹¹⁸⁵ M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć...*, op. cit., s. 28.

¹¹⁸⁶ Ibidem, s. 29-30.

czynu¹¹⁸⁷. Twierdzenie to jest tym bardziej oczywiste, jeżeli w rozważaniach na temat czynu uwzględnimy systemy odpowiedzialności karnej radykalnie odbiegające od współczesnego, w ramach którego spór o istotę czynu dotyczy właściwie już tylko szczegółów definiowania związku pomiędzy aktywnością układu nerwowego jednostki a jej zachowaniem się. Choć słuszna jest więc teza, że nie istnieje nic takiego jak uniwersalny „czyn z natury rzeczy”¹¹⁸⁸, którego strukturę można by zrekonstruować, czy też zbudować jego definicję realną¹¹⁸⁹, to jednak nie wydaje się by trafna była ostateczna konkluzja, że pojęcie czynu ma charakter modelu czysto postulatywnego, tzn. nie odtwarza ono żadnej „istoty rzeczy”, w związku z czym w ogóle nie może być ujmowane w kategorii modelu-odwzorowania (modelu rekonstrukcyjnego)¹¹⁹⁰.

Rzecz bowiem w tym, że funkcja klasyfikowania negatywnie wartościowanych zmian zachodzących w rzeczywistości jako przypisywalnych lub nieprzypisywalnych określonemu „podmiotowi” niewątpliwie wyprzedza samo pojęcie czynu w jego współczesnym rozumieniu i w taki czy inny sposób była realizowana odkąd istnieje kara jako normatywna, mająca swój aspekt eksternalny i internalny, reakcja społeczna o potępiającym charakterze. Najgłębszą istotą, znaczeniowym rdzeniem, pojęcia czynu jest przypisanie autorstwa istotnej społecznie zmiany ontycznej jako jej „superdeterminującego faktora” wprowadzającego do obiektywnych przebiegów przyczynowych element subiektywny związany z możliwością antycypowania i sterowania przebiegiem zdarzeń¹¹⁹¹. Kolejne modele tworzone w historii karnoprawnej refleksji stanowią natomiast coraz lepsze rekonstrukcyjne przybliżenia zmierzające do optymalizacji aktu askrypcji, jako jednego z elementów mechanizmu powinnościowego kształtowania przyszłości poprzez karanie zachowań rażąco odbiegających od akceptowanych społecznie wzorów¹¹⁹², podejmowanych pomimo obiektywnej możliwości zgodnego z nimi zachowania się.

¹¹⁸⁷ Ibidem, s. 32.

¹¹⁸⁸ Zob. Z. Ziemiński, *Analiza pojęcia czynu*, Warszawa 1972, s. 13.

¹¹⁸⁹ M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 32.

¹¹⁹⁰ Ibidem, s. 31-32.

¹¹⁹¹ Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 111; W. Mąciór, *O finalizmie...*, op. cit., z. 6, s. 975-976. Kategoria semantyczna odnosząca się do wpływania na przedmioty i na ludzi stanowi uniwersalium kulturowe (S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 618). Pierwszą filozoficzną koncepcję superdeterminacji przedstawił Arystoteles, który w *Etyce Nikomachejskiej* dokonał podziału czynów na zależne i niezależne od woli, w zależności od tego, czy ich przyczyna tkwi w samym podmiocie, czy też leży poza nim (Arystoteles, *Etyka Nikomachejska* [tyt. oryg. *Ἠθικὰ Νικομάχεια*], tłum. D. Gromska, Warszawa 2007 [347-330 p.n.e.], s. 122-123). Wolna wola rozumiana jako możliwość sprawowania przez podmiot kontroli nad własnym zachowaniem była dla Arystotelesa konieczną przesłanką do przypisania mu odpowiedzialności za jego czyny (zob. Ł. Kurek, *Problem wolnej woli z perspektywy nauk empirycznych*, „Logos i Ethos” 2011, z. 30, s. 9).

¹¹⁹² Na przykład zachowania naruszającego normę sankcjonowaną „nie zabijaj!”, której rzeczywista treść – jak to słusznie podkreślił M. Rodzyńkiewicz – brzmi raczej: „nie zabijaj zachowaniem spełniającym model

Na długo przed finalistami na świadome zmierzanie do pewnego celu jako warunek, by kompleks ruchów można było uznać za działanie uważę zwrócił J. Makarewicz¹¹⁹³. Również W. Wolter zajmował stanowisko, że każdy czyn, jako zachowanie się będące wynikiem reakcji wyższych ośrodków mózgowych na bodźce zewnętrzne, jest aktem celowym, ponieważ zawsze wiąże się z antycypacją celu, wyborem środka odpowiedniego do jego realizacji i wprężeniem do tego pewnych praw przyrody. Mówiąc o przestępstwach nieumyślnych nie ma się więc na myśli afinalności tej kategorii zachowań, ale to, że dochodzi w związku z nimi do „rozbratu” pomiędzy tym, do czego sprawca dążył, a tym co rzeczywiście wykonał¹¹⁹⁴. We wszystkich tych stanowiskach wyraźny jest wpływ filozofii Kanta, który dostrzegł, że wewnętrzna celowość istot żywych jest czymś, dzięki czemu wyłamują się one z mechanicznej przyczynowości przyrody nieożywionej¹¹⁹⁵. Co istotne, zmierzanie ku antycypowanemu celowi i zdolność stwarzania samego siebie w dążeniu do tego celu, nie odnosi się według Kanta jedynie do świadomych zachowań ludzkich¹¹⁹⁶, ale jest właściwe każdej istocie żywej, w tym roślinom¹¹⁹⁷.

czynu!”. Ten model, a w konsekwencji i norma sankcjonowana, może być zmienny, zależy bowiem od cywilizacyjnie zdeterminowanych przesłanek aksjologicznych i socjotechnicznych (zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 37), a także – co trzeba wyraźnie zaznaczyć – dostępnego stanu wiedzy.

¹¹⁹³ J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, op. cit., s. 69; idem, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 75.

¹¹⁹⁴ Zob. W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 51-52; K. Buchała, *Bezprawność przestępstw...*, op. cit., s. 66. Dla porządku trzeba odnotować, że stanowisko W. Woltera uznające każdy czyn za „akt celowy” krytyce poddał L. Kubicki, odwołując się do zgłaszanych na gruncie psychologii wątpliwości co do zasadności posługiwania się szerokim pojęciem „cel” na określenie wyników użytecznych dla podmiotu, bez względu na to, czy podmiot sobie je uświadamia czy nie, a także co do możliwości ustalenia *ex post* rzeczywistego celu podjętych czynności (zob. L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 57-58; T. Tomaszewski, *Wstęp do psychologii*, Warszawa 1963, s. 116-119). Krytyka ta nie wydaje się trafna. W szczególności trudno zrozumieć dlaczego L. Kubicki przyjmując, w pełni zresztą słusznie, że mechanizm regulacji obejmuje zarówno mechanizmy świadome, jak i pozaświadome, skłania się jednocześnie do wąskiego rozumienia „celu”, obejmując nim wyłącznie wyniki przewidywane przez podmiot. Nie dostrzegł przy tym, że istotą regulacji zachowania w reakcji na określoną sytuację narzuconą przez otoczenie jest właśnie zmierzanie w kierunku antycypowanego stanu rzeczy, co zresztą wprost wynika z cytowanej literatury psychologicznej (np. A. Lewicki podkreślał, że sytuacja stanowi dla człowieka stale pewien problem samoregulacyjny: jak zdobyć to, co w niej jest dodatnie, a uniknąć tego, co jest ujemne, szkodliwe i przykre – zob. A. Lewicki, *Psychologia kliniczna*, Warszawa 1972, s. 35; cyt. za: L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 58-29).

¹¹⁹⁵ I. Kant, *Krytyka władzy sądzenia*, op. cit., s. 354.

¹¹⁹⁶ Odmienne niż przyjmowali to później finaliści (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 13 i literatura tam powołana).

¹¹⁹⁷ Zob. I. Kant, *Krytyka władzy sądzenia*, op. cit., s. 329. Takich określeń, jak „rozum przyrody” czy jej „ukryty zamiar” nie należy traktować w filozofii Kanta dosłownie, stanowiły one bowiem jedynie hipotezy regulatywne (figury stylistyczne umożliwiające wyobrażenie sobie „głęboko ukrytego” w jego czasach źródła celowości naturalnej za pomocą analogii do ludzkiego rozumu [zob. M. Żelazny, *O historiozofii Kanta – z umiarem*, [w:] *Przypuszczalny początek...*, I. Kant, op. cit., s. 12-16]). Wydaje się w związku z tym, że królewiecki filozof przeczuwał istnienie prawa unifikującego zasady przyczynowości i celowości. Kilkadziesiąt lat później prawo to odkrył Karol Darwin pokazując jak przyczynowy mechanizm doboru naturalnego przekłada się na teleologię procesu ewolucyjnego, zachowania istot żywych, czy w końcu przebieg procesu dziejowego ludzkości.

Jakkolwiek układ odniesienia, którym współcześnie dysponujemy identyfikując superdeterminację przebiegów kauzalnych, jest nieporównanie lepszy od tego, w ramach którego Kserkses nakazał wychłostać morskie fale, które zniszczyły jego flotę¹¹⁹⁸, to jednak nadal daleki jest on od doskonałości, a nierozwiązane dotąd problemy odnoszą się do wszystkich składników obiektywnego przypisania: identyfikacji oraz zrozumienia istoty zmiany ontycznej (np. problem określenia momentu i istoty śmierci), odtworzenia mechanizmu kauzalnego (już na poziomie elementarnych oddziaływań fizycznych czy chemicznych, nie wspominając już o przebiegach przyczynowych w złożonych procesach społecznych i gospodarczych), czy w końcu określenia istoty, granic i warunków „autorstwa” zmian zachodzących w rzeczywistości (np. problem wolnej woli¹¹⁹⁹, aktualny zwłaszcza z powodu niezwyklej postępów nauk przyrodniczych, które badając morfologiczne i biologiczne korelaty ludzkich procesów psychicznych szeroko wprowadziły wyjaśnienia kauzalne na obszar Kantowskiego „królestwa wolności”).

Prawdą jest oczywiście, że wychodząc z określonych założeń aksjologicznych czy zamierzeń o charakterze socjotechnicznym, można w zasadzie dowolnie modelować pojęcie czynu¹²⁰⁰, co zresztą jest uniwersalną cechą działań realizowanych w Świecie 3 wytworów ludzkiej myśli. Znaczącym ograniczeniem swobody kreowania rzeczywistości normatywnej jest jednak konieczność zachowania minimum zgodności z powinnościowymi przeżyciami danej grupy społecznej, zmiennymi w czasie i przestrzeni, ale mającymi wspólną podstawę w biologicznie uwarunkowanej naturze ludzkiej, bez której to zgodności każda regulacja prawna czy koncepcja prawnicza trafi w społeczną próżnię.

Stąd też – na obecnym etapie rozwoju cywilizacyjnego – bezdyskusyjne jest, że model czynu musi być utworzony w taki sposób, by spełniał funkcję praktyczną (*Begrenzungsfunktion*)¹²⁰¹, tj. by poza jego zakresem pozostawały takie akty zachowania, jak odruchy bezwarunkowe, działania podjęte pod wpływem *vis absoluta* czy też niektóre czynności zautomatyzowane, a obejmował on wyłącznie te zachowania człowieka, które zostały podjęte w sytuacji możliwości psychicznego sterowania własnymi ruchami¹²⁰².

¹¹⁹⁸ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 383.

¹¹⁹⁹ Zob. Z. Ziemiński, *Analiza...*, op. cit., s. 44.

¹²⁰⁰ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 32-33; zob. też Z. Ziemiński [w:] Z. Ziemiński, K. Daszkiewicz, S. Sołtysiński, *Trójgłos o prawniczym pojęciu czynu*, SP 1971, z. 29, s. 20.

¹²⁰¹ K. Otter, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau?*, Bonn 1973, s. 43-44.

¹²⁰² A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 11; M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 32; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 168; L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 59. Z uwagi na wyrażane w tej pracy przekonanie o ciągłości ewolucyjnych przemian, w ramach których to, co wydaje się specyficznie ludzkie często ma swoje rudymentarne źródła w cechach fenotypowych wykształconych już u zwierząt, zaznaczyć trzeba dodatkowo, że współczesne pojęcie czynu może obejmować swoim zakresem wyłącznie zachowania ludzkie,

Wiedza, którą współcześnie dysponujemy, pozwala bowiem stwierdzić w sposób pewny, że nieracjonalne byłoby stanowienie norm dotyczących zachowań, które są całkowicie niedowolne¹²⁰³. Z. Ziemiński trafnie zauważył, że norma postępowania jest wyrażeniem sformułowanym dorzecznie wtedy i tylko wtedy, gdy wynikający z niej obowiązek dotyczy zachowania zależnego od woli danego podmiotu¹²⁰⁴. Norma prawna jest więc nie tyle normą zachowania, co normą postępowania¹²⁰⁵. W nauce prawa karnego wskazywano jednak, że o ile norma sankcjonowana istotnie nie może wymagać zachowań niewykonalnych (zgodnie z zasadą *impossibilia nulla est obligatio*)¹²⁰⁶, o tyle możliwe jest objęcie nią zachowań niedowolnych, co może być uzasadnione np. względami socjotechnicznymi¹²⁰⁷, jak to ma miejsce w przypadku niektórych czynów popełnionych w stanie niepoczytalności¹²⁰⁸.

Ten kierunek rozumienia dowolności zachowania przywiązuje, jak się wydaje, nadmierną wagę do świadomych operacji psychicznych, a uwzględniając przy przypisaniu autorstwa czynu ocenę treści intelektualnych z punktu widzenia przyjętej normy psychicznej, wkracza na wyjątkowo grząski grunt, ponieważ współczesna nauka o człowieku wykazuje, że również i te decyzje, które tradycyjnie uznaje się za świadomie dowolne, w rzeczywistości są zdeterminowane przez złożony układ mechanizmów motywacyjnych, w których pierwszorzędą rolę odgrywają ewolucyjnie starsze procesy o charakterze nieświadomym i zautomatyzowanym. Istotę subiektywnej komponenty czynu bez wątpienia lepiej niż koncepcja finalna, skorelowana z dominującymi od drugiej połowy XX w. teoriami racjonalnego wyboru, postrzegającymi człowieka jako istotę świadomie dążącą do

tylko człowiek jest bowiem istotą zdolną do samosterowania w sposób, który możemy uznać za dowolny. Choć już u zwierząt, zwłaszcza najbliższych człowiekowi hominidów, można dostrzec zaczątki samoświadomości oraz przeżyć protomoralnych, a z drugiej strony, za spełniające model czynu uważa się niektóre z ludzkich zachowań przebiegających poza świadomą kontrolą (działania impulsywne), to jednak zasadnicza różnica polega na tym, że tylko człowiek zdolny jest „wyjść poza siebie” i kierować się w swoich reakcjach na otaczającą rzeczywistość krytyczną, tymotejską refleksją uwzględniającą intersubiektywne wzory zachowań (powinności) oraz prognozy co do przyszłych skutków własnych zachowań. To właśnie ta, unikalnie ludzka, możliwość sprawowania przez korę nową „odgórną” kontroli nad zachowaniami realizowanymi przez starsze ewolucyjnie struktury mózgu, jest jakościową różnicą, która pozwala człowiekowi, i tylko jego, uznać za podmiot co najmniej potencjalnie zdolny do sensownej autodeterminacji i dokonać wobec niego aktu askrypcji czynu na potrzeby powinnościowego mechanizmu regulacji zachowań.

¹²⁰³ Zob. Z. Ziemiński, *Analiza...*, op. cit., s. 45.

¹²⁰⁴ Zob. Z. Ziemiński, *Logiczne...*, op. cit., s. 46-49; zob. też idem, *Analiza...*, op. cit., s. 50-51.

¹²⁰⁵ Bliżej na temat tego rozróżnienia zob. Z. Ziemiński, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974, s. 24.

¹²⁰⁶ Zob. G.H. v. Wright, *Norm...*, op. cit., s. 111.

¹²⁰⁷ Zob. np. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 35.

¹²⁰⁸ Tak np. Z. Ziemiński (Z. Ziemiński, *Analiza...*, op. cit., s. 31) oraz K. Daszkiewicz (K. Daszkiewicz [w:] Z. Ziemiński, K. Daszkiewicz, S. Sołtyński, *Trójgłos...*, op. cit., s. 30); zob. też M. Kowalewska-Lukuc, *Wina...*, op. cit., s. 180-182.

maksymalizacji funkcji własnej użyteczności, oddają stanowiska uwzględniające dwutorowość procesów poznawczych i decyzyjnych (model *homo neuropsychologensis*). Już S. Pławski element podmiotowy czynu widział nie w finalności odnoszącej się do skutku zachowania, ale w istnieniu czynności myślowej koordynującej samo zachowanie, co pozwala np. na uwzględnienie w pojęciu czynu zachowań nieumyślnych, których część jest afinalna¹²⁰⁹. Najszerzej i chyba najbardziej trafnie kwestię regulacji psychicznej jako podmiotowej podstawy czynu rozwinął W. Wolter, który zwrócił uwagę, że regulująca funkcja mózgu, wyrażająca się w zdolności do kierowania zachowaniem się człowieka, wiąże się ze zróżnicowanymi odruchami jako wynikiem czynności nerwowej w reakcji na bodziec, z których część ma charakter bezwarunkowy (gatunkowy lub wrodzony), a część warunkowy (nabyty, osobniczy). To właśnie odruchy warunkowe, jako wyższe czynności psychiczne stanowią właściwe oparcie dla skonstruowania pojęcia czynu. Reakcja będąca wynikiem aktywności układu nerwowego może polegać zarówno na pobudzeniu do działania, jak i jego hamowaniu, z tego punktu widzenia czyn popełniony przez zaniechanie nie różni się więc w niczym od tego, który ma postać działania. Może ona mieć charakter dowolny, jak i mimowolny, towarzyszący reakcji dowolnej skierowanej w innym kierunku, albo całkowicie samoistny¹²¹⁰.

Element subiektywny w pojęciu czynu polega więc nie tyle, a przynajmniej nie zawsze, na świadomym podejmowaniu określonego zachowania, ale na tym, że jest ono psychicznie kierowane przy udziale centralnego układu nerwowego, a więc w takim stanie czuwania (przytomności), w którym człowiek jest zdolny do odbierania i przetwarzania informacji¹²¹¹. Obejmuje więc nie tylko zaniechania (także z zapomnienia), zachowując rodzajową wspólność obu postaci czynu jako komplementarnych form realizowania się mechanizmu psychicznej regulacji stosunku człowieka do otoczenia, ale także działania impulsywne, podejmowane bez świadomej kontroli, związane z pozaświadomą regulacją zachowania¹²¹². Tak rozumiana dowolność jest warunkiem *sine qua non* samego czynu jako podstawy odpowiedzialności karnej¹²¹³, a zarazem pozwala uznać działanie i zaniechanie za

¹²⁰⁹ Zob. S. Pławski, *Prawo karne w zarysie*, cz. 1, Warszawa 1965, s. 83-94.

¹²¹⁰ Zob. W. Wolter, *O czynie jako działaniu lub zaniechaniu przestępnym*, PiP 1956, z. 5-6, s. 879-907; zob. też K. Buchała, *Bezprawność przestępstw...*, op. cit., s. 63-68.

¹²¹¹ Zob. L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 56.

¹²¹² Szerzej na ten temat zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja...*, op. cit., s. 125-161.

¹²¹³ Zob. A. Zoll, *Polecenie służbowe jako element kształtujący odpowiedzialność karną*, Pal. 1986, z. 4, s. 52. Przy okazji rozwiązuje to problem zachowań podejmowanych przez osoby niepełnosprawne, które można uznać za spełniające model czynu, co pozwala na stosowanie wobec tych osób środków zabezpieczających. Ślusznie W. Mąciór podkreślił, że czym innym jest zdolność do autodeterminacji, którą mają również osoby

równorzędne jego kategorie, co trafnie uwypuklił W. Wolter definiując czyn jako „psychicznie kierowaną aktywność woli człowieka w postaci albo kompleksu zewnętrznych ruchów fizycznych, albo w postaci zahamowanych ruchów wewnętrznych”¹²¹⁴.

1.5. Społeczna treść czynu

Odrzucić trzeba, i tak uczyniła ostatecznie nauka prawa karnego, te modele czynu, które wyłączały z zakresu tego pojęcia zaniechanie¹²¹⁵ – zarówno z powodu afinalności niektórych jego postaci¹²¹⁶, jak i ze względu na przeciwstawne założenie, że możliwe jest – a zarazem konieczne – zdefiniowanie czynu jako zjawiska czysto fizycznego¹²¹⁷. Takie modele, pomimo niekiedy dużej konsekwencji metodologicznej i logicznej, mają walor jedynie „ćwiczeń gimnastycznych w zakresie pojęć prawniczych”¹²¹⁸, ponieważ nie biorą pod

niepoczytalne i nieletnie, a czym innym sensowność tej autodeterminacji (W. Mąciór, *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990, s. 62-63).

¹²¹⁴ W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 50-51.

¹²¹⁵ Zob. *Encyklopedia Podręczna...*, t. 1, op. cit., s. 208; K. Buchała, *Niektóre problemy zabójstwa pod wpływem silnego afektu*, Pal. 1987, z. 10-11, s. 135. Por. też H.H. Jescheck, *Der strafrechtliche...*, op. cit., s. 140-141 i W. Mainhofer, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen 1953, s. 9; obie prace cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 47-48.

¹²¹⁶ Stanowisko takie zajmowali finaliści, dla których zjawiskiem realnym, łączącym w nierozdzielalną całość stronę obiektywną i subiektywną, było wyłącznie działanie, a zaniechanie stanowiło jedynie „fikcję czynu” – „niewykorzystanie potencjalnej celowości właściwej każdemu człowiekowi” (zob. W. Mąciór, *Czyn...*, op. cit., s. 62; A. Kaufmann, *Die Dogmatik...*, op. cit., s. 67).

¹²¹⁷ Pogląd ten wyraził m. in. G. Radbruch, który rozwijając naturalistyczną koncepcję czynu, doszedł do wniosku, że z perspektywy ontologicznej, wyabstrahowanej z jakichkolwiek wartościowań, zaniechanie nie wykazuje rodzajowego podobieństwa do działania, a jest tylko i wyłącznie jego negacją, która może – w przeciwieństwie do działania – nie wynikać z aktywności woli. Skoro zaś jej impuls jako czynnik uruchamiający przebiegi kauzalne ma fundamentalne znaczenie w naturalistyczno-kauzalnej definicji czynu, to pojęcie to może odnosić się wyłącznie do działania (zob. G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin 1904, s. 129-131). Analogiczne stanowisko zajmował K. Otter (K. Otter, *Funktionen...*, op. cit., s. 198), a w nauce polskiej W. Mąciór (W. Mąciór, *Recenzja książki L. Kubickiego: Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, NP 1976, z. 5, s. 784).

¹²¹⁸ Jako przykład można podać tzw. negatywną koncepcję czynu autorstwa R.D. Herzberga, która opierała się na twierdzeniu, że działanie jest jedynie odmianą zaniechania, polegającą na nieczynieniu czegoś, inaczej mówiąc, nieuniknięciem czegoś, co było możliwe do uniknięcia (zob. L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 23). Zabieg taki – o ile podejmowany jest już na płaszczyźnie czynu – prowadzi do idealistycznego rozumienia czynu jako oceny, a nie jej przedmiotu (kierunek ten reprezentowali np. K. Binding, dla którego czyn był konstrukcją czysto prawną, „przypisywalną sprzecznością z normą” oraz R. Frank, który uważał, że czyn – będący zjawiskiem realnym – wchodzi do przestępstwa tylko jako jego warunek konieczny, przestępstwo natomiast nie jest czynem, ale urzeczywistnieniem istoty czynu [*Tatbestandu*]; szerzej zob. W. Wolter, *Kumulatywny...*, op. cit., s. 12-20) i faktycznie ma walor jedynie „dialektycznej łamigłówki” (zob. W. Wolter, *Z rozważań nad winą nieumyślną*, PiP 1962, z. 5-6, s. 808), zwłaszcza w odniesieniu do działań podejmowanych w rzeczywistości materialnej Świata 1 (np. zabójstwo należałoby traktować jako zaniechanie niezabijania). Jego niedorzeczność znika jednak, gdy spojrzymy na niego z perspektywy normy sankcjonowanej na etapie ustalania bezprawności czynu. Jak słusznie podkreślił A. Zoll, normę zakazującą zachowań naruszających reguły postępowania wobec danego dobra prawnego można bez zmiany treści wyrazić jako nakaz zachowania zgodnie z przyjętymi regułami postępowania wobec danego dobra (A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 33). Zawarty w zakresie normowania normy sankcjonowanej zakaz zabijania niewątpliwie implikuje nakaz powstrzymania się

uwagę faktu, że praktyka kryminalizowania odpowiedzialności za zaniechania występuje od zarania dziejów prawa¹²¹⁹ i bez wątpienia pełni podstawową oraz uniwersalną funkcję w ramach zjawiska karnoprawnej reakcji społecznej. Nietrudno zresztą ją zidentyfikować: skoro człowiek jest istotą świadomą swojej zdolności do superdeterminowania rzeczywistości, a do tego żyje w środowisku, którego wszechobecnym składnikiem jest kształtowanie przyszłych zachowań poprzez tworzenie powinności, to oczywiste jest, że zaniechanie zachowań oczekiwanych przez grupę jest dla niej czymś równie antyspołecznym, jak szkodliwe dla jej interesów działania. Eksponowała to już pod koniec XIX w. koncepcja „kauzalizmu porządku społecznego” autorstwa J. Kohlera, zgodnie z którą przyczynowość zaniechania jest autonomiczna wobec przyczynowości naturalistycznej i polega na spowodowaniu dysfunkcji mechanizmu społecznego jako całości poprzez nie wykonanie czynności nakazanej przez porządek społeczny¹²²⁰.

od wszelkich działań będących zabijaniem człowieka. Zabicie człowieka jest więc w pewnym sensie zaniechaniem zastosowania się do zakazu wyrażanego przez normę sankcjonowaną. Ten negatywny korelat działania dostrzeżono w nauce, jeżeli chodzi o czyny nieumyślne, które w przekonaniu niektórych autorów, immanentnie zawierają w sobie element zaniechania, tj. właśnie naruszenia powinności zachowania zgodnie z regułami ostrożności (zob. np. A. Kaufmann, *Die Dogmatik...*, op. cit., s. 166-185). Jeszcze wyraźniej zaakcentował to G. Jakobs, według którego przestępstwo z działania nie polega na tym, że sprawca naruszył obowiązek działania ostrożnego, ale na tym, że nie zaniechał działania nieostrożnego (zob. G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundl. Lagen und die Zurechnungslehre*, Berlin 1983, s. 260). Przyjmując, w ślad za A. Zollem, że naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym jest elementem składowym struktury każdego przestępstwa, musimy stanowisko to odnieść odpowiednio także do przestępstw umyślnych. Szczególnie uwidacznia się to w przypadku tych typów czynu zabronionego, w których ustawowa określoność wysłowiona została wprost jako naruszenie obowiązku postępowania zgodnego z normą sankcjonowaną. Na przykład działanie polegające na „przekroczeniu uprawnień funkcjonariusza publicznego na szkodę interesu publicznego lub prywatnego”, o którym mowa w art. 231 § 1 k.k., trudno odczytywać inaczej niż jako naruszenie obowiązku powstrzymania się przez funkcjonariusza publicznego od takich działań, które nie mają jednoznacznego oparcia w przepisach prawa, zgodnie z wyrażoną w art. 7 Konstytucji RP zasadą, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Nie wdając się tu w szczegóły niejasnego statusu logicznego deontycznego pojęcia dozwoleń / uprawnień (zob. na ten temat K. Opalek, *Z teorii dyrektyw i norm*, Warszawa 1974, s. 86-91; G.H. v. Wright, *Norm...*, op. cit., s. 86; K. Opalek, J. Woleński, *O tzw. słabych i mocnych dozwoleń*, „Studia Filozoficzne” 1974, z. 18, s. 115-124, K. Opalek, *Prawo podmiotowe*, Warszawa 1957, rozdz. III), wystarczy stwierdzić, że zachowanie niezgodne z dozwoleń (w tym przypadku chodzi o dozwoleń mocne, które polega na tym, że istnieje norma, która wskazuje czyn lub czyny niezakazane) leży poza jego zakresem, a więc jest zachowaniem „niedozwolonym”. Norma sankcjonowana, z którą sprzężona jest norma sankcjonująca wysłowiona w art. 231 § 1 k.k., implikuje więc nakaz powstrzymania się od podejmowania takich działań, które wyrządzają szkodę dla interesu publicznego lub prywatnego, a nie mają oparcia w odpowiednich normach kompetencyjnych. Podobnie jak w przypadku kontratypów uprawnienie należy tu więc rozumieć jako ograniczenie zasięgu zakazu (zob. np. Z. Ziemiński, *Analiza...*, op. cit., s. 169).

¹²¹⁹ Aż do XIX w. w ogóle nie roztrząsano kwestii przyczynowości zaniechania, nie budziło bowiem wątpliwości, że „w zaniechaniu może tkwić przyczyna przyszedłego, a prawu przeciwnego zdarzenia”, zaś potrzeby praktyki wymagają w tych przypadkach uruchomienia reakcji karnej. Dopiero rozwój refleksji dogmatycznej i jej zdominowanie przez metodę „ścisłych pojęć” z jej skłonnością do „dialektycznych łamigówek” doprowadził do sytuacji, w której kwestia ta stała się centralnym problemem teoretycznym, wywołującym gorące spory i obudowanym mozaiką sprzecznych stanowisk (zob. J. Paygert, *Przestępne...*, op. cit., s. 67-69).

¹²²⁰ J. Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim 1890, s. 46; cyt. za: L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 107-108.

Przytaczano już wcześniej hipotezę, że to właśnie relacja pomiędzy współpracą a odmową współpracy mogła być źródłem uczuć moralnych, predyspozycja do ujemnego wartościowania zaniechania prawdopodobnie jest więc tak stara, jak one same. Trzeba też przypomnieć, że już w społecznościach pierwotnych zemstę grupową mogło wywołać zaniechanie uczestnictwa w praktykach rytualnych, co postrzegano jako naruszenie norm społecznych i przyczynę następstw groźnych dla całej grupy, takich jak zemsta duchów czy bóstwa¹²²¹. Odpowiedzialność za zaniechanie przewidywał w kilku przepisach kodeks Hammurabiego, posługując się przy tym sformułowaniami wskazującymi na przyczynowe wiązanie go ze skutkiem oraz pewne elementy subiektywne, ze względu na które zaniechanie stanowiło „coś więcej” aniżeli obiektywne nieczynienie. Miało ono przy tym ścisły związek z obowiązkami w zakresie kooperacji społecznej¹²²². Zaniechanie kryminalizowane było również m. in. w prawie egipskim, akadyjskim, greckim, rzymskim, kanonicznym i feudalnym¹²²³. Choć rację ma L. Kubicki, że sama długotrwałość i uporczywość tradycji legislacyjnej, traktującej zaniechanie jako postać czynu, nie może być jedynym argumentem przeciwko uznawaniu zaniechania za konstrukcję o charakterze fikcji¹²²⁴, to jednak wskazuje ona na potrzebę poszukiwania takiej konstrukcji czynu, która przystawałaby do tej preteoretycznej rzeczywistości normatywnej¹²²⁵.

Dostrzegł to W. Wolter podkreślając, że wyjaśnienie istoty czynu nie jest zadaniem, do którego powołana jest wyłącznie nauka prawa, w szczególności nauka prawa karnego. Czyn przestępny jest przecież tylko odmianą czynu jako przejawu życia człowieka, a wobec tego czynem w nauce prawa może być nazwane tylko to, co poza prawem nazywa się czynem¹²²⁶. Zawsze jednak stwierdzenie autorstwa czynu, podobnie jak i jego strony

¹²²¹ Zob. B. Malinowski, *Dziela*, t. 7, *Totemizm...*, op. cit., s. 65-66; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 169.

¹²²² Na przykład § 53 stanowi: „Jeśli ktoś przy umacnianiu grobli przy swoim polu złożył ręce na łonie, a nie umocnił swej grobli okazała się szczelina, i pozwolił zalać wodą grunta gminy, człowiek, w którego grobli okazała się szczelina wynagrodzi za zboże, do zniszczenia którego dopuścił”. Regulację tę uzupełnia kolejny przepis, który głosi: „jeśli zaś nie może wynagrodzić za zboże, sprzedadzą go i jego nieruchomości, a członkowie gminy, z których pola woda uniosła (plon) podzielią się (ceną kupna)” (zob. J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 81).

¹²²³ L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 5; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 92; C. Kunderewicz, *Najstarsze...*, op. cit., s. 80-81; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 92, 94 i 115.

¹²²⁴ L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 6-7.

¹²²⁵ Sam G. Radbruch w obliczu groźby rozpadu jednolitego prawa karnego na dwa odrębne systemy i odpowiadające im dogmatyki dla przestępstw polegających na działaniu oraz przestępstw z zaniechania, jako następstwa konsekwentnie naturalistycznej koncepcji czynu, cofnął się przed tą perspektywą przesuwając punkt ciężkości w pojmowaniu przestępstwa z ontologicznego pojęcia czynu na płaszczyznę ustawowych znamion typu (zob. L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 14).

¹²²⁶ W. Wolter, *O czynie...*, op. cit., s. 886; L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 44. Zupełnie przeciwne podejście reprezentował K. Binding, który uważał, że to „co poza prawem jest lub nazywa się czynem, jest dla prawa obojętne” (K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Berlin 1885, s. 565), a podobnie – choć mniej

zewnętrznej, odwołuje się do przyjętego w danym czasie i miejscu empiryzmu, nie zaś do kryteriów całkowicie obiektywnych¹²²⁷.

Pełnej odpowiedzi na pytanie o ontologiczny status czynu udziela koncepcja socjologiczna określając czyn jako występujący w fizycznej rzeczywistości przejaw stosunku sprawcy do społecznego otoczenia. Przedstawiciele tego kierunku uznają, że nie można definiować pojęcia czynu w kategoriach czysto przyrodniczych czy psychologicznych, ale trzeba się jeszcze odwołać do potrzeb praktyki społecznej, te natomiast wymagają między innymi, aby obejmowało ono swym zakresem zarówno działanie, jak i zaniechanie, czyny umyślne, jak i nieumyślne¹²²⁸. Uznając, że immanentym elementem czynu jest społeczna istotność pozwalająca wyodrębnić z *continuum* ludzkiego zachowania się to, co jako działanie lub zaniechanie, podlegać może dalszemu wartościowaniu prawnokarnemu¹²²⁹, koncepcja socjologiczna w istocie uznaje czyn za akt askrypcji odwołujący się do opartych na aktualnej wiedzy kryteriów identyfikacji ontycznej zmiany i jej społecznej doniosłości oraz przypisania tej zmiany określonego podmiotowi. K. Buchała definiował czyn jako społecznie doniosłą jednostkę zewnętrznego zachowania się człowieka, psychicznie sterowaną i ukierunkowaną na określony cel, w postaci kompleksu ruchów lub też ruchów zahamowanych¹²³⁰, natomiast A. Zoll jako opanowywalne przez sterującą wolę, skierowane na określony rezultat ludzkie zachowanie, dające się wyodrębnić w społecznie istotną jednostkę¹²³¹.

Trzeba zaznaczyć, że K. Buchała początkowo był zwolennikiem ontologicznie zorientowanej koncepcji czynu jako przejawu aktywności człowieka na otaczający świat w postaci fizjologiczno-psychicznej reakcji na bodźce zewnętrzne. W przypadku zaniechania jest to hamująca reakcja w wyniku zadziałania silniejszego bodźca, aniżeli uświadomiony obowiązek prawny, wynikiem czego jest brak działania zewnętrznego¹²³². Słabością koncepcji czynu wolnej od wszelkich wartościowań socjologicznych jest implikowana przez nią konieczność przyjęcia, że w przypadku, gdy do świadomości człowieka nie dotarł żaden

radykalnie – wypowiedali się również A. Zoll (A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 10-11) i Z. Ziemiński (Z. Ziemiński [w:] Z. Ziemiński, K. Daszkiewicz, S. Sołtysiński, *Trójgłos...*, op. cit., s. 20).

¹²²⁷ Zob. W. Wolter, *O czynie...*, op. cit., s. 897.

¹²²⁸ L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 16.

¹²²⁹ Zob. M. Cieślak, *Recenzja książki L. Kubickiego: Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, PiP 1977, z. 2, s. 125. Słusznie A. Zoll przyjął, że skoro niewątpliwym przedmiotem prawa karnego jest ochrona dóbr mających wartość społeczną przed zachowaniami zagrażającymi tym dobrom, to pojęcie czynu powinno obejmować te wszystkie formy zachowania ludzkiego, które mogą zagrażać dobrom mającym wartość społeczną (A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 11). Prawnokarna „istotność społeczna” pewnych fragmentów zachowania ludzkiego jest więc niczym innym, jak ich związkiem z zagrożeniem lub naruszeniem dóbr prawnych.

¹²³⁰ Zob. K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 186.

¹²³¹ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 17-21 i 59.

¹²³² K. Buchała, *Bezprawność przestępstw...*, op. cit., s. 63-67.

bodziec warunkujący wyzwolenie aktywności zewnętrznej zgodnie z obowiązkiem ciążącym na sprawcy, brak działania nie będzie odruchem warunkowym dowolnym, co wyklucza możliwość uznania tego braku działania za czyn¹²³³.

Dla rozwiązania tego problemu L. Kubicki zaproponował ontologiczne ujęcie czynu, w myśl którego jest nim każdy akt zachowania się, niezależnie od jego skutku, celu, kierunku, treści świadomości, który następuje w stanie „czuwania”, tzn. w stanie umożliwiającym odbieranie i przetwarzanie informacji¹²³⁴. Jako konstytutywny warunek zaniechania przywołany autor przyjął możliwość działania¹²³⁵, eksponując przy tym znaczenie świadomości latentnej (potencjalnej), która obejmuje utrwalone wrażenia i obrazy rzeczywistości, a także introspekcyjne „obrazy” własnych przeżyć i określa to, co podmiot mógłby sobie uświadomić w danym momencie¹²³⁶. W konkluzji L. Kubicki definiował zaniechanie jako niepodjęcie przez podmiot obiektywnie możliwego w danym czasie i miejscu działania w określonym kierunku¹²³⁷.

Nietrudno dostrzec, że proponowana definicja nie rozwiązuje podstawowego problemu: bez odwołania się do świata powinności nie jest możliwe wskazanie, które spośród nieskończenie wielu obiektywnie możliwych dla podmiotu w danym czasie i miejscu, a faktycznie niepodjętych, działań stanowi właśnie to konkretne działanie „w określonym kierunku”, którego brak jest czynem z zaniechania. Przydatnej odpowiedzi na to pytanie nie dostarczy ani odwołanie się do uchwytnych w rzeczywistości materialnej cech zachowania się, ani do świata towarzyszących mu zjawisk neuropsychologicznych¹²³⁸. Każdy czyn jest uzewnętrznieniem stosunku człowieka do otaczającej rzeczywistości, a zaniechanie jako jego postać jest „kierunkową beczynnością” – nie jest zupełnym brakiem ruchów, ale biernym zachowaniem w określonym kierunku, który stanowi punkt wyjścia do analizy zachowania sprawcy i jest determinowany sytuacją¹²³⁹. Z tego powodu bardzo często nie jest możliwe czysto behawioralne ani behawioralno-psychologiczne określenie co jest czynem, zarówno w przypadku działania, jak i zaniechania. Rzeczywistość, do której odnosi się człowiek tworzą bowiem nie tylko przedmioty materialne, ale także wytwory Świata 3,

¹²³³ Ibidem, s. 68.

¹²³⁴ Zob. L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 58-59.

¹²³⁵ Ibidem, s. 76-79.

¹²³⁶ Ibidem, s. 55.

¹²³⁷ Ibidem, s. 79.

¹²³⁸ Dostrzegł to zresztą sam L. Kubicki, który ostatecznie zgodził się z W. Mąciorem, że z punktu widzenia zróżnicowania kontekstu społecznego nakazów i zakazów prawa karnego „czyn prawnokarnie relewantny jest kategorią ontologicznie-normatywną” (zob. L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 63; W. Mąciór, *Z problematyki zbiegu przestępstw i przepisów ustawy*, PiP 1965, z. 1, s. 72).

¹²³⁹ L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 73-75; W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 52.

w tym powinności¹²⁴⁰. Zaniechanie jest zawsze brakiem takiego zachowania, jakiego należało oczekiwać ze względu na jakiś powinny wzór zachowania¹²⁴¹. Na przykład bez uwzględnienia reguł ostrożności¹²⁴² w ruchu drogowym, w tym także nieskodyfikowanych¹²⁴³, w ogóle nie jest możliwe określenie na czym polegał czyn, w sytuacji gdy do wypadku drogowego doszło wskutek niedostosowania prędkości do warunków ruchu albo zaniechania usunięcia usterki w istotnym dla bezpieczeństwa układzie pojazdu.

Nie przekonują również podjęte przez L. Kubickiego próby rozwiązania trudności z zaklasyfikowaniem tzw. zachowań kompleksowych, takich jak np. posiadanie, które ze swej natury często stanowią kombinację działań i zaniechań. Według tego autora przedmiotem analizy „staje się tu czyn już nie w swej elementarnej, behawioralnej postaci, lecz pewne zdarzenie społeczne, na które składa się złożony zespół działań i zaniechań”¹²⁴⁴. Problem w tym, że reakcją człowieka na określoną sytuację zewnętrzną jest w tym przypadku bez wątpienia cały kompleks, a nie wypreparowane z niego „molekularne” reakcje w postaci jednostkowych działań lub zaniechań. Wyodrębnienie tych ostatnich też jest zresztą arbitralne¹²⁴⁵. Z tego samego powodu niewystarczające jest również kryterium proponowane przez W. Woltera, zgodnie z którym wielość czynów musi być wynikiem możliwości

¹²⁴⁰ Dostrzegł to C. Roxin, który krytykując, ontologiczną w swych ambicjach, finalistyczną koncepcję czynu, podkreślił, że nie da się stwierdzić, czy zachowanie jest finalne czy nie, bez odwołania się do świata wartości społecznych i norm prawnych (zob. C. Roxin, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStW 1962, Bd. 74, s. 515 i nast.; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 63).

¹²⁴¹ Z. Ziemiński, *Analiza...*, op. cit., s. 94.

¹²⁴² Posługiwanie się w nauce o przestępstwie nazwą „reguły ostrożności” jest konsekwencją faktu, że ich rola została odkryta najpierw w odniesieniu do przestępstw nieumyślnych. Jak jednak wykazał A. Zoll, reguły te stanowią uniwersalny element konstrukcyjny każdego przestępstwa, który sytuuje się w płaszczyźnie bezprawności, stąd też lepiej charakteryzuje je termin „reguły postępowania z dobrem prawnym”.

¹²⁴³ Zob. np. uchwałę SN z 28 lutego 1975 r. ustalającą wytyczne wymiaru sprawiedliwości wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawach o przestępstwa drogowe (V KZP 2/74, OSNKW 1974, z. 3-4, poz. 330). Reguły ostrożności są regułami (wzorcami postępowania) obiektywno-celowościowymi, które racjonalizują zachowanie człowieka w odniesieniu do praw przyrody, określając na podstawie praw nauki jedynie możliwe lub najbardziej racjonalne i ekonomiczne środki do osiągnięcia celu (zob. A. Michalska, *Pojęcie normy technicznej*, RPEiS 1965, z. 2, s. 65-85).

¹²⁴⁴ L. Kubicki, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 66-67.

¹²⁴⁵ Nasuwa się na przykład pytanie, czy wyjęcie broni z kabury, przymierzenie, a następnie oddanie strzału w kierunku innej osoby to jeden czy trzy „molekularne” czyny behawioralne. Jeżeli, dostrzegając sztuczność takiego podziału oraz przeczuwając możliwość jego kontynuowania *ad infinitum*, uznamy że mamy w tym przypadku do czynienia z jednym czynem, to dlaczego mielibyśmy postąpić inaczej i wyodrębniać „czyny behawioralne” z łańcucha, na który składają się takie zachowania, jak wejście w posiadanie przedmiotu, jego ukrycie, nieuzyskanie zezwolenia na jego posiadanie i niewykonanie nakazu jego wydania właściwemu organowi (co oznacza nieskończoną liczbę zaniechań zlikwidowania bezprawnego stanu – zob. W. Wolter, *Kumulatywny...*, op. cit., s. 66) oraz użytkowanie i wykonywanie czynności konserwujących. Na tego rodzaju problemy zwrócił już S. Budziński, według którego elementy zaniechania dostrzegalne są nawet w przypadku kradzieży, która „w pełni rozwija się” poprzez brak natychmiastowego zwrotu ukradzionej rzeczy (S. Budziński, *Wykład...*, op. cit., s. 178). Sam w sobie tok rozumowania S. Budzińskiego pokazuje przy okazji, że postrzeganie zachowań z perspektywy niezrealizowanych powinności jest nieodłącznym składnikiem ludzkiego myślenia.

podzielenia aktu zachowania się na części, nigdy w tym sensie, że niepodzielny już akt może być ujmowany jako wielość¹²⁴⁶. Rzecz bowiem w tym, że właściwie nie ma aktów zachowania się, których nie dałoby się podzielić na mniejsze części. Dlatego też niezwykle istotne jest natychmiast uczynione przez tego autora dodatkowe zastrzeżenie, że na jedność czynu trzeba patrzeć z punktu widzenia humanistycznego, a nie przyrodniczego, a wobec tego decyduje znaczenie pewnego kompleksu ruchów, a nie poszczególne ruchy¹²⁴⁷.

Można przypuszczać, że to właśnie niemożność rozwiązania na płaszczyźnie czysto ontologicznej tego rodzaju problemów, w tym zwłaszcza kwestii nieświadomej nieumyślności, a w jej ramach tzw. przestępstw (zaniechań) z zapomnienia¹²⁴⁸, spowodowała modyfikację poglądów K. Buchały i uzupełnienie definicji czynu o elementy wartościujące¹²⁴⁹.

Trzeba zaznaczyć, że socjologiczne ujęcie czynu nie kłóci się z podejściem kauzalnym czy finalnym¹²⁵⁰, także i ten kierunek pojmuje bowiem czyn jako realne uzewnętrznienie przez człowieka jego stosunku do otaczającego go świata (podstawowe elementy przejęte z obu teorii zawierają np. cytowane powyżej definicje czynu K. Buchały i A. Zolla). Wyróżnikiem socjologicznej koncepcji czynu jest natomiast teza, że uwzględnienie kryterium społecznej istotności jest niezbędne do dokonania podziału ciągłego i wielowątkowego procesu ludzkiego zachowania się na mniejsze fragmenty nadające się do dalszego prawnokarnego wartościowania.

Koncepcja socjologiczna była poddawana krytyce w literaturze polskiej, a najbardziej rozbudowaną argumentację przeciwko niej przedstawił chyba P. Konieczniak¹²⁵¹. Krytyka ta wydaje się nietrafna, warto jednak odnieść się do niektórych spośród argumentów, którymi została poparta. Wspomniany autor wyróżnił dwie odmiany koncepcji socjologicznej, z których pierwsza ma posługiwać się kryterium społecznej „wagi” („doniosłości”, „znaczenia”, „ważności”, „istotności” itp.) zachowania, zaś druga kryterium jego wartościowania. Podzielając przekonanie W. Męciora, że społeczna istotność

¹²⁴⁶ W. Wolter, *Kumulatywny...*, op. cit., s. 65.

¹²⁴⁷ Ibidem.

¹²⁴⁸ Zob. W. Wolter, *O czynie...*, op. cit., s. 885.

¹²⁴⁹ Do zwolenników socjologicznego ujęcia czynu w polskiej nauce prawa karnego, oprócz K. Buchały i A. Zolla, można zaliczyć m. in. W. Świdę (zob. W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 123), L. Lernella, (L. Lernell, *Wykład...*, op. cit., s. 83), I. Andrejewa (I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 137-139) i M. Cieślaka (M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 143).

¹²⁵⁰ Dobrze oddają to słowa A. Zolla, że „założeniem tzw. socjologicznego ujęcia czynu jest stwierdzenie, że istota czynu nie wyczerpuje się ani w aspekcie kauzalnym, ani w aspekcie finalnym” (A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 18). Także stanowisko naturalistyczno-kauzalne i finalistyczne różnią się w rzeczywistości znacznie mniej niż to się *prima facie* wydaje (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 14-16).

¹²⁵¹ P. Konieczniak, *Czyn ...*, op. cit., s. 95-105.

jest konsekwentną, a nie konstytutywną cechą czynu¹²⁵², P. Konieczniak uznał, że socjologiczna koncepcja czynu jest teorią „kulawą” i „skaczącą” zarazem. „Kulawą”, ponieważ nie obejmuje zachowań ściśle osobistych, niezwiązanych z życiem społecznym (jako przykład za W. Świdą przytacza sytuację rozbitka na bezludnej wyspie, odizolowanego od społeczeństwa¹²⁵³), „skaczącą” natomiast, bo pojęcie „społecznej wagi zachowania” jest wystarczająco szerokie by obejmować nim nie tylko przypadki zachowań dowolnych, ale i niedowolnych (np. zniszczenie zabytkowego przedmiotu w wyniku ataku drgawek epileptycznych). Społeczne znaczenie mogą mieć, a także być ujemnie wartościowane, nie tylko zachowania, ale i myśli, cechy osobowościowe, a nawet zjawiska przyrodnicze wyłącznie ze względu na swoje właściwości przedmiotowe (jak zauważył L. Lernell, „śmierć człowieka zarówno z powodu podeszłego wieku, choroby, uderzenia piorunu, jak i wskutek zabójstwa, jest zawsze zdarzeniem społecznie ujemnym, szkodliwym, bo wyrzywa człowieka na zawsze z orbity stosunków społecznych”¹²⁵⁴).

Przytoczona krytyka teorii socjologicznej w rzeczywistości opiera się na szeregu nieporozumień. Wyróżnienie „wartościującej” wersji tej koncepcji odwołuje się do wąskiego rozumienia słowa „wartościowanie”, w sensie oceny o charakterze aksjologicznym. Tymczasem może ono być użyte na określenie aktu stwierdzenia występowania lub braku jakiegokolwiek cechy o charakterze binarnym (w tym np. spełniania lub niespełniania kryteriów czynu przez zachowanie) lub kwantyfikacji cechy występującej w różnym natężeniu (np. wartości natężenia prądu elektrycznego). W tym szerszym znaczeniu słowo „wartościowanie” jest często używane w nauce prawa karnego, zwłaszcza gdy chodzi o stwierdzenie zgodności lub kwantyfikację jej stopnia, pomiędzy jakąś właściwością określonego zjawiska (np. zachowania się) a modelem normatywnym, w szczególności prawnym¹²⁵⁵. Zupełnie chybione jest odwoływanie się do przykładu rozbitka, który dopuszczając się identycznych zachowań jak te, które w kontakcie ze społeczeństwem stanowiłyby przestępstwo (np. tępienie chronionych gatunków zwierząt), nie popełniłby, zdaniem P. Konieczniaka, czynu w myśl koncepcji socjologicznej z uwagi na swoją izolację społeczną. Rzecz w tym, że zachowania bez wątpienia nie tracą doniosłości społecznej także

¹²⁵² Zob. W. Mąciór, *Czyn...*, op. cit., s. 30.

¹²⁵³ Zob. W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 123.

¹²⁵⁴ Zob. L. Lernell, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 85.

¹²⁵⁵ W takim sensie mówi się na przykład, że w modelu struktury przestępstwa autorstwa A. Zolla czyn nie jest obiektem, ale już wynikiem wartościowania z perspektywy pierwszego aspektu struktury przestępstwa (zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 167). Podobnie Ł. Pohl w swoim podręczniku prawa karnego każdą płaszczyznę w strukturze przestępstwa określa jako „prawnokarne wartościowanie” (zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 7-10).

w przypadku, gdy zostały podjęte w warunkach izolacji, nie zależy ona bowiem od pozostawania sprawcy w bezpośrednim kontakcie z innymi ludźmi, ale od jego kontaktu ze społecznie istotnymi dobrami prawnymi i oddziaływania na nie¹²⁵⁶. Socjologiczna koncepcja czynu nie jest też teorią „skaczącą”, nie zakłada ona bowiem, o czym już wspomiano, że czyn można zdefiniować odwołując się do społecznej doniosłości jako kryterium samoistnego, a przy tym niezależnego od udziału człowieka. Przeciwnie, jest ona – na co już wskazywano – odpowiedzią na nieusuwalne trudności w czysto ontologicznym zdefiniowaniu czynu, opartą na założeniu, że uwzględnienie społecznego znaczenia jego ontycznych elementów jest niezbędne do „wykrojenia” czynu z *continuum* zdarzeń o charakterze psychofizycznym. Zniszczenie zabytkowej porcelanowej wazy podczas ataku epilepsji, choć niewątpliwie jest społecznie doniosłym zachowaniem się człowieka, z perspektywy współczesnej wiedzy nie jest jednak uważane za czyn, także w koncepcji socjologicznej, ponieważ społeczna doniosłość nie jest jedynym kryterium dla ustalenia, które spośród zachowań są czynami¹²⁵⁷.

Podsumowując powyższe rozważania można powiedzieć, że kolejne koncepcje czynu (naturalistyczno-kausalna, finalna i socjologiczna) stopniowo „otwierały” to pojęcie na trzy światy K. Poppera: teoria naturalistyczno-kausalna zwróciła uwagę przede wszystkim na zewnętrzne przejawy czynu rozgrywające się w fizycznym Świecie 1, z uwzględnieniem jednak kauzalności zjawisk psychicznych¹²⁵⁸; koncepcja finalna, a następnie szersze ujęcia neuropsychologiczne, wyeksponowały subiektywny aspekt czynu związany z psychicznym sterowaniem ku antycypowanemu celowi¹²⁵⁹, co przynależy do psychologicznego Świata 2; w końcu zaś teoria socjologiczna, nie deprecjonując powyższych elementów, uzupełniła pojęcie czynu o intersubiektywne oceny będące wytworami Świata 3¹²⁶⁰.

Przytoczona wcześniej definicja czynu autorstwa K. Buchały trafnie oddaje fakt, że czyn jest bytem zakotwiczonym częściowo w każdym z tych trzech światów. Socjologiczne ujęcie pozwala przy tym na satysfakcjonujące rozwiązanie problemu zaniechania jako równorzędnej dla działania postaci czynu. Uznając czyn za przejaw

¹²⁵⁶ Tępienie rzadkich gatunków zwierząt stwarza zagrożenie dla przyrody i bioróżnorodności, które stanowią chronione wartości społeczne, w takim samym stopniu wtedy, gdy odbywa się na obszarze zamieszkanym przez ludzi, jak i na bezludnej wyspie.

¹²⁵⁷ Zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 138-140.

¹²⁵⁸ Aktywności woli w siatce pojęciowej stosowanej przez zwolenników tej teorii czynu (zob. W. Wolter, *Zarys ...*, op. cit., s. 15; A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 15).

¹²⁵⁹ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 13

¹²⁶⁰ Na normatywą zawartość składnika podmiotowego w pojęciu czynu uwagę zwrócił już W. Makowski, który podkreślił, że jest nim takie zachowanie się człowieka, któremu odpowiada jakaś rzeczywista albo oczekiwana i możliwa treść psychiczna (zob. *Encyklopedia Podręczna...*, t. 1, op. cit., s. 208).

interakcji człowieka z otaczającym go środowiskiem społecznym¹²⁶¹, koncepcja socjologiczna dobrze wpisuje się również w Makarewiczowską wizję prawa karnego jako zjawiska, które wyewoluowało z potępiającej reakcji grupowej na antyspołeczne zachowania jej członków.

W ostatecznym rozrachunku nie można więc odmówić racji T. Kaczmarkowi, który krytycznie ocenił swobodę tworzenia konstrukcji legislacyjnych i dogmatycznych, przytaczając „wykpione na początku naszego stulecia stanowisko, według którego w niemieckim prawie podatkowym można było, jeżeli tylko zaistniały ku temu potrzeby – »uznać nawet skrzyżowanie psa z wilkiem za psa, niezależnie od tego, czy zoolog uważa taki egzemplarz za *canis familiaris*, czy też nie«”¹²⁶². Przekonanie o metodologicznej niepoprawności tego rodzaju modeli nie jest równoznaczne z nieodróżnianiem modelu-wzoru i modelu-odwzorowania¹²⁶³, świadczy natomiast o zrozumieniu, że w naukach społecznych, mających za swój przedmiot wytwory ludzkich myśli, obie formy charakterystyk przenikają się znacznie bardziej niż w przypadku nauk przyrodniczych, w związku z czym nie jest możliwe jednoznaczne wypreparowanie tego, co w modelu jest rekonstrukcją, a co jedynie postulatem pojęciowym¹²⁶⁴. Nie znaczy to jednak, że przedmiotem nauk prawnych i teorii prawa nie jest poznanie obiektywnych przedmiotów, a jedynie wytwarzanie przedmiotów kulturowych generowanych przez podmioty obdarzone mową¹²⁶⁵. Twory kulturowe, w tym obiektywna treść myśli oderwana od przeżyć psychicznych konkretnych osób, są przecież realne w takim samym stopniu jak ruchy ludzkiego ciała lub towarzyszące im wytwory mentalne¹²⁶⁶. Uświadomienie sobie tego faktu jest punktem wyjścia do przedstawienia koncepcji czynu pozbawionej dowolności, a opierającej się na szerokich, ale nadal ontologicznych podstawach, która spełnia podstawowy warunek, jakim jest

¹²⁶¹ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 18; W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 122.

¹²⁶² T. Kaczmarek, *Spory wokół pojęcia czynu i ich znaczenie dla systemowego objaśnienia struktury przestępstwa*, [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, Kraków 1994, s. 168.

¹²⁶³ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 33.

¹²⁶⁴ Dobrze oddał to K. Opalek pisząc: „Stajemy wobec osobliwej i skomplikowanej sytuacji: desygnatami nazw prawnych okazują się różne elementy »faktyczności« – przedmioty o określonych cechach empirycznych – w połączeniu jednak ze znaczeniem, jakiego te przedmioty nabywają ze względu na normy (K. Opalek, *Problemy metodologiczne...*, op. cit., s. 107).

¹²⁶⁵ Tak M. Rodzyńkiewicz, który odwołuje się w tym do wypowiedzi M. Zirk-Sadowskiego (zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 34).

¹²⁶⁶ Zob. K.R. Popper, *Wiedza...*, op. cit., s. 150-151 i 211-213. Przyznać należy rację L. Lernellowi, że czyn (a w tym zaniechanie) może spowodować określone zdarzenie w świecie zewnętrznym: przyrodniczym albo społecznym (L. Lernell, *Wykład...*, op. cit., s. 108), a odrzucić stanowisko P. Konieczniaka, który polemizując z cytowanym poglądem zaznaczył, że czyn rozumiany jako składnik „społecznej rzeczywistości”, na którą składa się „jakieś mieszane zbiorowisko bytów realnych, konwencji, znaków, norm, idei itd.” przestaje być bytem realnym, ponieważ „tylko temu, co istnieje w rzeczywistości fizycznej przysługuje miano bytu realnego” (zob. P. Konieczniak, *Czyn...*, op. cit., s. 96).

zgodność z ukształtowanymi już jako pewien *prius* granicami odpowiedzialności karnej¹²⁶⁷. Jednocześnie jest to *media via* pomiędzy stanowiskiem uznającym, że istota czynu nie da się sprowadzić do kategorii ontologicznej, a stanowiącym rodzaj kapitulacji poglądem, że przestępstwo nie zawsze jest czynem¹²⁶⁸.

Pomimo szerokiego „pasma niezdeterminowania” w zakresie pojęcia czynu, którego konsekwencją jest znaczna swoboda w jego modelowaniu, odrzucić należy perspektywę nominalistyczną, w której czyn przynależy do kategorii nazw pozornych (onomatoidów), zaś poszukiwanie jego desygnatów stanowi błąd hipostazowania¹²⁶⁹. Zajęte tu stanowisko pozwala przy okazji rozwiązać problem ze znalezieniem płaszczyzny, na której działanie i zaniechanie są tożsamymi rodzajowo postaciami jednolitego pojęcia czynu: o ile – jak to wykazywano – konieczne jest uznanie, że konstytutywnym elementem zaniechania jest „wymyślenie” brakującego działania przez oceniającego¹²⁷⁰, to jednak nie prowadzi to w sposób nieunikniony do wysnutego przez W. Woltera wniosku, że „Jeżeli (...) zapytamy, czy zaniechanie jest czymś realnym jak realnym jest działanie, to niewątpliwie tak realnym jak działanie nie jest”¹²⁷¹. Rzecz bowiem w tym, że to „wymyślone” przez oceniającego brakujące działanie, podobnie jak pozostałe składniki askrypcji czynu w obu jego postaciach, nie jest arbitralnym, indywidualnym wytworem mentalnym, ale intersubiektywnym, wyrażanym za pomocą języka, przedmiotem kulturowym. Czyn, będąc jednostką uzewnętrznioną w świecie fizycznym relacji człowieka do otaczającego go życia społecznego, jest w związku z tym realnym składnikiem ludzkiej niszy przyrodniczo-kulturowej.

¹²⁶⁷ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 17.

¹²⁶⁸ Ibidem. Nietrafne jest więc zawężenie możliwych w sprawie ontologicznego statusu czynu stanowisk do dwóch, wyrażonych alternatywą zawartą w pytaniu: „czy czyn jest faktem, mającym swój, niezależny od systemu wartości, byt ontologiczny, czy też czyn jest zjawiskiem, którego elementy konstytuujące są ukształtowane poza warstwą ontologiczną przez obowiązujący system wartości” (tak A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 12).

¹²⁶⁹ Zob. Ł. Pohl, *Prawo...*, op. cit., s. 100-101; zob. też T. Kotarbiński, *Kurs logiki dla prawników*, Warszawa 1960, s. 17-21; Z. Ziemiński, *Logiczne...*, op. cit., s. 162. Stanowisko przyjęte w rozprawie, zarówno co do pojęcia czynu, jak i innych konstruktów normatywnych, usytuować można chyba na pograniczu umiarkowanego realizmu pojęciowego i realizmu ścisłego: za K. Popperem uznano, że realnym bytem jest tylko to, co ma zdolność przyczynowego oddziaływania na rzeczywistość materialną. Mają ją jednak – co wielokrotnie już podnoszono – także obiektywne treści ludzkich myśli, z tym zastrzeżeniem, że ich oddziaływanie drogą *downward causation* zawsze odbywa się za pośrednictwem stanów mentalnych (przedmiotów Świata 2). Oznacza to z jednej strony, że sformułowane językowo wytwory ludzkich myśli są – inaczej niż przyjmuje konceptualizm – czymś odrębnym od stanów psychicznych konkretnych osób, a zapisane mogą przetrwać poza Światem 2 (jak np. treść utrwalonych pismem hieroglificznym myśli starożytnych Egipcjan, które odczytano dopiero w XIX w. i w ten sposób „przywrócono je do życia” w Świecie 2), z drugiej jednak, nie mogą one istnieć bez jakiegokolwiek zapisu (materialnego lub w ludzkim umyśle), a włączenie się ich w przebiegi kauzalne nie jest możliwe bez udziału podmiotu poznającego rzeczywistość i jego świata psychicznego.

¹²⁷⁰ E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Berlin-München 1949, s. 132.

¹²⁷¹ W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 54.

2. Karygodność

2.1. Uwagi wstępne

W pięcioelementowej strukturze przestępstwa A. Zolla karygodność jest płaszczyzną karnoprawnego wartościowania, na której dokonuje się oceny społecznej szkodliwości konkretnego, zindywidualizowanego czynu, uprzednio uznanego już za bezprawny i karalny¹²⁷².

Określenie „czyn karygodny” znane było w polskiej literaturze przedmiotu już dawniej, gdy panowała w niej – mająca oparcie w obowiązujących wówczas przepisach prawa karnego – czysto formalna definicja przestępstwa wykluczająca dodatkowe wartościowanie ujemnej społecznej wartości konkretnego czynu należącego do kategorii, która została stypizowana w ustawie karnej w związku z uznaniem za szkodliwą społecznie. Na przykład J. Makarewicz posługiwał się określeniem „czyn karygodny” jako synonimem słowa „przestępstwo”, eksponując w ten sposób różnicę pomiędzy przestępstwem jako czynem, po którym następuje zemsta społeczna w postaci kary, a czynem jedynie niemoralnym, który różni się „tylko co do szkodliwości społecznej, co zewnętrznie znów uwidoczni się w większym lub mniejszym stopniu społecznego oburzenia i w rodzaju społecznej reakcji”¹²⁷³.

Posłużenie się przez A. Zolla terminem „karygodność”¹²⁷⁴ na określenie tego etapu wartościowania prawnokarnego, który polega na kwantyfikacji ujemnej społecznej treści zindywidualizowanego czynu bezprawnego i spełniającego znamiona typu, było trafną decyzją pojęciową¹²⁷⁵. Eksponuje ona bowiem, że dopiero odpowiednio wysoki (wyższy niż subminimalny) stopień społecznej szkodliwości czynu bezprawnego i karalnego powoduje, że jego sprawca „zasługuje” na wymierzenie mu dolegliwości karnej jako swoistego „odwetu” branego na sprawcy przez społeczeństwo¹²⁷⁶. Karygodność jest uzasadnieniem,

¹²⁷² A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 59.

¹²⁷³ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, s. 15-16. Podobnie W. Makowski, który utożsamiał określenia „działanie karalne, karygodne, przestępne” i w końcu samo pojęcie przestępstwa, przy czym – odmiennie niż J. Makarewicz – rezerwował je na określenie czynu, który wywołuje reakcję karzącą państwa, dopiero bowiem „uznanie czynu przez państwo za szkodliwe pogwałcenie normy i obłożenie tego czynu karą uczyniło z niego przestępstwo”. Konstytutywną cechą przestępstwa nie była dla tego autora ani szkodliwość społeczna, ani potępienie albo jakakolwiek inna cecha, a tylko formalny zakaz zagwarantowany sankcją karną (zob. W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 41-45).

¹²⁷⁴ Zob. A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 106.

¹²⁷⁵ Oprócz A. Zolla, określeniem „karygodność” w takim samym znaczeniu posługują się m. in. P. Kardas (P. Kardas, *O relacjach...*, op. cit., s. 42), Ł. Pohl (zob. Ł. Pohl, *Prawo...*, op. cit., s. 266-270), R. Zawłocki (zob. np. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 149 i 172), A. Grześkowiak (A. Grześkowiak [w:] *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2009, s. 74) i S. Tarapata (S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, *passim*).

¹²⁷⁶ Zob. Ł. Pohl, *Prawo...*, op. cit., s. 25; P. Kozłowska-Kalisz, *Funkcje prawa karnego*, [w:] *Prawo...*, red. M. Mozgawa, op. cit., s. 28; K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 24-25.

a zarazem miarą, według której określa się, jaka dolegliwość stanowiła będzie reakcję sprawiedliwą, w takim znaczeniu, jakie przedstawił Ulpian: „sprawiedliwość jest niezmienną i trwałą wolą przyznawania tego, co się komu należy”¹²⁷⁷. Karygodność bez wątpienia jest bezpośrednią konsekwencją oddziaływania podstawowej zasady wszelkich relacji społecznych: zasady wzajemności.

W polskim systemie prawa karnego omawiana płaszczyzna wartościowania, jako przejaw zastosowania zasady *nullum crimen sine periculo sociali* na etapie stosowania prawa, ma wyartykułowaną *expressis verbis* podstawę ustawową, którą w aktualnie obowiązującym kodeksie karnym stanowi art. 1 § 2. Przepis ten rozstrzygnął, że nośnikiem społecznej szkodliwości jest czyn, a nie osoba sprawcy¹²⁷⁸. Określając katalog okoliczności stanowiących przedmiot oceny na tej płaszczyźnie prawnokarnego wartościowania czynu ustawodawca oparł się na koncepcji kompleksowej (przedmiotowo-podmiotowej), która obok elementów przedmiotowych (do których zawężyło karygodność stanowisko przedmiotowe [obiektywistyczne]), uwzględnia również charakteryzujące czyn składniki podmiotowe, ale eliminuje z jego zakresu – inaczej niż stanowisko uniwersalne (całościowe) – okoliczności nie przynależące do czynu: zarówno stanowiące dalsze elementy przestępstwa (np. winę), jak i charakteryzujące określoną patologię społeczną (np. nagminność szerzenia się pewnych przestępstw), a także samą osobę sprawcy¹²⁷⁹. Stanowisko, które w nauce prawa karnego okresu PRL zdobyło dominującą pozycję, znalazło więc w końcu swoje odzwierciedlenie w przepisie kodeksu karnego (art. 115 § 2 k.k.). Oznacza to, że w obowiązującym aktualnie w Polsce prawie karnym jedynym nośnikiem społecznej szkodliwości jest czyn¹²⁸⁰ jako ogół elementów przedmiotowych i podmiotowych

¹²⁷⁷ D. 1,1,10pr. (podaję za: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Brier, *Warsztaty prawnicze. Prawo rzymskie*, Bielsko-Biała 2013, s. 24).

¹²⁷⁸ Zob. A. Zoll, *Założenia polityki karnej w projekcie kodeksu karnego*, PiP 1994, z. 5, s. 5.

¹²⁷⁹ Zob. M. Olszewski, *Czy utrzymać pojęcie społecznego niebezpieczeństwa w prawie karnym*, PiP 1958, z. 3, s. 433-434; W. Wolter, *O stopniowaniu społecznego niebezpieczeństwa czynu karalnego*, KSP 1970, s. 112; idem, *Nieświadomość...*, op. cit., s. 44; idem, *Nauka...*, op. cit., s. 18-19; A. Gubiński, *Socjalistyczna dyscyplina pracy w prawie karnym*, Warszawa 1954, s. 177-220; K. Buchała, *W sprawie „znikomego społecznego niebezpieczeństwa czynu”*, Pal. 1970, z. 3, s. 66-74; idem, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako dyrektywa sądowego wymiaru kary*, KSP 1970, s. 147; M. Cieślak, *Faktory przestępczości czynu w związku z projektem k.k.*, WPP 1963, z. 3, s. 268; T. Kaczmarek, *Materialna istota przestępstwa i jego ustawowe znamiona*, Warszawa 1968, s. 18 i 57; M. Szerer, *Karanie...*, op. cit., s. 30-49; K. Mioduski, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako zagadnienie terminologii*, WPP 1955, z. 3, s. 22-30; L. Lernell, *Niektóre zagadnienia kodyfikacji prawa karnego*, PiP 1954, z. 12, s. 718; J. Bafia, *Polityka karania przestępstw ściganych na skutek skargi pokrzywdzonego*, Warszawa 1968, s. 85; I. Andrejew, *Nowy kodeks karny. Z rozważań nad projektem*, Warszawa 1963, s. 31; idem, *Społeczne niebezpieczeństwo, znamiona przestępstwa, wina – jako problemy kodyfikacyjne*, NP 1955, z. 7-8, s. 42 i nast. A. Marek, *W sprawie społecznego niebezpieczeństwa czynu*, NP 1966, z. 2, s. 199; W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 140.

¹²⁸⁰ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 161.

składających się na całość zachowania się sprawcy¹²⁸¹. Właściwości osobiste sprawcy, dotychczasowy tryb życia, inne jego czyny, choćby nawet wykazywały czasowy, przestrzenny lub funkcjonalny związek z czynem ocenianym, ani potrzeby ogólnoprewencyjne, wynikające z powtarzalności takich czynów w danym czasie i miejscu, nie mają znaczenia dla karygodności czynu¹²⁸².

2.2. Ujemna społeczna treść czynu i jej wyznaczniki

Karygodność jest obecnie płaszczyzną korekty konsekwencji decyzji ustawodawcy o kryminalizacji określonej kategorii zachowań z uwagi na rozpoznany typowy dla nich stopień ujemnej treści społecznej, która następuje w sytuacji, gdy – jak to określił W. Wolter – „ustawa strzela poza cel”¹²⁸³, to jest gdy „w ogólnym schemacie nastawionym na uchwycenie pewnego typu społecznego niebezpieczeństwa mieści się coś, co wyjątkowo społecznie niebezpieczne nie jest”¹²⁸⁴. Chodzi tu oczywiście nie o weryfikację samej ujemnej materialnej oceny określonego typu zachowania¹²⁸⁵, ale o korektę wyników dokonanego uprzednio w ramach warstwowej struktury przestępstwa wartościowania za pomocą abstrakcyjnych układów odniesienia takich jak karalność i bezprawność, poprzez dokonanie kwantyfikacji poziomu konkretnej szkodliwości społecznej indywidualnego czynu. Oznacza to, że odpowiedzialność karna uzależniona jest nie tylko od spełnienia określonych warunków formalnych, lecz także od negatywnej oceny faktów spełniających te warunki¹²⁸⁶. Społeczna szkodliwość jest więc zarazem kategorią prawnokarną, jak i etyczną, swój pierwotny sens czerpie bowiem z moralności, ujmowanej obiektywnie i bezwzględnie¹²⁸⁷. Oznacza bowiem konkretną sytuację, z którą wiąże się zagrożenie nastąpienia skutków szkodliwych dla społeczeństwa¹²⁸⁸.

¹²⁸¹ W. Wolter, *Zasady odpowiedzialności karnej (na tle projektu kodeksu karnego PRL z 1968 r.)*, PiP 1968, z. 4-5, s. 608.

¹²⁸² Zob. R. Zawłocki, *Pojęcie ...*, op. cit., s. 161.

¹²⁸³ W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 130 i 186-187; zob. też Z. Sienkiewicz, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako dyrektywa sądowego wymiaru kary (na tle teorii i praktyki sądowej)*, Wrocław 1977, s. 12. I. Andrejew stwierdził w tym kontekście, że funkcją materialnego określenia przestępstwa w ustawie jest różnicowanie ocen czynów konkretnych w stosunku do polityki kryminalnej prowadzonej w skali całego państwa (I. Andrejew, *Zarys prawa karnego państw socjalistycznych*, Warszawa 1975, s. 67).

¹²⁸⁴ M. Cieślak, *Pojęcie...*, op. cit., s. 163.

¹²⁸⁵ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 155.

¹²⁸⁶ Ibidem, s. 4.

¹²⁸⁷ Ibidem, s. 127.

¹²⁸⁸ T. Kaczmarek, *Społeczne...*, op. cit., s. 23.

Niebezpieczeństwo jako właściwość ludzkich czynów ma charakter obiektywny i niezależny od ludzkiej świadomości¹²⁸⁹. Jak słusznie zauważył R. Zawłocki, społeczna szkodliwość o tyle tylko może być uznawana za instytucję prawa karnego, o ile przynależy do kategorii poddających się obiektywnemu teoretycznemu opisowi, gdyby bowiem była jedynie bliżej nieokreśloną i ściśle indywidualno-subiektywną oceną, jej uwzględnianie w ramach odpowiedzialności karnej byłoby równoznaczne ze sprowadzeniem tej odpowiedzialności do dowolnego uznania¹²⁹⁰. Takim obiektywnym układem odniesienia jest aksjologia społeczna, na podstawie której wartościowane są określone kategorie zachowań¹²⁹¹. Jest ona względnie spójna i trwała w ramach konkretnego społeczeństwa, wykazuje jednak znaczną zmienność w dłuższym dystansie czasowym, jak również pomiędzy różnymi społeczeństwami, zwłaszcza odległymi od siebie pod względem kulturowym. Podobnie jak w przypadku płaszczyzny czynu, samo rozpoznanie określonego stanu rzeczy jako obiektywnie zagrażającego wartościom, którym hołduje dane społeczeństwo, uzależnione jest od dostępnych na danym etapie rozwoju cywilizacyjnego narzędzi poznawczych. W ostatecznym rozrachunku układem odniesienia dla takiego wartościowania w obu przypadkach nie jest więc bezpośrednio obiektywna rzeczywistość, ale wyobrażenia o niej u osób wartościujących¹²⁹², które mogą być obarczone większymi lub mniejszymi błędami poznawczymi¹²⁹³.

Ujemna społeczna treść czynu wyznaczana jest za pomocą zróżnicowanych, obejmujących coraz szerszy zakres okoliczności faktycznych, układów odniesienia, na kolejnych etapach prawnokarnego wartościowania.

Najmniej rozbudowany katalog okoliczności uwzględniany jest przy wyznaczaniu bezprawności zachowania: chodzi tu o ujemną społeczną ocenę samego naruszenia lub zagrożenia dla dobra prawnego, z uwzględnieniem reguł postępowania z nim oraz kolizji dóbr, które niekiedy nie mogą być jednocześnie zabezpieczone. Efektem tego wartościowania jest norma sankcjonowana, która zakazuje¹²⁹⁴ podejmowania zachowań naruszających reguły

¹²⁸⁹ M. Cieślak, *Pojęcie...*, op. cit., s. 156.

¹²⁹⁰ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 126.

¹²⁹¹ Ibidem, s. 295.

¹²⁹² Zob. A. Spotowski, *Funkcja...*, op. cit., s. 20-21.

¹²⁹³ Zob. Z. Ćwiąkański, *Błąd...*, op. cit., s. 118-119; A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 79.

¹²⁹⁴ Według Ł. Pohla wszystkie normy sankcjonowane są normami zakazującymi – zaniechania zapobiegnięcia określonego skutkowi, wywołania określonego skutku, wykonania albo zaniechania wykonania określonego działania (Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 63-64). Dla porządku trzeba zaznaczyć, że zajmowano również stanowisko odmienne, uznające, że normy sankcjonowane w przypadku przestępstw z zaniechania są normami nakazującymi (tak m. in. W. Patryas, *Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*, Poznań 1993, s. 55-73). Kwestia ta nie ma większej doniosłości, wystarczy tu ponownie przywołać trafne spostrzeżenie A. Zolla o pełnej przekładalności normy zakazującej naruszania reguł postępowania z dobrem prawnym na normę nakazującą ich

postępowania z dobrem prawnym i co najmniej potencjalnie mogących prowadzić do jego zagrożenia. Czyn naruszający tę normę jest czynem antyspołecznym, ponieważ naruszając dobra prawne pośrednio godzi w całość stosunków społecznych, których prawidłowe funkcjonowanie zależy od skomplikowanego układu ukształtowanych w długotrwałym rozwoju, wzajemnie ze sobą powiązanych i na siebie oddziałujących, wartości o charakterze etycznym, porządkowym, utylitarnym, socjalnym itp.¹²⁹⁵

Na kolejnym etapie, w ramach płaszczyzny karalności, układ odniesienia używany dla oceny społecznej szkodliwości zostaje wzbogacony o dodatkowe elementy, zawężając w konsekwencji zakres spełniających go czynów. Ustawodawca rozpoznając społeczną szkodliwość określonych kategorii naruszeń danej normy sankcjonowanej oraz różnice w jej natężeniu za pomocą ustawowej typizacji wprowadza abstrakcyjny wzorzec czynów typowo społecznie szkodliwych dla danego dobra, które stają się w ten sposób czynami karalnymi¹²⁹⁶. Jak to ujął W. Wolter, „określoność czynu” stanowi „medium pośrednie” pomiędzy generalnie traktowaną społeczną szkodliwością jako cechą zachowań bezprawnych, a indywidualno-konkretnym zachowaniem¹²⁹⁷.

Na trzecim etapie, poprzez uwzględnienie indywidualnego zróżnicowania w obrębie elementów stanowiących desygnaty zgeneralizowanych wzorców, jakimi są poszczególne znamiona charakteryzujące dany typ, oraz dodatkowych okoliczności, charakteryzujących czyn, lecz leżących poza ustawową określonością (np. motywacji, okoliczności popełnienia czynu oraz rozmiarów wyrządzonej lub grożącej szkody, w przypadku tych typów przestępstw, w których nie należą one do ich znamion)¹²⁹⁸, dochodzi do ostatecznego

przestrzegania (A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 33). Jak zresztą podkreślał Z. Ziemiński, zakres normowania każdej normy składa się z dwóch podzakresów wydzielonych z całej klasy przyszłych czynów jej adresata: zbioru czynów nakazanych i zbioru czynów zakazanych (zob. Z. Ziemiński, *Problemy logiczne definiowania prawa*, RPEiS 1961, z. 2, s. 131; idem, *Logiczne...*, op. cit., s. 72; idem, *Metodologiczne...*, op. cit., s. 128).

¹²⁹⁵ Zob. K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 195.

¹²⁹⁶ Na fakt, że zespół znamion czynu zabronionego stanowi w istocie rzeczy typizację ujemnej treści społecznej czynu uwagę zwróciła nauka radzieckiego prawa karnego (zob. np. A. Trajnin, *Obszczje uczenie o sostawie prestuplenija*, Moskwa 1957, s. 59-60; cyt. za: R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 304).

¹²⁹⁷ W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 83 i nast.

¹²⁹⁸ Na gruncie poprzednio obowiązującego kodeksu karnego, w którym brak było przepisu zawierającego katalog relewantnych dla społecznej szkodliwości cech czynu, zwróciła na to uwagę Z. Sienkiewicz, wskazując, że ujemna ocena treści czynu może wynikać z dodatkowych czynników przedmiotowo-podmiotowych, niekoniecznie zawartych w ustawowych znamionach, ze względu na to, że ustawodawca nastawiony jest na uchwycenie tylko tych cech, które w sposób typowy przesądzają o społecznym niebezpieczeństwie (Z. Sienkiewicz, *Społeczne...*, op. cit., s. 59-60). Podobnie K. Buchała podkreślał, że ocena stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu nie może ograniczać się tylko do znamion danego typu czynu zabronionego, ponieważ sytuacja faktyczna, w której znamiona te zostały zrealizowane wyznacza kontekst społeczny, decydujący o stopniu jego ujemności z punktu widzenia stosunków społecznych (K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 201). Trudno byłoby chyba uzasadnić, że motywacja sprawcy jest wyznacznikiem społecznej szkodliwości czynu wyłącznie w odniesieniu do przestępstw kierunkowych, okoliczności popełnienia czynu

zawężenia obiektów prawnokarnego wartościowania do takich, które zawierają w sobie materialną, ujemną treść społeczną uzasadniającą wymierzenie kary, co z kolei stanowi podstawę do badania ostatniej, istotnej dla rozpoznania przestępstwa cechy, jaką jest wina.

Jak z powyższego wynika, materialnej treści przestępstwa nie można utożsamiać z samym naruszeniem lub stworzeniem odpowiednio wysokiego prawdopodobieństwa naruszenia dobra prawnego o określonej wadze społecznej. Oczywiście, obiektywnie rozumiany zamach na dobro stanowi fundament karygodności, czy też – jak to ujął R. Zawłocki – „łącznik pomiędzy czynem sprawcy, a jego społecznie negatywną doniosłością”¹²⁹⁹, bez którego nie sposób o niej w zasadzie mówić¹³⁰⁰. Społeczna szkodliwość czynu do tego zamachu się jednak nie sprowadza, lecz jest uzależniona od szeregu dalszych elementów układu sytuacyjnego wpływających na jego społeczne skutki i percepcję¹³⁰¹.

Konsekwentne pojmowanie – za J. Makarewiczem – przestępstwa jako czynu antyspołecznego pozwala wyjaśnić ten szerszy materialny jego kontekst, a przy okazji rozwiązać lub przynajmniej złagodzić antynomię pomiędzy pojmowaniem przestępstwa jako zamachu na dobra społeczne (prawo karne czynu), a idealistycznym postrzeganiem go jako ataku na reguły obowiązujące w społeczeństwie.

Oprócz indywidualnych czy rodzajowych dóbr prawnych będących przedmiotem zamachu¹³⁰², najbardziej ogólnym dobrem, które zostaje naruszone w wyniku przestępstwa jest zawsze społeczeństwo samo w sobie¹³⁰³ oraz obowiązujące w nim normy służące ochronie i rozwijaniu afirmowanych wartości. Bez wątpienia rację ma więc R. Zawłocki podkreślając, że układem odniesienia przy ocenie karygodności czynu jest nie tyle relacja do konkretnego dobra społecznego, ale raczej cały ich system tworzący porządek społeczny¹³⁰⁴. Równie słusznie Cz. Znamierowski uważał porządek zbiorowy za dobro powszechne

tylko w przypadku stypizowanych znamion modalnych (tak np. J. Majewski [w:] *Kodeks...*, red. A. Zoll, op. cit., s. 1393), a fakt wyrządzenia szkody w mieniu i jej rozmiar, w wyniku kolizji drogowej, którą spowodował sprawca prowadzący pojazd w stanie nietrzeźwości, nie ma wpływu na społeczną szkodliwość przestępstwa z art. 178a § 1 k.k.

¹²⁹⁹ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 197.

¹³⁰⁰ Poza przypadkami kryminalizacji usiłowania nieudolnego, do którego istoty należy właśnie to, że działanie lub zaniechanie sprawcy nie stwarza żadnego konkretnego zagrożenia dla dobra prawnego. Dotyczy to również przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo (zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 238).

¹³⁰¹ Zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 242.

¹³⁰² Zob. T. Bojarski, *Polskie...*, op. cit., s. 30.

¹³⁰³ Zob. H.J. Hirsch, *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*, RPEiS 2002, z. 1, s. 6.

¹³⁰⁴ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 291.

wymagające ochrony prawnej, ten zaś porządek wyznaczany jest przez normy społeczne i normy prawne¹³⁰⁵.

Taki sposób postrzegania ujemnej treści przestępstwa doprowadzony został do skrajności przez hegeliański idealizm, reprezentowany np. przez K. Bindinga, który w regułach obowiązujących w społeczeństwie widział jedyny przedmiot ochrony prawa karnego. Twierdzenie, że powinności są jedynym realnym dobrem prawnym jest z pewnością błędne, nie można jednak pomijać, że także i one stanowią jeden z przedmiotów ochrony norm prawa karnego. W ostatecznym rozrachunku źródłem każdej ujemnej oceny prawnokarnej jest naruszenie reguł społecznych: choć nie wynika ona, jak słusznie podkreśla to A. Zoll, z niepodporządkowania się woli ustawodawcy, to jednak jej przyczyną nie jest również sam w sobie uszczerbek dla dobra prawnego, ale przekroczenie ram społecznej tolerancji wobec zachowań dla tego dobra niebezpiecznych, które mają postać ukształtowanych przez wiedzę i doświadczenie reguł postępowania z określonym dobrem¹³⁰⁶. Nieostrożne niespełnienie wymagań w zakresie właściwej postawy społecznej bez wątpienia nie jest społecznie szkodliwe w takim stopniu, jak zamierzona ich negacja¹³⁰⁷.

Normy postępowania same w sobie stanowią wartość społeczną, w związku z którą należy uznać je za *sui generis* dobro prawne, co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, w stosunku do norm społecznych wyraża się nastawienie jednostki do społeczeństwa¹³⁰⁸. Po drugie natomiast, umyślne lub będące wynikiem nieostrożności naruszenie norm służących ochronie dóbr prawnych ma dodatkowy społecznie ujemny ładunek, ponieważ godzi w samą ich normatywność, którą normy te czerpią z powszechnego ich stosowania oraz upowszechnionego poczucia ich obowiązywania. Okazywanie lekceważenia dla norm zaburza mechanizm samoregulacji społecznej, atakuje bowiem jego podstawy, takie jak instynkt upodobnienia czy nastawienie konformistyczne. Swoim negatywnym przykładem sprzyja upowszechnianiu się zachowań atakujących dobra prawne i podważa zaufanie do obowiązujących norm i ich skuteczności.

¹³⁰⁵ Cz. Znamierowski, *Szkola...*, op. cit., s. 78-89.

¹³⁰⁶ A. Zoll, *Aksjologiczne...*, op. cit., s. 306.

¹³⁰⁷ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 309. Autor ten ma oczywiście rację, że błędny byłby wniosek, że czyn umyślny zawsze jest bardziej szkodliwy niż czyn nieumyślny. Strona podmiotowa czynu jest tylko jednym z elementów branych pod uwagę przy ustalaniu jego ujemnej treści, w związku z czym inne okoliczności mogą powodować, że konkretny czyn nieumyślny może charakteryzować się wysokim stopniem społecznej szkodliwości, zaś umyślny – niskim.

¹³⁰⁸ Bez uwzględnienia elementów podmiotowych nie tylko, jak to dostrzegli finaliści, nie da się wytyczyć w ontycznej rzeczywistości tego, co jest czynem, ale niemożliwe jest również wyjaśnienie jego ujemnej społecznej treści. Czyn zawsze stanowi bowiem przedmiotowo-podmiotową całość, a zmienna jest w nim tylko wzajemna proporcja elementów przedmiotowych i podmiotowych (zob. A. Krukowski, *Spoleczna...*, op. cit., s. 234).

Przywoływane już wyniki badań empirycznych prowadzonych przy wykorzystaniu scenariuszy gier zaufania czy o dobro wspólne wskazują, że istnienie obwarowanych sankcjami reguł postępowania sprzyja angażowaniu się ludzi w kooperację, która bez wątplenia jest jedną z najbardziej fundamentalnych wartości życia społecznego¹³⁰⁹. Dostrzega się to oczywiście także w nauce prawa karnego, która wśród funkcji tej gałęzi prawa wyróżnia m. in. funkcję afirmacyjno-motywacyjną¹³¹⁰, związaną z tym, że prawo karne

¹³⁰⁹ Warto tu nieco przybliżyć scenariusz gry o dobro wspólne, unaocznia ona bowiem, że bez konformizującego oddziaływania norm (zwłaszcza tych, których funkcją jest karanie niełojalności) relacje altruizmu wzajemnego nie mogą oprzeć się wewnętrznemu sabotażowi egoistów. W grze o dobro wspólne uczestniczy kilka osób, które na początku otrzymują taką samą kwotę pieniędzy. Następnie mogą one wpłacać do wspólnego dobra dowolną część swoich środków, przy czym wpłata taka powoduje ich pomnożenie. Po przemnożeniu wartość wspólnego dobra jest dzielona po równo pomiędzy wszystkich uczestników gry, niezależnie od ich wkładu do dobra wspólnego. Dla łącznej korzyści wszystkich uczestników optymalne jest dokonanie przez każdego z nich wpłaty całości środków (np. jeżeli jest troje graczy, którzy otrzymali po 10 zł, a mnożnik wynosi 2, pełna wpłata wszystkich graczy przyniesie każdemu z nich zysk po 10 zł), jednakże największą korzyść osiągnie ten z graczy, który jako jedyny swoje środki zachowa dla siebie (w omawianym przykładzie samolubny gracz uzyska 23,33 zł, a altruistyczni partnerzy jedynie po 13,33 zł). Brak jakichkolwiek wpłat jest z kolei równoznaczny z brakiem jakiegokolwiek zysku dla któregokolwiek z graczy. W iterowanych grach o dobro wspólne wpłaty dokonywane przez graczy do wspólnej puli stopniowo maleją, co nie jest zaskakujące: niemal zawsze znajdzie się wśród nich nie-kooperant, a fakt, iż najwyższe zyski ze współpracy osiąga ten, kto w niej nie uczestniczy, skutecznie zniechęca innych uczestników od wpłat do dobra wspólnego. Badania te wskazują, że większość ludzi wykazuje gotowość do współpracy, ale ma ona charakter warunkowy i jest zależna od postawy innych osób. Sytuacja zmienia się zasadniczo, gdy w ramach scenariusza niełojalność może zostać ukarana, przy czym – co trzeba zaakcentować – kary społeczne (potępienie) są tu równie skuteczne jak dolegliwości finansowe (zob. T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 404-412).

¹³¹⁰ W polskiej literaturze wyróżnia się od dwóch do siedmiu funkcji norm tej gałęzi prawa, przy czym dwie z nich – ochronna i gwarancyjna – pojawiają się, w zasadzie, w każdym zestawieniu (zob. np. K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 22-26; A. Marek, *Prawo karne, jego funkcje...*, op. cit., s. 12-13; I. Andrejew, *Polskie...* [1986], op. cit., s. 34-36; L. Gardocki, *Prawo...*, op. cit., s. 7-8; P. Kozłowska-Kalisz, *Funkcje...*, op. cit., s. 27-30; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 39-45; Ł. Pohl, *Prawo...*, op. cit., s. 25-34). Funkcja ochronna, uważana za podstawową (tak m. in. K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 22; A. Marek, *Prawo karne, jego funkcje...*, op. cit., s. 12; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 11; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 39), polega na tym, że prawo karne, ustanawiając zakazy określonych zachowań naruszających czy zagrażających pewnym wartościom społecznym, udziela tym wartościom ochrony prawnej (P. Kozłowska-Kalisz, *Funkcje...*, op. cit., s. 27). Natomiast funkcja gwarancyjna ma, jak się przyjmuje, charakter wtórny, nie odnosi się bowiem do racji bytu prawa karnego, lecz służy ochronie jednostki przed arbitralnym postępowaniem organów państwowych (L. Gardocki, *Prawo...*, op. cit., s. 7), w ten sposób, że prawo to dzięki obowiązującej na obecnym etapie rozwoju cywilizacyjnego zasadzie praworządności (*nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*), stanowi gwarancję przed samowolą organów państwowych, określając warunki i granice własnego stosowania (zob. W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 14; Ł. Pohl, *Prawo...*, op. cit., s. 27). O ile funkcja gwarancyjna niewątpliwie wykazuje daleko idącą odrębność (choć także ona jest nierozdzielnie spleciona z funkcją ochronną, w tym przede wszystkim z jej aspektem afirmacyjno-motywacyjnym), o tyle dodatkowo wyróżniane przez część autorów funkcje, takie jak np. sprawiedliwościowa (represyjna), kompensacyjna, prewencyjno-wychowawcza, profilaktyczno-zabezpieczająca, afirmacyjno-motywacyjna, traktować należy – moim zdaniem – jako różne aspekty funkcji ochronnej. Każda z nich bowiem w swoisty dla siebie sposób – poprzez wymierzanie odpłaty za wyrządzone zło, naprawianie szkód wyrządzonych przez przestępstwo, kształtowanie motywacji do przestrzegania prawa, czy też tworzenie standardów zachowań społecznych – wspiera ochronę dóbr uznanych przez ustawodawcę za cenne (zob. J. Rybczak, *Funkcja ochronna prawa karnego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału praw człowieka*, [w:] *Prawa człowieka i ludzkie bezpieczeństwo. Osiągnięcia i wyzwania w 70. rocznicę ogłoszenia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, red. D. Bieńkowska, R. Kozłowski, Warszawa 2019, s. 144-145).

poprzez penalizację zachowań naruszających normy sankcjonowane określa standardy zachowań społecznych, jednocześnie kształtując motywację do przestrzegania prawa¹³¹¹.

Oczywiście samo w sobie naruszenie powinności wynikającej z normy nie może stanowić wyłącznej podstawy dla odpowiedzialności karnej w świecie współczesnym, w którym model myślenia hierarchiczno-teologicznego w dużym stopniu został już zastąpiony modelem empiryczno-racjonalnym, a w związku z coraz lepszym rozumieniem praw natury i relacji kauzalnych, ocena treści społecznej ludzkich zachowań następuje według ich bezpośredniej relacji do konkretnych dóbr prawnych, a nie na podstawie rezerwowego kryterium podporządkowania się konformizującym regułom społecznym. Brak posłuszeństwa normie jest elementem, którego przy ocenie ujemnego ładunku społecznego czynu nie można jednak całkowicie pominąć¹³¹². Znajduje on zresztą swoje naturalne, zgodne z podstawowymi intuicjami sprawiedliwościowymi, odzwierciedlenie w surowszej penalizacji umyślnych naruszeń tej samej normy sankcjonowanej.

Proponowany sposób rozumienia materialnej treści przestępstwa wyjaśnia, dlaczego karalność usiłowania nieudolnego nie oznacza oparcia odpowiedzialności karnej na niebezpieczeństwie sprawcy¹³¹³ i kryminalizacji „winy bez bezprawności”¹³¹⁴. W konsekwencji pozwala zachować spójność aksjologiczną systemu prawa karnego oraz zgodność przepisu art. 13 § 2 k.k. z zasadami demokratycznego państwa prawnego. Czyn, który w konkretnym układzie sytuacyjnym nie powoduje realnego zagrożenia dla dobra prawnego jest jednak społecznie szkodliwy, gdy stwarza zagrożenie potencjalne jako typowo niezgodny z heurystyką służącą ochronie tego dobra (nie ma charakteru tzw. usiłowania

¹³¹¹ Jak zauważył A. Marek, dzieje się tak na dwa sposoby. Po pierwsze, prawo karne wskazuje, jakie dobra podlegają ochronie i jakie są standardy postępowania wobec tych dóbr. Po drugie, w przypadku naruszenia tych standardów dochodzi do zastosowania sankcji, która koryguje wadliwie przyswojone wzorce i w ten sposób służy wzmocnieniu motywacji do przestrzegania prawa (zob. A. Marek, [w:] *System prawa karnego*, t. 1, *Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 14-15).

¹³¹² Nie miał racji M. Cieślak przyjmując, że „obiektywna antyspołeczność” czynu (utożsamiana z naruszeniem lub zagrożeniem dla dobra prawnego) nie zawiera elementów subiektywnych (zob. M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 253). J. Goldschmidt mówił w tym kontekście o „niewypowiedzianej” (*unausgesprochen*) normie obowiązku (*Pflichtnorm*) motywowania się normami prawnymi. Każde umyślne bezprawie stanowi podwójną sprzeczność z normą jako obiektywne przekroczenie normy prawnej oraz subiektywne naruszenie skorelowanej z nią normy obowiązku (J. Goldschmidt, *Der Notstand. Ein Schuldproblem mit Rücksicht auf die Strafgesetze Deutschlands, Österreichs und der Schweiz*, „Österreichische Zeitschrift für Strafrecht” 1913, z. 4, s. 17-20).

¹³¹³ Według A. Zolla przedmiotowa istota usiłowania nieudolnego polega właśnie na tym, że pomimo zamiaru naruszenia dobra, obiektywnie nie doszło do naruszenia reguły postępowania z tym dobrem (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 35). W. Wolter podkreślał natomiast, że ze ściśle przedmiotowego punktu widzenia w usiłowaniu nieudolnym nie można się dopatrzeć społecznej szkodliwości czynu (W. Wolter, *O stopniowaniu...*, op. cit., s. 133).

¹³¹⁴ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 87.

bezwzględnie nieudolnego)¹³¹⁵. Choć usiłowanie nieudolne nie prowadzi do realnego zagrożenia dobra prawnego, to jednak wynika to z okoliczności, których sprawca nie był świadomy, w innym natomiast układzie faktycznym zamierzony skutek mógłby się ziścić. Przede wszystkim jednak, nawet nieudolny zamach na dobro prawne destabilizuje ład społeczny i stwarza poczucie zagrożenia, a poprzez negację dobra prawnego prowadzi do jego deprecjacji¹³¹⁶. Uzewnętrzniony stosunek sprawcy do dobra prawnego decyduje o karygodności jego czynu, mimo że brak jest w tym przypadku realnego zagrożenia dla tego dobra¹³¹⁷.

Spółeczna szkodliwość jako obiektywna cecha czynu wynika z całego spektrum okoliczności, poczynając od jego przedmiotowych i podmiotowych elementów, poprzez dalsze okoliczności z nim powiązane (np. nagminność czynów tej kategorii), aż po wyrażone czynem ściśle osobiste właściwości sprawcy, świadczące o jego antyspołecznym nastawieniu, z powodu którego istnieje ryzyko popełniania przez niego w przyszłości kolejnych czynów zabronionych. Które z tych realnych składników ujemnej treści materialnej czynu uznane zostaną w danym systemie prawnym za podstawę jego karygodności, zależy od właściwości tego systemu: stopnia jego rozwoju, założeń ideologicznych, ale również zasłóści historycznych, które przekładają się na konkretne decyzje legislacyjne. Trzeba jednak mieć świadomość, że gdy ustawodawca, kierując się określonymi założeniami teoretycznymi czy ideologicznymi, wąsko wyznaczy zakres okoliczności charakteryzujących szkodliwość społeczną czynu, to i tak praktyka orzecznicza wytyczy swoje własne ścieżki, niekiedy *contra legem*, uwzględniając przy wartościowaniu karygodności czynu cały kontekst społeczny, w tym jego oddźwięk społeczny, prognozę co do przyszłego zachowania się sprawcy, wpływ wyroku skazującego na sytuację konfliktu

¹³¹⁵ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 238-240. Trudno byłoby chyba twierdzić, że nie narusza reguł postępowania z życiem ludzkim ten, kto z zamiarem dokonania zabójstwa strzela w stronę obiektu, który – jak błędnie sądzi – jest człowiekiem. Reguły postępowania z dobrami prawnymi mają, co prawda, charakter zobiektywizowany, ale jedynie względnie, określają one bowiem wzorzec zachowania uwzględniający kontekst informacyjny konkretnej sytuacji decyzyjnej.

¹³¹⁶ By unaocznąć znaczenie tych elementów warto przyjrzeć się rudymetarnym postaciom reakcji karnej. B. Malinowski zwrócił uwagę na to, że prymitywna praktyka prawna wiąże się z ciągłym, systematycznym obchodzeniem obowiązujących reguł, co – poza przypadkami naruszenia nielicznych, szczególnie przestrzeganych norm – często nie wywołuje żadnej reakcji społecznej, dopóki nie wiąże się z naruszeniem harmonii współżycia grupowego. W opisanym przez badacza przypadku pomimo naruszenia zakazu egzogamii „opinia publiczna nie była ani trochę wzburzona wieścią o zbrodni, ani też nie reagowała bezpośrednio”. Dopiero publiczne „stwierdzenie zbrodni” przez odrzuconego rywala, połączone z rzucaniem obelg na sprawcę, poruszyło opinię publiczną, a jej potępiający nacisk uruchomił sankcję, która w tym przypadku polegała na „samoukaraniu się” sprawcy zamachem samobójczym (B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 61). Nie samo naruszenie dobra prawnego, ani nawet normy zakazującej jego pogwałcenia, ale dopiero pojawienie się społecznych konsekwencji czynu uruchomiło w tym przypadku reakcję grupową.

¹³¹⁷ Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 287; zob. też J. Makarewicz, *Błąd co do przestępności działania*, RPEiS 1936, z. 1, s. 35-36.

między stronami, zachowanie się sprawcy po popełnieniu przestępstwa, osłabienie się społecznej potrzeby ukarania ze względu na upływ czasu itp.¹³¹⁸

Karygodność różni się od płaszczyzn bezprawności i karalności nie tylko zakresem uwzględnianych wyznaczników ujemnej wartości czynu, lecz także samym mechanizmem wartościowania. O ile w przypadku tych ostatnich chodzi przede wszystkim o konkluzywną (w sensie reguły typu *all-or-nothing*) identyfikację w czynie określonych cech ściśle odpowiadających wzorcowi, o tyle na płaszczyźnie karygodności ujemna społeczna doniosłość czynu, co do którego naruszenie normy sankcjonowanej i spełnienie hipotezy normy sankcjonującej zostało już stwierdzone, jest stopniowana za pomocą w dużej mierze niekonkluzywnych dyrektyw wymagających „ważenia”¹³¹⁹. Samo stwierdzenie społecznej szkodliwości czynu zawiera w sobie nieodłącznie choćby przybliżone oszacowanie jej stopnia, ponieważ jak to słusznie zauważył A. Krukowski, ujemna treść społeczna czynu nigdy nie może występować w postaci „czystej”, „beziłościowej”¹³²⁰.

2.3. Konkretno-indywidualna karygodność w uniwersalnej strukturze przestępstwa

Choć ujemna wartość społeczna nie jest cechą wyłącznie czynów spełniających znamiona typu czynu zabronionego, to jednak społeczna szkodliwość czynu jest współczesnym pojęciem technicznym prawa karnego. Nieuzasadnione jest więc jej charakteryzowanie za pomocą czegokolwiek innego, niż czyn karalny¹³²¹. Społeczna szkodliwość jako element struktury przestępstwa jest więc cechą zewnętrzną, leżącą poza normą sankcjonowaną i zakresem znamion typu czynu zabronionego, choć ściśle z nimi związaną¹³²². Uwidacznia się tu dwójaka rola materialnego aspektu przestępstwa¹³²³. Ujemny osąd

¹³¹⁸ Na temat pojawiających się w orzeczeniach sądowych i prokuratorskich rażąco sprzecznych z treścią obowiązujących przepisów uzasadnień odwołujących się do braku karygodności czynu zob. np. A. Zoll, *Założenia...*, op. cit., s. 5; K. Ifkiewicz, *Znikomość społecznego niebezpieczeństwa czynu w sprawach z oskarżenia prywatnego w świetle badań aktowych*, PiP 1966, z. 12, s. 892-893; O. Górniok, *Znikome społeczne niebezpieczeństwo czynu jako podstawa stosowania art. 49 k.p.k.*, Wrocław 1968, s. 59 i nast.

¹³¹⁹ Zob. A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 107. Jak trafnie podkreślił Sąd Apelacyjny w Krakowie, ilość zmiennych używanych przy oznaczaniu społecznej szkodliwości czynu jest tak duża, a ich relacje tak skomplikowane, że nie da się jej wyrazić inaczej jak syntetycznie poprzez tzw. kategorię ogólną (wyrok SA w Krakowie z 14 grudnia 2000 r., II AKa 214/00, KZS 2000, z. 12, poz. 24; zob. też I. Andrejew, *Polskie...* [1978], op. cit., s. 94).

¹³²⁰ A. Krukowski, *Społeczna...*, op. cit., s. 213.

¹³²¹ Tak np. W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 137-138; T. Kaczmarek, *Społeczne...*, op. cit., s. 48; A. Wąsek [w:] *Kodeks. Komentarz*, O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Gdańsk 2002-2003, s. 26 oraz R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 157-159.

¹³²² Zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 162-163.

¹³²³ Zob. np. Z. Cwiąkański, *Błąd...*, op. cit., s. 117-118.

określonej kategorii zachowań, wynikający przede wszystkim z faktu, że zachowania te przekraczają granice tolerowanego społecznie ryzyka dla dobra prawnego, jest przyczyną i uzasadnieniem ich zabronienia oraz obwarowania tego zakazu sankcją karną. Poprzez typizację elementów konstytutywnych dla tej ujemnej oceny stają się one zachowaniami abstrakcyjnie karygodnymi. Identyfikacja desygnatów tych elementów w indywidualnym zachowaniu, a więc jego zakwalifikowanie jako bezprawnego i karalnego, pozwala na przedstawienie prognozy, że czyn ten jest karygodny także w znaczeniu konkretnym, ale tej konkretnej (rzeczywistej) karygodności nie przesądza¹³²⁴. Możliwe jest bowiem takie spiętrzenie okoliczności ograniczających ujemną treść społeczną, że pomimo odpowiadającego ustawowemu wzorcowi karalnego naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym szkodliwość społeczna konkretnego czynu sytuuje się poniżej minimum uzasadniającego uznanie go za przestępstwo, albo nawet w ogóle jej nie ma¹³²⁵.

Niezbędne jest w związku z tym udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy materialny aspekt przestępstwa stanowi wyłącznie ogólną charakterystykę określonej kategorii zachowań wyznaczaną przez znamiona ustawowej określoności typu czynu zabronionego, z pominięciem indywidualnych cech konkretnych zachowań tej kategorii (aspekt abstrakcyjny społecznej szkodliwości), czy też – dodatkowo – jest jednym z koniecznych aspektów wartościowania konkretnego zachowania spełniającego znamiona typu (aspekt konkretno-indywidualny społecznej szkodliwości)¹³²⁶. W tym pierwszym przypadku karygodność konkretnego zachowania byłaby już tylko i wyłącznie refleksem prawidłowego rozpoznania przez prawodawcę ujemnego społecznego ładunku określonych kategorii zachowań, odzwierciedlonego w ich kryminalizacji, która polega właśnie na przełożeniu

¹³²⁴ Jak trafnie podkreślał M. Cieślak, posługując się jednak nieco inną siatką pojęciową, funkcją wymogu społecznego niebezpieczeństwa czynu jest odgraniczenie czynów karalnych od niekaralnych spośród zachowań realizujących ustawowe znamiona przestępstwa (zob. M. Cieślak, *Pojęcie...*, op. cit., s. 62).

¹³²⁵ Na marginesie trzeba zauważyć, że z tego powodu nietrafne jest stanowisko utożsamiające społeczną szkodliwość z zagrożeniem dla dobra prawnego w wyniku naruszenia reguł postępowania z tym dobrem (tak np. A. Zoll, *Materialne określenie przestępstwa*, Prok. i Pr. 1997, z. 2, s. 7; podobnie O. Górniok, *Znikome...*, op. cit., s. 9). Zachowanie stwarzające zagrożenie dla dobra prawnego, ale mieszczące się w granicach społecznie akceptowalnych, nie jest zachowaniem bezprawnym, w związku z czym ocena jego społecznej szkodliwości jest bezprzedmiotowa. Z drugiej strony, naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym, co jest elementem konstytutywnym bezprawności, nie przesądza społecznej szkodliwości czynu, zostało bowiem uwzględnione na etapie tworzenia abstrakcyjnego wzorca zachowania typowo społecznie szkodliwego i nie ma wpływu na dalsze wartościowanie następujące po zakwalifikowaniu czynu jako bezprawnego (podobnie J. Giezek, P. Kardas, *Sporne problemy przestępstwa działania na szkodę spółki na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, Pal. 2002, z. 9-10, s. 14-16). Reguły postępowania z dobrem prawnym wyznaczają formalną treść prawnokarnego zabronienia (zob. J. Giezek, *Przyczynowość...*, op. cit., s. 111-118), a na płaszczyźnie karygodności ocenie podlegają już tylko stopniowalne z punktu widzenia ujemnej wartości okoliczności charakteryzujące konkretny atak na dobro prawne.

¹³²⁶ Zob. A. Zoll, *Die Gesellschaftsgefährlichkeit. Der Tat als Element des Verbrechensaufbaus*, "The Review of Comparative Law" 1988, Vol. 2, s. 81-82.

konstytutywnych cech elementu materialnego na język opisowy elementu formalnego (ustawowych znamion typu czynu zabronionego)¹³²⁷. W konsekwencji zasada, że przestępstwem może być tylko czyn społecznie szkodliwy byłaby wyłącznie postulatem kierowanym do ustawodawcy, a jej właściwym adresem normatywnym – przepisy rangi konstytucyjnej¹³²⁸. Kwantyfikacja społecznej szkodliwości indywidualnego czynu nie mogłaby natomiast zostać uznana za konieczny element uniwersalnej struktury przestępstwa, wtórnie uzyskując status jej składnika jedynie w niektórych systemach prawnych w wyniku odpowiedniej decyzji legislacyjnej, jak to ma na przykład miejsce w prawie karnym aktualnie obowiązującym w Polsce.

Pogląd o uniwersalnym charakterze płaszczyzny karygodności w strukturze przestępstwa *prima facie* wydaje się trudny do obrony, gdy weźmiemy pod uwagę istnienie licznych systemów prawa karnego opartych na czysto formalnej definicji przestępstwa. Przykładem jest tu choćby polskie prawo karne okresu międzywojennego¹³²⁹. Choć w literaturze eksponowano wówczas, że dzięki „ujęciu kodeksu jako *magna charta* obywatela w dziedzinie konfliktów z interesami społeczeństwa, nie można karać za czyn najbardziej nawet społecznie szkodliwy, jeżeli społeczeństwo przed jego spełnieniem (...) nie nadało mu znamion czynu karygodnego, przestępstwa”¹³³⁰, to oczywisty dla przedstawicieli nauki prawa karnego był także przeciwny wektor formalnego pojmowania przestępstwa. Na przykład według W. Woltera pojęcie materialnej bezprawności¹³³¹ było pozbawione wszelkiego znaczenia prawnego poza ramami formalnych przepisów: „Tak samo jak sama materialna bezprawność nie wystarcza do zastosowania sankcji, jeśli nie ma formalnej bezprawności, tak samo nie odpadają skutki prawne, jeśli istnieje tylko formalna bezprawność, a nie ma materialnej bezprawności, czyli, jeśli przepis *in abstracto* koliduje z materialnymi rozważaniami. I w tym kierunku formalizm zwycięża i zwyciężyć musi, jeśli porządek prawny przez zastosowanie obowiązujących przepisów prawa nie ma ulec

¹³²⁷ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 23.

¹³²⁸ Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 221-223; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 306-308; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 103-105.

¹³²⁹ Zob. np. W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 35; J. Makarewicz, *Kodeks...* [1938], op. cit., s. 49-50; S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks...*, op. cit., s. 17-18; L. Peiper, *Komentarz...*, op. cit., s. 24; Z. Wusatowski, *Kodeks karny, Prawo o wykroczeniach, Przepisy wprowadzające kodeks karny i prawo o wykroczeniach z objaśnieniami oraz materiałami Komisji Kodyfikacyjnej Rz. P.*, Kraków s.a., s. 1.

¹³³⁰ J. Makarewicz, *Kodeks...* [1938], op. cit., s. 49.

¹³³¹ „Formalnie bezprawne jest to, co jest formalnie zakazane, ale materialnie bezprawne jest to, co posiada cechy umożliwiające wydanie formalnego zakazu” (W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 79).

zniszczeniu”¹³³². Pojęcie materialnej bezprawności miało więc, jego zdaniem, „znaczenie czysto teoretyczne jako synteza zakazów prawa z punktu widzenia przedmiotowego”, a „poza ramami pozytywizmu” wchodziło już tylko w obręb zagadnień filozofii prawa¹³³³.

Długotrwała dominacja materialnego pojmowania przestępstwa w dziejach prawa karnego niewątpliwie wynikała z braku narzędzi, które umożliwiałyby tworzenie i wykorzystywanie w praktyce zgeneralizowanych charakterystyk szkodliwych społecznie kategorii zachowań. Płaszczyzna karalności na tym etapie nie mogła spełniać jeszcze takiej roli, jaka przypisana jej jest współcześnie, a wartościowanie społecznej treści czynu miało przede wszystkim charakter indywidualno-konkretny oraz następczy. W związku z rozwojem technologii prawnej i prawniczej pojęcie przestępstwa stopniowo ulegało nasyceniu substratem formalnym, co doprowadziło w końcu do wynalezienia zasady *nullum crimen sine lege*.

Zasada ustawowej określoności czynu zabronionego stanowiła odpowiedź na niedostateczny stopień obiektywizacji reakcji karnej, ograniczający skuteczność realizacji przez prawo karne jego funkcji. Dotyczyło to skądinąd nie tylko funkcji gwarancyjnej, której dotychczasowy deficyt był oczywisty i ogniskował znaczną część myśli filozofów Oświecenia, ale – co jest mniej eksponowane – także funkcji ochronnej, która również wymaga istnienia stabilnego i zrozumiałego dla uczestników obrotu dobrami prawnymi komunikatu o konsekwencjach złamania norm obrót ten regulujących.

Sukces zasady *nullum crimen sine lege* i niewątpliwy postęp, jaki dzięki niej się dokonał, spowodowały, że element formalny w strukturze przestępstwa, zdejmujący z sądu obowiązek samoistnego badania, czy czyn tego rodzaju jak ten, który został poddany osądowi, jest społecznie szkodliwy¹³³⁴, zaczęto uważać za dominujący. Ten punkt widzenia do skrajności doprowadził nurt normatywny, eliminujący materialny sens przestępstwa nie tylko ze struktury przestępstwa, ale nawet negujący jego wpływ na ograniczenie swobody ustawodawcy w decyzjach kryminalizacyjnych. Ekstremistyczna pod tym względem koncepcja *Tatbestandu* E. Belinga usuwała z konstrukcji przestępstwa odniesienia do rzeczywistości pozaprawnej nie tylko poprzez pominięcie w niej materialnej zawartości

¹³³² Ibidem. J. Makarewicz podkreślał z kolei, że choć materialna treść przestępstwa jest jego istotą, to dokładne jej ustalenie, ze względu na zmienność, nie jest możliwe, wobec czego dla bezpieczeństwa należy poprzestać na definiowaniu przestępstwa od strony czysto formalnej (zob. J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 10).

¹³³³ W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 80-81.

¹³³⁴ Zob. W. Wolter, *Kumulatywny...*, op. cit., s. 24.

bezprawia i czysto formalne traktowanie bezprawności¹³³⁵, ale także przesuwając do płaszczyzny karalności w zasadzie wszystkie właściwości determinujące czyn, w tym nawet związek przyczynowy¹³³⁶, przez co czyn stawał się „bezkrwistym fantomem” – zachodzącym w rzeczywistości odbiciem abstrakcyjnego obrazu zaprojektowanego przez zespół znamion typu czynu zabronionego¹³³⁷. Wobec dominacji paradygmatu ukształtowanego przez szkołę klasyczną, koncepcja materialnej treści przestępstwa do połowy XX w. nie została dostatecznie teoretycznie opracowana, pozostając jedynie ogólną ideą nawiązującą do humanitarnej myśli Oświecenia¹³³⁸.

Z faktu, że czysto formalna definicja przestępstwa nie pozwala na właściwe wyjaśnienie istoty tego zjawiska zdawano sobie sprawę w polskiej nauce prawa karnego już w okresie przedwojennym. Na przykład W. Makowski uważał, że formalne określenie przestępstwa jako „czynu karą obłożonego” nie pozwala uzyskać odpowiedzi na pytania o stosunek przestępstwa do „pogwałconej normy prawnej i ochranianego przez nią interesu społecznego” i w związku z tym rozważał, „czy przypadkowość obłożenia karą nie powinna ustąpić miejsca jakimś głębszym, zasadniczym czynnikom społecznym (...), wreszcie – czy przestępstwo nie jest przeciwstawieniem się pewnym podstawowym ogólnym zasadom współżycia, lub przynajmniej – czy nie ma jakiejś grupy takich przestępstw przeciw prawu natury, dla których zagadnienie formalne obłożenia karą byłoby rzeczą zbędną”¹³³⁹. Aspekt materialny przestępstwa uznawano jednak za istotny w zasadzie tylko z perspektywy filozofii prawa¹³⁴⁰, natomiast w dyskusji dogmatycznej pojawiał się on zupełnie marginalnie¹³⁴¹.

Wyłącznie formalna konstrukcja przestępstwa, abstrahując już od jej tautologicznego charakteru¹³⁴², nie może sprawdzić się w realnym obrocie prawnym, stwarza bowiem poważne ryzyko oderwania się techniczno-prawnego pojęcia przestępstwa od upowszechnionych normatywnych przeżyć społecznych o karnoprawnym zabarwieniu (przestępstwa naturalnego w rozumieniu przedstawionym przez R. Garofalo).

¹³³⁵ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 46.

¹³³⁶ Zob. E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 10.

¹³³⁷ Zob. W. Wolter, *Kumulatywny...*, op. cit., s. 23.

¹³³⁸ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 31.

¹³³⁹ W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 41. Ostatnia postawiona kwestia już dwie dekady później przestała być problemem jedynie teoretycznym, a uzyskała pierwszorzędny wymiar praktyczny.

¹³⁴⁰ Materialny charakter miała w szczególności, wielokrotnie wcześniej przywoływana, teoretyczna definicja przestępstwa J. Makarewicza.

¹³⁴¹ Na przykład w pracach Wydziału Karnego Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej kwestia ta pojawiła się w dyskusji nad kryteriami podziału czynów zabronionych na przestępstwa i wykroczenia (zob. *Komisja Kodyfikacyjna...* [1919], t. 1, z. 1, op. cit., s. 40 i 58-60).

¹³⁴² Zob. H. Mannheim, *Criminal Justice and Social Reconstruction*, London 1946, s. 5-6.

Ponadto, co *prima facie* może wydawać się zaskakujące, uszczerbku doznaje na jej gruncie również funkcja obiektywizacji odpowiedzialności. Gdy patrzy się na prawo karne jako na narzędzie kształtowania rzeczywistości społecznej w pożądanym przez prawodawcę kierunku, o należyтым zobiektywizowaniu odpowiedzialności nie można jeszcze mówić w sytuacji, gdy możliwa jest czysto formalna prognoza co do konsekwencji określonego zachowania, dokonywana za pomocą abstrakcyjnych wzorców o charakterze zgeneralizowanym, ale dopiero wtedy, gdy dodatkowo układem odniesienia dla takiego przewidywania są także społeczne przeświadczenia co do tego, jakie czyny na określoną reakcję karną zasługują. Normatywny charakter represji karnej, z właściwym jej elementem potępienia, trafi w społeczną próżnię, jeżeli skierowana ona będzie przeciwko osobom, które dopuściły się czynów uważanych w społeczeństwie za błahе czy wręcz zupełnie nieszkodliwe. Takie aksjologiczne rozminięcie się ustawodawcy z adresatami tworzonych norm, może skutkować delegitymizacją państwowego *iuris puniendi*, a w konsekwencji co najmniej ograniczeniem skuteczności prawa karnego w realizacji jego podstawowych funkcji (nie tylko sprawiedliwościowej, ale także ochronnej, zwłaszcza w jej aspekcie afirmacyjno-motywacyjnym).

O obiektywizacji odpowiedzialności karnej należy zatem mówić nie z perspektywy nauki prawa karnego, ale adresatów norm prawa karnego¹³⁴³. Nie służy ona przecież wyłącznie naukowym klasyfikacjom, lecz przede wszystkim określonym celom społecznym, w szczególności zaś ma umożliwić realizację funkcji przypisanych tej gałęzi prawa, które są równoznaczne z jego rzeczywistym oddziaływaniem na życie społeczne. Typ czynu zabronionego jako ustawowa charakterystyka materialnego bezprawia określonej kategorii nie spełni swojej obiektywizującej roli, jeżeli adresaci normy karnoprawnej nie będą odczytywać powiązanej z nim normy sankcjonowanej jako wzorca stanowiącego fragment spójnego systemu hierarchii dóbr, umożliwiającego porównywanie ze sobą zarówno zachowań stanowiących przestępstwo i niekaralnych, jak i zachowań kryminalizowanych jako przestępstwa zróżnicowane pod względem ciężkości przewidywanej za nie kary. Z perspektywy społecznej nawet najdoskonalsze pod względem techniki legislacyjnej

¹³⁴³ Gdy spojrzymy na prawo z perspektywy funkcji komunikacyjnej, na znaczeniu traci istotne na gruncie teorii norm rozróżnienie adresatów powinności wynikających z norm sankcjonowanych i sankcjonujących. Choć w przypadku tych ostatnich adresatem normy w ścisłym tego słowa znaczeniu są organy państwowe zobowiązane do wymierzenia sankcji w niej przewidzianej w razie ziszczenia się warunków określonych w zakresie jej zastosowania, to nie może budzić wątpliwości, że głównym odbiorcą informacji, jaką za pomocą także tej normy przekazuje ustawodawca jest społeczeństwo. Właśnie w takim kontekście, z zastosowaniem skrótu myślowego, w rozprawie będzie się mówić o obywatelach jako o adresatach ogólnie rozumianych norm prawa karnego.

i precyzji wyartykułowania znamion typy czynów zabronionych nie zostaną uznane za czytelną podstawę odpowiedzialności, jeżeli oparta na nich prognoza skutków podjęcia określonego zachowania będzie niespójna z silnie utrwalonymi i wysoce homogenicznymi dla całej populacji ludzkiej intuicjami sprawiedliwościowymi oraz właściwymi dla danego społeczeństwa uwarunkowaniami kulturowymi. W tym kontekście mówi się o moralnej określoności norm prawnokarnych (*moral clarity*), a więc ich zgodności z systemem wartości danego społeczeństwa, bez której sama lingwistyczna określoność tekstu prawnego (*textual clarity*) może nie zapewniać właściwego poziomu internalizacji tych norm w społeczeństwie¹³⁴⁴.

Nie jest przypadkiem, że zatracone w XIX w. materialne ujęcie przestępstwa skierowane było w myśli Oświecenia przede wszystkim przeciwko dowolności, z którą władza państwowa mogła uznawać za ciężkie przestępstwo dowolny objaw niezadowolenia, czy nawet niezgodność myśli z oficjalną doktryną religijną¹³⁴⁵. Przyświecał mu więc w dużej mierze ten sam cel, co równolegle formułowanej zasadzie wyłącznie ustawowego określenia czynów przestępnych: zabezpieczenie społeczeństwa przed instrumentalnym traktowaniem *iuris puniendi* przez władzę¹³⁴⁶. Materialne ujęcie przestępstwa miało zatem w pierwszej kolejności stanowić przeszkodę dla samowoli sędziowskiej i merytorycznie bezzasadnego „formalistycznego” karania¹³⁴⁷.

Oświeceniowy postulat obiektywizacji odpowiedzialności karnej miał więc pogłębiony charakter, w założeniu nie miała ona bowiem polegać wyłącznie na czysto formalnych relacjach wewnątrzprawnych, ale dodatkowo uzyskać zakotwiczenie w rzeczywistości pozaprawnej¹³⁴⁸. Rozumiano też komunikacyjną funkcję ustawowej określoności, domagając się by kodeksy prawa były uproszczone, powszechnie zrozumiałe, dostosowane do obyczajów wieku oświeconego i by były jednolicie stosowane w całym państwie¹³⁴⁹. Wszystkie te postulaty łącznie składały się na ideę prawnego upodmiotowienia i równouprawnienia człowieka oraz państwa obywatelskiego, ujmowanego jako zbiorowość formalnie równoprawnych obywateli¹³⁵⁰. Interes tej zbiorowości jako całości uznawany był za ogólne

¹³⁴⁴ Zob. K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, s. 12-13; J. Gardner, *Rationality and the Rule of Law in Offences against the Person*, „Cambridge Law Journal”, November 1994, Vol. 53, No. 3, s. 502-523.

¹³⁴⁵ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 60.

¹³⁴⁶ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 31; L. Gardocki, *Ponadustawowe i pozaustawowe standardy prawa karnego*, SI 2008, t. 48, s. 331.

¹³⁴⁷ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 23.

¹³⁴⁸ C. Beccaria, *O przestępstwach...*, op. cit., s. 73-75; zob. też R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 20.

¹³⁴⁹ S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 67.

¹³⁵⁰ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 14.

dobro prawne, które stało się podstawowym punktem odniesienia dla nowożytnego materialnego ujęcia przestępstwa jako czynu zawierającego antyspołeczną treść¹³⁵¹. Podkreślenia wymaga, że C. Beccaria traktował ujemną społeczną treść czynu nie tylko abstrakcyjnie jako dyrektywę dla działalności prawotwórczej, ale także konkretno-indywidualnie jako jedną z przesłanek odpowiedzialności karnej¹³⁵².

Postępujący przez cały XIX wiek proces eliminacji aspektu materialnego z pojęcia przestępstwa uwieńczony został formalistyczną koncepcją *Tatbestandu* E. Belinga. Jego podłożem był nie tylko sukces nowatorskiego wówczas formalnego ujęcia przestępstwa, ale również wpływ idealistycznej filozofii Kanta i Hegla, w której przestępstwo rozumiano nie jako zamach na społeczeństwo, ale na reguły przez nie przyjęte, pojęcie zaś niebezpieczeństwa odnoszono w większym stopniu do samej woli sprawcy przestępstwa, aniżeli do jej zewnętrznego przejawu, czyli czynu¹³⁵³. Doprowadziło to do tetycznego, skrajnie subiektywnego rozumienia bezprawności jako naruszenia obowiązku posłuszeństwa wobec wydanych ustaw¹³⁵⁴, które później wykorzystane zostało dla uzasadnienia terrorystycznego systemu prawa karnego faszystowskiego totalitaryzmu. Prawo karne nie służyło już w nim ochronie społeczeństwa, lecz jego celem stała się samoobrona samego tylko państwa za pomocą drastycznych represji, odstraszających i unieszkodliwiających wrogów reżimu państwowego¹³⁵⁵.

Rozwój czysto formalnej definicji przestępstwa, w założeniu jednoznacznie gwarancyjnej, paradoksalnie przyczynił się więc do nawrotu prawa karnego niebezpieczeństwa sprawcy, a nie czynu. Prowadził więc w tą samą stronę, co całkowicie przeciwstawne mu w swych założeniach teoretycznych nurty antropologiczny i socjologiczny,

¹³⁵¹ Ibidem.

¹³⁵² Ibidem, s. 16. O ile zrozumiałe jest, że Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. jako manifest polityczny, stanowiąc w swoim art. 5, że ustawa ma prawo zakazywać tego tylko, co jest niebezpieczne dla społeczeństwa, deklarowała zasadę *nullum crimen sine periculo sociali* jako zasadę ustrojowo-prawną adresowaną do ustawodawcy, o tyle może zaskakiwać czysto formalne zdefiniowanie przestępstwa w kodeksie karnym rewolucji francuskiej z 1791 r., który to akt normatywny, abstrahując od rzeczywistej praktyki rewolucyjnego terroru, w pozostałym zakresie w pełni uwzględniał postulaty oświeceniowego humanizmu (zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 19-20). Kompleksową, złożoną z elementu materialnego i formalnego, definicję przestępstwa zawierał natomiast projekt węgierskiego kodeksu karnego z 1795 r. (*Codex de delictis eorumque poenis*), który nigdy nie został wprowadzony w życie w związku z antyświeceniową reakcją w monarchii Habsburgów na wydarzenia rewolucji francuskiej (S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 103-104).

¹³⁵³ Zob. I. Andrejew, *Istota czynu przestępnego w rozwoju nauki burżuazyjnej*, Warszawa 1951, s. 22-24.

¹³⁵⁴ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 47. Rozważania czy zło jest przyczyną, czy skutkiem zabronienia są prowadzone w filozofii i teologii już od czasów Platona (zob. L. Kołakowski, *Moje słuszne poglądy na wszystko*, Kraków 2007, s. 207).

¹³⁵⁵ G. Radbruch, *Filozofia prawa* [tyt. oryg. *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*], tłum. E. Nowak, Warszawa 2009 [wyd. oryg. Heidelberg 2003], s. 176.

które programowo koncentrowały się przede wszystkim właśnie na osobie przestępcy¹³⁵⁶. Społecznie niebezpieczny był tu sprawca przestępstwa, natomiast sam czyn przez niego popełniony był jedynie symptomem tego niebezpieczeństwa. Dla pozytywizmu naturalistycznego pojęcie niebezpieczeństwa było więc, co prawda, pierwszoplanowym czynnikiem uruchamiającym zastosowanie norm prawa karnego, tyle że stanowiło ono element obiektywnego stanu społecznego, a nie cechę czynu (płaszczyznę jego prawnokarnego wartościowania)¹³⁵⁷.

Analogiczny – i zapewne stanowiący przejaw tych samych przemian kulturowych – proces przebiegał równolegle w odniesieniu do wywodzącej się również z dziedzictwa Oświecenia idei państwa prawnego.

Po raz pierwszy pojęcie *Rechtstaat* użyte zostało w 1798 r. przez Wilhelma Placidusa na określenie państwa, którego pierwszym i właściwym celem było zabezpieczenie praw człowieka, czyli możliwie największej jego wolności¹³⁵⁸. Zgodny z ideałami doby Oświecenia sposób rozumienia pojęcia „państwo prawne” utrzymywał się jeszcze przez pierwszą połowę XIX w., gdy akcentowano w nim gwarancje wolności jednostki¹³⁵⁹. Dopiero w drugiej połowie XIX w. punkt ciężkości zaczął przenosić się z tej materialnej treści pojęcia „państwa prawa” na jego rozumienie formalne jako państwa, któremu wyznaczono granice działania poprzez stworzenie przepisów regulujących działalność organów państwowych. Istnienie prawa w państwie samo w sobie miało być gwarancją wolności¹³⁶⁰. Był to punkt wyjścia do coraz bardziej formalistycznego rozumienia terminu *Rechtstaat*, który stał się równoznaczny z „państwem metod prawnych” (*Rechtswegestaat*), a w końcu całkowicie wypreparowanym z jakiegokolwiek treści materialnej „państwem ustaw”. To kryterium – jak zauważył H. Kelsen – spełnia każde państwo, skoro jest ono zjawiskiem nie istniejącym poza prawem¹³⁶¹. Jakkolwiek nadmierne uproszczenia nie byłyby tu wskazane¹³⁶², to jednak wydaje się, że to właśnie formalizacja pojęcia „państwa prawnego” wiążąca się z usunięciem z jego zakresu wszelkich treści prawnoczułowych oraz wyniesieniem państwa nad jednostkę, jako regulatora i arbitra interesów obywateli, stanowiła podłoże, na którym wyrosła doktryna „państwa stanu wyjątkowego” C. Schmitta,

¹³⁵⁶ Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 24.

¹³⁵⁷ Zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 28.

¹³⁵⁸ M. Zmierzak, *Kształtowanie się koncepcji państwa prawnego (na przykładzie niemieckiej myśli polityczno-prawnej)*, [w:] *Polskie dyskusje o państwie prawa*, red. S. Wronkowska, Warszawa 1995, s. 11.

¹³⁵⁹ Ibidem, s. 11-13.

¹³⁶⁰ Ibidem, s. 13-15.

¹³⁶¹ Ibidem, s. 16-17.

¹³⁶² Zob. ibidem, s. 19.

w którym suwerenem jest ten, kto rozstrzyga o stanie wyjątkowym, tworząc w ten sposób „decyzję ustrojową”: funkcjonalne i socjologiczne odbicie Kelsenowskiej normy podstawowej, leżące u podstaw porządku konkretnego, stojącego zawsze ponad porządkiem prawnym¹³⁶³.

Skrajnie formalistyczne rozumienie przestępstwa, podobnie jak i państwa prawnego, okazało się więc ewolucyjną ślepą uliczką.

Odwołując się do przykładu problemów z reakcją karną na popełnione podczas II wojny światowej zbrodnie ludobójstwa, które formalnie nie były zabronione przez ustawy obowiązujące w czasie i miejscu ich popełnienia, wykazano wcześniej, że nawet tak fundamentalne dla współczesnego prawa karnego zasady, jak *nullum crimen sine lege* muszą ustąpić w obliczu silnie natężonej społecznej potrzeby ukarania sprawców czynów o jaskrawej naganności moralnej.

Zależność pomiędzy aksjologią społeczną a treścią prawa karnego, tak jak się ono przedstawia w praktyce swego stosowania, jest jednak dwukierunkowa. Dobrą ilustracją przeciwnie zwróconego wektora tego oddziaływania są orzeczenia rehabilitacyjne wydawane po upadku komunizmu, w których Sąd Najwyższy przyjmował, że zachowanie wypełniające znamiona typu czynu zabronionego zagrożonego karą nie mogło być uznane w dacie ich sądenia w okresie stalinizmu lub w stanie wojennym za przestępstwo, jeżeli zachowanie to wynikało z pobudek patriotycznych, z realizacji przyrodzonych każdej osobie praw człowieka czy z prawa samoobrony jednostkowej albo zbiorowej przed totalitarnym terrorem, ponieważ zachowanie takie nie mogło być uznane za społecznie niebezpieczne¹³⁶⁴. Potrzeba zaspokojenia zinternalizowanych w społeczeństwie i podzielanych przez składy orzekające podstawowych intuicji sprawiedliwościowych była dla sędziów ważniejsza, aniżeli zachowanie zgodności z fundamentalnymi zasadami ustrojowymi związanymi z podziałem władzy. A przecież nie budzi wątpliwości, że zasada *nullum crimen sine periculo sociali* rozumiana jako zakaz kryminalizacji takich kategorii zachowań, które nie są społecznie szkodliwe, jest z perspektywy prawa karnego przede wszystkim metasystemowym założeniem, stanowi bowiem wzorzec „wyższego rzędu”, który winien znaleźć się

¹³⁶³ Zob. F. Ryszka, *Państwo...*, op. cit., s. 141-149.

¹³⁶⁴ Zob. wyrok SN z 27 lutego 1991 r., II KRN 69/91, OSNKW 1991, z. 4-6, poz. 21; wyrok SN z 12 maja 1992 r., II KRN 39/92, OSNKW 1992, z. 9-10, poz. 61; wyrok SN z 3 kwietnia 2003 r., III KRN 2/03, niepubl. Szczegółową analizę tej linii orzeczniczej przedstawił J. Majewski (zob. J. Majewski, *Glosa do wyroku SN z dnia 27.02.1991 r., II KRN/69/91*, PS 1992, z. 5-6, s. 150 i nast.).

w przepisach konstytucji, ponieważ to ustawodawca jest jego adresatem¹³⁶⁵. W systemie opartym na podziale władzy, sąd nie jest upoważniony do weryfikacji decyzji ustawodawcy co do kryminalizacji¹³⁶⁶. Ustawodawca wprowadzając określony typ czynu zabronionego do ustawy karnej wskazuje, że uważa opisaną w nim kategorię zachowań za społecznie niebezpieczną, a ocena ta nie może być podważana przez sąd orzekający o odpowiedzialności karnej¹³⁶⁷.

Nie trzeba zresztą sięgać do tak szczególnych przykładów by uświadomić sobie, że zakres czynów formalnie stanowiących przestępstwo w danym systemie prawnym nie pokrywa się z tym, co jest faktycznie w nim ścigane. I. Andrejew trafnie zauważył, że powstały liczne instytucje ogólnej nauki o przestępstwie, które mają minimalne zastosowanie w praktyce, a „są jak narzędzia wciąż czyszczone i polerowane, ale nie do pracy w warsztacie, lecz do podziwiania w muzeum”¹³⁶⁸. Przyczyn takiego stanu rzeczy autor ten upatrywał nie w nieprawidłowej praktyce stosowania prawa, ale w nadmiernym rozbudowaniu katalogu przestępstw oraz instytucji części ogólnej prawa karnego. Prowadzi ono do erozji zasady *nullum crimen sine lege*, ponieważ to nie od ustawy, ale od woli jej wykonawców zależy pociągnięcie do odpowiedzialności karnej¹³⁶⁹. W konsekwencji orzecznictwo musi korygować nadwyżkę kryminalizacji, dostosowując jej faktyczny poziom do potrzeb społecznych¹³⁷⁰.

¹³⁶⁵ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 222; M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 46-47. Choć Konstytucja RP nie wyraża zasady *nullum crimen sine periculo sociali* wprost, jej obowiązywanie w odniesieniu do działalności legislacyjnej można wywieść z innych regulacji konstytucyjnych, np. z przepisu art. 31 ust. 3 wyrażającego zasadę proporcjonalności (zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 306-307; M. Dąbrowska-Kardas, *O dwóch znaczeniach pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu*, CzoPKiNP 1997, z. 1, s. 29-30), a także z samej – zawartej w art. 2 – zasady, że Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej (odmiennie: M. Dąbrowska-Kardas, *O dwóch znaczeniach...*, op. cit., s. 28).

¹³⁶⁶ A. Zoll, *Problemy tzw. przestępstwa ciągłego w propozycjach projektu kodeksu karnego*, PS 1994, z. 3, s. 88.

¹³⁶⁷ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 222.

¹³⁶⁸ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 18.

¹³⁶⁹ Ibidem.

¹³⁷⁰ Te słuszne uwagi uzupełnić trzeba o spostrzeżenie, że taka operatywna korekta często realizowana jest nie w drodze decyzji procesowej odwołującej się do znikomego stopnia szkodliwości społecznej czynu (o ile dany system prawny uwzględnia w definicji przestępstwa wartościowanie materialne), ale poprzez milczący oportunizm faktyczny.

2.4. Funkcje materialnej obiektywizacji odpowiedzialności

Spółeczna szkodliwość czynu jest kategorią zobiektywizowaną¹³⁷¹, odnoszącą się do rzeczywistości społecznej i istniejącą niezależnie od świadomości ludzkiej, w tym od ocen wyrażanych przez ustawodawcę¹³⁷². Obiektywizacja ta ma jednak charakter względny, ponieważ ujemna wartość społeczna czynu jest uwarunkowana kulturowo¹³⁷³. Zrelatywizowane do kultury jest przede wszystkim samo wartościowanie określonych stanów rzeczy, jako pożądaných lub szkodliwych, względnie obojętnych, podobnie jak hierarchia dóbr prawnych, która decyduje o natężeniu represji karnej, ale również o tym, które dobro powinno lub może zostać poświęcone w sytuacji kolizji dóbr prawnych¹³⁷⁴. Ocenę w tym zakresie zależą w zasadniczym stopniu od obowiązującego w grupie systemu wartości. Społeczna szkodliwość sprowadza się do negacji porządku moralnego w danym społeczeństwie¹³⁷⁵.

Choć prawdą jest więc, że z wewnątrzprawnego, systemowego punktu widzenia to wyłącznie do ustawodawcy należy decyzja, które kategorie zachowań są szkodliwe społecznie i w jakim stopniu, odzwierciedlanym przez zróżnicowaną dolegliwość wymierzanych za nie kar, to jednak ta swoboda uznania nie jest nieograniczona. O ile niewielkie rozbieżności pomiędzy ocenami społecznymi a decyzjami legislacyjnymi nie mają wpływu na obowiązywanie systemu prawa stanowionego, a niekiedy są wręcz nieuniknione, ponieważ społeczeństwo może nie rozpoznawać prawidłowo obiektywnej szkodliwości społecznej określonych kategorii zachowań lub jej braku¹³⁷⁶, o tyle poważne niespójności aksjologiczne, wynikające z prób narzucania obcej społeczeństwu ideologii, przyczyniają się do erozji systemu prawnego, ograniczając jego prestiż i w konsekwencji skuteczność jako regulatora ludzkich zachowań. W drastycznych przypadkach, po przekroczeniu pewnej „masy krytycznej”, mogą doprowadzić nawet do sytuacji, że prawo stanowione nie będzie dla społeczeństwa niczym innym jak Hartowski rozkaz bandyty (tak jak np. przepisy wprowadzane przez władze okupacyjne na terenie Polski w czasie II wojny światowej).

¹³⁷¹ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 36.

¹³⁷² Trafnie ujął to M. Olszewski określając społeczne niebezpieczeństwo jako kategorię socjologiczną, pozaprawną i z tego powodu niezależną od stanowiska ustawodawcy (M. Olszewski, *Czy utrzymać...*, op. cit., s. 434; zob. też I. Andrejew, *O „społecznej szkodliwości w związku z dyrektywami co do wymiaru kary*, NP 1957, z. 12, s. 8; I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, op. cit., s. 209; K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 196).

¹³⁷³ Rację ma R. Zawłocki, że społeczna szkodliwość rozpatrywana ontologicznie ma charakter obiektywny, nie jest jednak realnym przedmiotem, ale stanem rzeczy, którego rekonstrukcja zawsze odbywa się w relacji do społeczeństwa jako określonego realnego zbioru ludzi (R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 136).

¹³⁷⁴ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 7.

¹³⁷⁵ A. Krukowski, *Spółeczna...*, op. cit., s. 100.

¹³⁷⁶ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 115-116.

Takie „prawo” w istocie rzeczy nie obowiązuje, bo w społeczeństwie, do którego jest adresowane w ogóle nie ma jego akceptacji jako źródła obowiązków, a podporządkowanie się wynikającym z niego nakazom jest po prostu wymuszane przemocą i jej groźbą¹³⁷⁷.

O szkodliwości społecznej określonych kategorii czy poszczególnych zachowań nie decyduje więc wyłącznie aksjologia władzy, czy to w sensie technicznoprawnym (ustawodawca), czy politycznym (grupa osób rzeczywiście wywierająca decydujący wpływ na ustanawianie i egzekwowanie nakazów i zakazów). Nie wydaje się więc prawidłowym zabiegiem rozróżnianie „aksjologii państwa totalitarnego” i przeciwstawnej mu „aksjologii państwa demokratycznego” jako alternatywnych podstaw identyfikowania społecznej szkodliwości zachowań w znaczeniu kategorialnym i indywidualnym¹³⁷⁸. Materialne definicje przestępstwa w ustawach karnych państw totalitarnych nie odnosiły się do rzeczywistych ocen społecznych, ale do fikcji konstruowanych na podstawie założeń politycznych narodowego socjalizmu czy komunizmu¹³⁷⁹. To właśnie sprzeczność aksjologii ustawodawcy z treścią dominujących w społeczeństwie przeżyć normatywnych powoduje, że zachowania wynikające z pobudek patriotycznych, realizacji przyrodzonych każdej osobie praw człowieka lub prawa samoobrony jednostkowej albo zbiorowej przed totalitarnym terrorem, za które zapadały wyroki skazujące wydawane przez sądy PRL, w rzeczywistości nie zawierały ujemnego ładunku społecznego i w związku z tym także w czasie ich popełnienia nie stanowiły przestępstwa, pomimo, że realizowały znamiona ustawowych typów czynów zabronionych.

Nasuwa się jednak pytanie, jak należałoby oceniać ustawodawstwo oparte na antyaksjologii państwa totalitarnego w sytuacji, gdyby towarzyszył mu odpowiednio rozpowszechniony wewnętrzny punkt widzenia u adresatów jego norm. Nie jest to problem wyłącznie teoretyczny, w określonych uwarunkowaniach społecznych, kulturowych i historycznych państwo totalitarne i jego regulacje prawne mogą cieszyć się poparciem znacznych części społeczeństwa¹³⁸⁰. Odpowiedź jest jednoznaczna: z perspektywy wewnętrznej wytwory legislacyjne władzy totalitarnej mają w takim społeczeństwie charakter normatywny i stanowią prawo, dopóki towarzyszą im internalne przeżycia psychiczne i eksternalne praktyki adresatów norm. Nie oznacza to w żadnym wypadku aksjologicznego

¹³⁷⁷ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 38-41. Stąd też jedną z powszechnie uznanych zasad kryminalizacji jest zasada konsensusu, zgodnie z którą kryminalizować można tylko to, co w powszechnej opinii społecznej uznawane jest za karygodne (L. Gardocki, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 117-118).

¹³⁷⁸ Tak M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., 72.

¹³⁷⁹ W odniesieniu do prawa karnego hitlerowskich Niemiec zob. F. Ryszka, *Państwo...*, op. cit., s. 407.

¹³⁸⁰ Zob. np. F. Ryszka, *Państwo...*, op. cit., s. 75-109.

uprawomocnienia tworzonego w takich systemach prawnych „ustawowego bezprawia”, nie podważa też przedstawionego wcześniej stanowiska co do możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawców zbrodni popełnionych „w majestacie prawa”. Ocena stopnia społecznej szkodliwości takich czynów (a także stwierdzenie ich zabronienia) może wynikać bowiem z uwzględnienia szerszej perspektywy normatywnej, aniżeli prawo określonego społeczeństwa, i opierać się np. na tym co stanowi internalny i eksternalny aspekt prawa w społeczeństwach cywilizowanych¹³⁸¹. Współcześnie, gdy nieskończone *continuum* rozgrywanych przez tysiące lat gier niezerowych doprowadziło do powstania więzi spajających mniejsze złożoności społeczne w społeczeństwo globalne, tam gdzie zawodzi prawo partykularne jednego organizmu państwowego, może ono zostać zastąpione przez międzynarodowe prawo karne, którego normatywność opiera się na takich samych kryteriach, jak w przypadku prawa wewnętrznego, ale o szerszym zasięgu oddziaływania¹³⁸².

Tam, gdzie w myśl pozytywistycznej tradycji obowiązuje formalna definicja przestępstwa, a więc w znakomitej większości krajów świata¹³⁸³, korekta decyzji kryminalizacyjnej w przypadku czynów charakteryzujących się niewystarczającym dla ukarania ujemnym ładunkiem społecznym z reguły następuje na gruncie procesowym w drodze oportunistycznego usankcjonowanego przez prawo pozytywne¹³⁸⁴ albo czysto

¹³⁸¹ Na konieczność stosowania zewnętrznych kryteriów oceny prawa, także takiego które jest powszechnie akceptowane w danym społeczeństwie, uwagę zwrócił Cynceron, stawiając retoryczne pytanie: „Gdyby wszystkim Ateńczykom spodobały się postanowienia jedynowładców, czy z tego powodu ich akty prawne stałyby się sprawiedliwe?” (zob. Cynceron, *O prawach*, op. cit., s. 114).

¹³⁸² O tym, że sprawcy zbrodni wojennych, czy zbrodni przeciwko ludzkości, mają świadomość istnienia takiego obiektywnego układu odniesienia świadczy ukrywanie popełnianych czynów, także przed własnym społeczeństwem (w tym za pomocą manipulacji językowych – eufemizmów typu *Sonderbehandlung*, *Endlösung der Judenfrage* czy też „wzmocnione przesłuchanie”), a także uporczywe poszukiwanie uzasadnień, eksploatujących zarówno lęki zakorzenione w naturze ludzkiej (odczłowieczanie ofiar, przypisywanie im różnych negatywnych właściwości, jak np. rzekome roznoszenie zarazków), jak i ponadczasowe intuicje sprawiedliwościowe (przedstawianie zbrodni jako aktu obrony przed rzekomą agresją faktycznej ofiary).

¹³⁸³ Zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 67. Postulat ściśle formalnego podejścia do przestępstwa nigdy nie został w pełni zrealizowany w praktyce legislacyjnej, element materialny związany z różnicowaniem wagi przestępstw według ich społecznej szkodliwości zawsze przejawiał się w jakiejś formie, na przykład w tradycyjnym, dychotomicznym albo trychotomicznym, podziale czynów zabronionych na kategorie, takie jak np. wykroczenia, występki i zbrodnie (zob. np. P. Chrzczonowicz, *Francja, [w:] Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej*, Toruń 2007, s. 54-55), a także w samym zróżnicowaniu sankcji karnej, opartym w dużym stopniu na wyznawanej przez ustawodawcę aksjologii wyrażającej się w preferowanej hierarchii dóbr prawnych (zob. L. Gardocki, *O relacji...*, op. cit., s. 131-134; W. Świda, *Prawo...*, op. cit., s. 139-140; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 60). Interesujące jest, że w krytyce idei podziału przestępstw na podstawie ich wagi i wynikającego z niej zagrożenia karą, zjednoczyli się – choć z zupełnie innym uzasadnieniem – przedstawiciele zarówno szkoły normatywnej, dla których doszukiwanie się różnic pomiędzy przestępstwami na materialnej podstawie było nieuzasadnione ze względu na czysto formalne pojmowanie przestępstwa, jak i zwolennicy nurtu naturalistycznego, którzy uważali, że o sankcji powinna decydować wyłącznie osobowość sprawcy, a nie charakterystyka popełnionego czynu, który był jedynie jej symptomem i miał drugorzędne znaczenie (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 63-70).

¹³⁸⁴ Na przykład w procesie francuskim (P. Chrzczonowicz, *Francja*, op. cit., s. 128).

faktycznego¹³⁸⁵. Dotyczy to oczywiście tylko tych przypadków, gdy wynika on z motywu prawnomaterialnego w myśl zasady *minima non curat praetor*. Jednym z podstawowych argumentów podnoszonych za zasadą oportunistu jest właśnie konieczność łagodzenia formalnej definicji przestępstwa, której konsekwencją jest nierealność postulatu przestrzegania zasady legalizmu w sposób bezwzględny. W tym kontekście podkreśla się, że stosowanie represji karnej za czyny błahie miałyby się z celem kary, a nawet mogłoby prowadzić do ujemnych następstw społecznych¹³⁸⁶. W taki sposób uzasadniany jest oportunizm na przykład w nauce i orzecznictwie belgijskim na gruncie wyłącznie formalnej definicją przestępstwa w kodeksie karnym z 1867 r.¹³⁸⁷ Oportunizm procesowy uzasadniany argumentem materialnoprawnym jest charakterystyczny zwłaszcza dla systemu *common law*¹³⁸⁸. W taki pośredni sposób manifestuje się karygodność wszędzie tam, gdzie nie dostrzega się istnienia tej płaszczyzny wartościowania wprost w prawie karnym materialnym.

W polskiej nauce procesu karnego zwraca się uwagę, że skoro ze względów społecznych oraz czysto praktycznych nie można ścigać i osądzać wielkiej liczby czynów formalnie realizujących znamiona typu czynu zabronionego, a społecznie nieszkodliwych lub szkodliwych w stopniu znikomym, to w systemach prawnych przyjmujących formalne ujęcie przestępstwa niezbędny jest mechanizm korygujący odnoszony do czynów o takim właśnie charakterze. Taki oportunizm ma charakter pozorny i nazywany jest oportunizmem niewłaściwym, ponieważ w istocie rzeczy dotyczy takich czynów, które w ogóle nie powinny być uznane za przestępstwa¹³⁸⁹. W przeciwnym razie dochodzi bowiem do naruszenia jednej z podstawowych zasad kryminalizacji, tj. zasady proporcjonalności. Inną poważną jego wadą jest uznaniowość decyzji o ściganiu lub odstąpieniu od ścigania, tym bardziej, że najczęściej jest ona pozostawiana organom pozasądowym, co z kolei narusza zasadę równości wobec

¹³⁸⁵ S. Waltoś określeniem „oportunizm faktyczny” posługuje się w odniesieniu do rozstrzygnięć odwoływających się do znikomej społecznej szkodliwości (niebezpieczeństwa) czynu, traktowanej jednak instrumentalnie jako fasada dla zaniechania ścigania rzeczywistych przestępstw z przyczyn personalnych: układów środowiskowych, zasług i pozycji sprawcy itp. Ten rodzaj dewiacji procesowej nie jest nieuchronnym następstwem materialnej definicji przestępstwa, lecz może występować w każdym systemie uznającym zasadę legalizmu (S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 304). Pisząc o oportunizmie faktycznym nie mam na myśli tego rodzaju przejawów stronniczości organów procesowych, ale motywowany przekonaniem o subliminalnej ujemnej treści społecznej mechanizm korygujący, praktykowany pomimo braku upoważniających do tego przepisów proceduralnych. Nie jest on obcy nawet tym systemom prawnym, w których wyraźnie stwierdza się brak przestępczości czynów społecznie szkodliwych w stopniu znikomym.

¹³⁸⁶ Zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1971, s. 269; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2001, s. 121; K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998, s. 55.

¹³⁸⁷ Zob. A. Wąsek, *Wprowadzenie do belgijskiego prawa karnego*, Lublin 1994, s. 73-75.

¹³⁸⁸ M. Filar, *Podstawowe pojęcia i instytucje prawa karnego materialnego*, [w:] *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, op. cit., s. 24.

¹³⁸⁹ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie...*, op. cit., s. 127; M. Cieślak, *Polska...*, op. cit., s. 269.

prawa. Zasada ta ma niewątpliwie pierwszorzędne znaczenie, zwłaszcza gdy chodzi o reakcję karną, która ze swej istoty wiąże się z najdalej idącymi dolegliwościami dotyczącymi podstawowych dóbr jednostki, w tym jej godności¹³⁹⁰.

Słusznie więc polski ustawodawca co do zasady utrzymał w kodeksie karnym z 1997 r. formalno-materialne ujęcie przestępstwa¹³⁹¹, wprowadzone wprost do polskiego prawa karnego przez art. 1 kodeksu karnego z 1969 r.¹³⁹², nie decydując się na powrót do tradycji wyłącznie formalnego określenia przestępstwa, w którą wpisywał się kodeks karny z 1932 r.¹³⁹³ Element materialny w definicji przestępstwa został wprowadzony do polskiego prawa

¹³⁹⁰ Nawet tam gdzie utrwalona jest formalna definicja przestępstwa pojawiają się wypowiedzi autorytatywnych przedstawicieli doktryny wskazujące na przewagę, z dogmatycznego oraz gwarancyjnego punktu widzenia, materialnego ujęcia przestępstwa nad procesowym oportunizmem (C. Roxin, *Zur systematischen Einordnung des § 42 StGB. Festschrift für F. Paladin*, Wien 1990, s. 345 i nast.; cyt. za: R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 85).

¹³⁹¹ Na temat mieszanego charakteru definicji przestępstwa w obowiązującym prawie polskim zob. J. Majewski, *Materialny element przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*, PS 1996, z. 6, s. 85-86.

¹³⁹² Powołany przepis miał następujące brzmienie: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuszcza się czynu społecznie niebezpiecznego, zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”. Ponadto, zgodnie z artykułem 26 § 1 kodeksu, nie stanowił przestępstwa czyn, którego społeczne niebezpieczeństwo było znikome. Pierwszym zawierającym materialną definicję przestępstwa aktem normatywnym obowiązującym w Polsce był kodeks karny RSFR z 1926 r., który w latach 1944-1945 był stosowany na obszarach zajmowanych przez Armię Czerwoną (zob. A. Lityński, *Od Rzeczypospolitej szlacheckiej do Rzeczypospolitej Ludowej. Studia z dziejów prawa karnego*, Tychy 2005, s. 148-149). Po zakończeniu działań wojennych przywrócono obowiązywanie polskiego kodeksu karnego z 1932 r., a wraz z nim formalnej definicji przestępstwa zawartej w art. 1. Formalnym ujęciem przestępstwa posługiwało się również nowe ustawodawstwo, np. kodeks karny Wojska Polskiego czy też tzw. mały kodeks karny. Zwiastunem zmiany w sposobie określenia przestępstwa przez ustawodawstwo PRL był przepis art. 54¹ wprowadzony do kodeksu postępowania karnego z 1928 r. nowelizacją z 27 kwietnia 1949 r., zgodnie z którym prokurator mógł umorzyć śledztwo, jeżeli wniesienie aktu oskarżenia do sądu byłoby niecelowe ze względu na znikomą szkodliwość społeczną czynu. Jakkolwiek przepis ten traktowano przede wszystkim jako przejaw zasady oportunizmu (zob. *Uzasadnienie rządowe do projektu zmiany kodeksu postępowania karnego*, DPP 1949, z. 6-7, s. 9; S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Uzupełnienie*, Warszawa 1949, s. 21; W. Daszkiewicz, *Oskarżyciel w polskim procesie karnym*, Warszawa 1960, s. 223), to jednak reprezentowany był też pogląd, że wprowadza on do polskiego systemu prawa karnego materialne określenie przestępstwa (tak L. Lernell, *Założenia ideologiczne reformy procedury karnej [referat wygłoszony na Krajowej Naradzie Aktywu Sądowo-Prokuratorskiego]*, DPP 1949, z. 6-7, s. 37). W kolejnych nowelizacjach tego przepisu „społeczną szkodliwość” czynu przemianowano na jego „społeczne niebezpieczeństwo” (nowela z 20 lipca 1950 r.), a umorzenie postępowania na tej podstawie stało się obligatoryjne (dekret z 21 grudnia 1955 r. o zmianie przepisów postępowania karnego [Dz. U. Nr 46, poz. 309]). Już w latach pięćdziesiątych XX w. w doktrynie i orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalilo się stanowisko, że omawiana regulacja ma charakter materialnoprawny, w związku z czym, mimo formalnej definicji przestępstwa w obowiązującym art. 1 kodeksu karnego z 1932 r., przyjmowano, że przestępstwem jest czyn społecznie niebezpieczny (zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 53-54; I. Andrejew, *Nowy...*, op. cit., s. 27).

¹³⁹³ Tradycję czysto formalnej definicji przestępstwa w polskim prawie karnym rozpoczęła pierwsza jego kodyfikacja, już z czasów rozbiorów, tj. Kodeks Karzący Królestwa Polskiego z 1818 r., z tym że aspekt materialny czynu („niebezpieczeństwo”) brany był pod uwagę jako jedna z naczelnych dyrektyw karania (S. Śliwiński, *Kodeks Karzący Królestwa Polskiego [1818 r.]. Historia jego powstania i próba krytycznej analizy*, Warszawa 1958, s. 295-296 i 348; cyt. za: R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 23). Formalnie definiowano też przestępstwo w ustawodawstwie obowiązującym na ziemiach polskich w okresie rozbiorów (na przykład w rosyjskim kodeksie karnym z 1903 r. [tzw. Kodeks Tagancewa] przestępstwo określono jako czyn zakazany przez ustawę w czasie jego popełnienia pod groźbą kary). Za formalną definicją przestępstwa opowiadali się m. in. R. Hube (R. Hube, *Ogólne...*, op. cit., s. 11) i E. Krzymuski (zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 26).

karnego, podobnie jak i systemów prawnych innych państw bloku komunistycznego, pod wpływem rozwiązań ustawodawstwa karnego ZSRR¹³⁹⁴, te zaś miały swe źródło w zapoczątkowanym w okresie formowania się władzy bolszewickiej traktowaniu prawa karnego jako narzędzia eliminacji wrogów politycznych oraz budowania reżimu rewolucyjnego¹³⁹⁵.

Mimo takiego niezachęcającego rodowodu mieszanej definicji przestępstwa trzeba uznać jej uniwersalną przydatność¹³⁹⁶, ponieważ – w przeciwieństwie do definicji formalnej –

¹³⁹⁴ Zob. A. Marek, *Stopień...*, op. cit., s. 24-28; R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 13 i 35.

¹³⁹⁵ Tak wprost wprost cele prawa karnego określał ludowy komisarz sprawiedliwości Rosyjskiej Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Radzieckiej P. Stuczka (zob. A. Bosiacki, *Utopia*, op. cit., s. 218). Komunistyczne prawo karne opierało się na przejętym od K. Marksa i F. Engelsa założeniu, że przestępczość jest wynikiem klasowego ustroju państwa. Walka z przestępczością w istocie rzeczy jest więc walką z „przestępczym” ustrojem, do którego to celu użyteczna jest materialna definicja przestępstwa, pozwalająca traktować prawo karne jako elastyczny instrument represji, uwzględniający przede wszystkim niebezpieczeństwo, jakie określona osoba stwarza dla władzy i narzucanego społeczeństwu ustroju (zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 36). Wydaje się, że oprócz tej teoretycznej podbudowy na ukształtowanie się materialnego pojmowania przestępstwa wpływ mogła mieć też praktyka sądzenia, zwłaszcza w tzw. procesach pokazowych, prowadzonych już od początku 1918 r., które w zamyśle miały zwracać uwagę obywateli na kierunki działania władz oraz stanowić swoisty środek wychowawczy. Z braku sprecyzowanych reguł zarówno czyny podlegające karze, jak i sam wymiar kary, traktowano w nich z dużą dowolnością. Nie było to zresztą wynikiem tylko i wyłącznie niedostatków legislacyjnych, organizacyjnych i kadrowych tworzącego się rewolucyjnego aparatu sądowego: *usus* jako źródło represji karnej miał swoje ideologiczne uzasadnienie. P. Stuczka wprost twierdził, że „rewolucja karze i ułaskawia swoich wrogów nie w drodze praw pisanych i nie za pomocą przyjętych ustaw” (zob. A. Bosiacki, *Utopia*, op. cit., s. 164). M. Kozłowski snuł fantastyczne wizje, że w społeczeństwie bezklasowym nie będzie żadnego ustawodawstwa, ale „bez jakichkolwiek ustaw, bez szczególnych reguł uzbrojony lud walczył będzie ze swoimi przeciwnikami” (zob. ibidem, s. 128). Kluczowy dla dalszego rozwoju prawa radzieckiego, opracowany przez P. Stuczkę z udziałem samego Lenina, Dekret o sądzie nr 1 z 24 listopada 1917 r. dopuścił orzekanie przez sądy na podstawie „ustaw obalonych rządów”, które nie zostały zniesione przez rewolucję, ale tylko o tyle, o ile „nie sprzeciwiają się rewolucyjnemu sumieniu i rewolucyjnej świadomości prawnej” (ibidem, s. 104). Nihilizm właściwy bolszewickiemu podejściu do prawa, bieżące potrzeby wynikające z traktowania represji karnej jako narzędzia walki rewolucyjnej, brak prawniczego wykształcenia nowego aparatu sądowego, w końcu wyprzedzający rewolucję wpływ koncepcji pozytywizmu naturalistycznego na rosyjską naukę prawa, to czynniki, które łącznie stworzyły grunt dla materialnego sposobu pojmowania przestępstwa w sowieckim systemie prawnym. Po raz pierwszy taką definicję zawarto w artykule 5 *Przewodnich zasad prawa karnego RFSRR* z 12 grudnia 1919 r. (uchwała Ludowego Komisariatu Sprawiedliwości z 12 grudnia 1919 r. [*Rukodwodjaszczije nacziala po ugołownemu prawu RSFR, SuiRRiKP* 1919, nr 66, poz. 590]), w którym przyjęto, że przestępstwo stanowi czyn albo zaniechanie, niebezpieczne dla danego systemu stosunków społecznych, powodujące konieczność walki władzy państwowej z osobami popełniającymi takie przestępstwa albo dopuszczającymi się takiego zaniechania (zob. A. Bosiacki, *Utopia*, op. cit., s. 228-231).

¹³⁹⁶ Pod warunkiem uwzględnienia kilku istotnych zastrzeżeń. Pierwsze dotyczy konieczności zastąpienia dotychczasowych konkretyzacji materialnego aspektu przestępstwa opartych na ideologii narzucanej społeczeństwu przez władze PRL-u aksjologią właściwą dla demokratycznego państwa prawnego, co również wyeksponowano w uzasadnieniu projektu kodeksu karnego z 1997 r. Po drugie, ujemny ładunek społeczny czynu nie może stanowić samoistnej podstawy karalności, a służyć ma jedynie ograniczeniu zakresu zachowań karanych w myśl zasady *nullum crimen sine periculo sociali*. Po trzecie, aspekt materialny nie może zdominować formalnego wymiaru przestępstwa także w drugim kierunku. Jak to słusznie wyeksponowano w uzasadnieniu projektu kodeksu karnego z 1997 r., ocena społecznej szkodliwości określonych kategorii zachowań należy wyłącznie do ustawodawcy, wobec czego szkodliwość ta nie podlega dowodzeniu w postępowaniu karnym (zob. *Uzasadnienie rządowego projektu nowego Kodeksu karnego...*, op. cit., s. 117-118). Sąd nie może dokonywać wstępnej oceny określonej normy sankcjonującej w kontekście materialnej treści abstrakcyjnych zachowań w niej opisanych, rozróżnić trzeba więc abstrakcyjny aspekt społecznej szkodliwości jako ideologicznej deklaracji kierowanej do ustawodawcy od konkretno-indywidualnego wartościowania jako

uwzględnia ona jeden z niezbędnych etapów prawnokarnego wartościowania prowadzącego do stwierdzenia, że konkretne ludzkie zachowanie jest przestępstwem. Procesowy oportunizm nie rozwiązuje problemu z prawnokarną oceną czynów formalnie stypizowanych jako przestępstwo, lecz zbyt błahych by wymierzać za nie karę, a jedynie go przysłania, pomijając fakt, że w znacznej części przypadków, w których ściganie w praktyce nie następuje, przyczyny odstąpienia od niego mają w rzeczywistości charakter materialnoprawny, a nie procesowy. Rozwiązania sytuacji rozminięcia się decyzji legislacyjnej z faktycznym poziomem ujemnej społecznej zawartości konkretnego czynu nie dostarczy również odwołanie się do bezprawności rozumianej jako zamach na dobro prawne¹³⁹⁷. Czyny społecznie szkodliwe w stopniu znikomym godzą w dobra prawne, naruszając przy tym społecznie uznane reguły postępowania z nimi, i są w związku z tym bezprawne. Z tego powodu dzierżycielom zaatakowanych dóbr przysługują względem sprawców takie środki ochrony, jak obrona konieczna czy dozwolona samopomoc. Czyny te niewątpliwie stanowią też denotację zachowań opisanych w ustawie jako karalne. Jedyne co odróżnia je od pozostałych czynów bezprawnych i karalnych, to fakt, że ich ujemna treść społeczna nie uzasadnia wymierzenia ich sprawcom potępiającej dolegliwości właściwej dla prawa karnego. Z tych wszystkich powodów podzielić należy dominujące we współczesnej polskiej nauce prawa karnego¹³⁹⁸ stanowisko akceptujące decyzję polskiego ustawodawcy o wprowadzeniu do struktury przestępstwa materialnego progu społecznej szkodliwości indywidualno-konkretnego czynu¹³⁹⁹.

Myśl, że w pewnych sytuacjach zachowania formalnie kryminalizowane, mogą nie zawierać materialnej treści niezbędnej do uznania za przestępstwo, nie jest obca także poza dawną strefą wpływów ustawodawstwa i doktryny radzieckiej. Widoczne jest to zwłaszcza w systemach prawa karnego anglosaskiej kultury prawnej. Na przykład w prawie karnym

elementu struktury przestępstwa (cechy czynu). Uwypuklono to pomijając odniesienia do społecznej szkodliwości w przepisie art. 1 § 1 obecnie obowiązującego kodeksu karnego i pozostawiając w kodeksie wyłącznie regulację korektywną stwierdzającą, że nie stanowi przestępstwa czyn społecznie szkodliwy w stopniu znikomym (zob. A. Marek, *Prawo karne. Część ogólna*, Bydgoszcz 1997, s. 87-88). Na marginesie trzeba zauważyć, że polski ustawodawca nie był w tym zabiegu legislacyjnym konsekwentny, nie dokonał bowiem analogicznej modyfikacji w art. 1 § 1 k.w., a do tego wprowadził abstrakcyjne odniesienie do społecznej szkodliwości w nowej kodyfikacji prawa karnego skarbowego (art. 1 § 1 k.k.s.)

¹³⁹⁷ Tak S. Śliwiński, *Polskie...*, op. cit., s. 137-145.

¹³⁹⁸ Przeciwno mieszanej definicji przestępstwa wypowiadali się nieliczni autorzy, np. G. Rejman (G. Rejman [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 1419-1420) oraz W. Osiatyński (W. Osiatyński, *O zbrodniach i karach*, Poznań 2003, s. 189).

¹³⁹⁹ Odmiennie rozstrzygnięto tę kwestię w większości byłych państw socjalistycznych, gdzie albo całkowicie zrezygnowano z materialnego ujęcia przestępstwa (np. w Czechach, Chorwacji, Estoni i Łotwie), albo (np. na Węgrzech i w Słowacji) przekształcono je w procesową instytucję pozwalającą wyłączyć karanie za drobne przestępstwa (zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 78).

angielskim obowiązuje zasada minimalnej kryminalizacji, zgodnie z którą można uznać pewne czyny za przestępstwa wyłącznie wtedy, gdy jest to niezbędne. Oprócz powodów praktycznych, odwołujących się do oportunizmu, takich jak np. wydolność systemu penitencjarnego, zasadę tę uzasadnia się także tym, że nadmierna kryminalizacja może zamazywać społeczny przekaz prawa karnego, które ma wskazywać, które czyny są na tyle szkodliwe¹⁴⁰⁰, że konieczne jest stosowanie kar kryminalnych¹⁴⁰¹. Ma to ścisły związek z faktem, że system angielskiego prawa karnego przepojony jest ideą ekonomii kary, w czym widoczny jest wpływ J. Benthama, który podłożył pod niego podwaliny¹⁴⁰². Z punktu widzenia filozofii Benthama realizacja w ramach prawa karnego naczelnej dyrektywy postępowania ludzkiego, jaką jest zasada użyteczności, opiera się właśnie na proporcjonalności kary do szkody wyrządzonej przez przestępstwo, przy czym podstawowym i bezpośrednim następstwem przestępstwa jest tzw. szkoda wtórna, polegająca na pokrzywdzeniu całego społeczeństwa poprzez „cierpienie” (obawę ponoszenia szkody pierwotnej polegającej na bezpośrednim pokrzywdzeniu konkretnych osób) oraz „niebezpieczeństwo” (rozumiane jako prawdopodobieństwo ponoszenia szkody pierwotnej)¹⁴⁰³.

Korektywny, materialnoprawny sens braku lub nieistotności szeroko rozumianej szkody wyrządzonej przez czyn można dostrzec także w amerykańskim *Model Penal Code* z 1962 r., gdzie przewidziano, że sąd odrzuci oskarżenie w sytuacji, gdy czyn nie wyrządził w ogóle szkody lub zła, albo wyrządził je w stopniu zbyt blahym by uzasadniało to skazanie, a także gdy ujawnią się inne okoliczności (łagodzące), które nie mogły być rozsądnie uznane i przewidziane przez ustawodawcę przy kryminalizacji¹⁴⁰⁴.

Jeżeli chodzi o systemy prawne rodziny kontynentalnej, to pomimo dominacji formalnej definicji przestępstwa, reakcję karnoprawną z reguły uzasadnia się tam materialną treścią przestępstwa, np. w doktrynie niemieckiej przestępstwo definiuje się jako karygodne bezprawie¹⁴⁰⁵, przy czym element karygodności odnosi się do wywodzącego się jeszcze od

¹⁴⁰⁰ Ten materialny element czynu określany jest w literaturze z reguły jako *harmful nature of the prohibited event* i wiązany jest z pogorszeniem sytuacji jednostki lub ogółu w kontekście ich interesów (zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 87 i literatura tam powołana).

¹⁴⁰¹ J. Bojarski, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości Anglii i Walii*, [w:] *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, op. cit., s. 225.

¹⁴⁰² Zob. S. Frankowski, *Anglia*, [w:] *Prawo karne niektórych państw...*, op. cit., s. 277-278.

¹⁴⁰³ Zob. J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa* [tyt. oryg. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*], tłum. B. Nawroczyński, Warszawa 1958 [wyd. oryg. London 1789], passim.

¹⁴⁰⁴ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 96.

¹⁴⁰⁵ *Die Straftat ist strafwürdiges Urecht* (podaję za: P. Girdwoyń, *Republika Federalna Niemiec*, [w:] *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, op. cit., s. 225).

F. Liszta pojęcia materialnego bezprawia, związanego z naruszeniem dobra prawnego jako składnika systemu społecznego, co zbliża sposób jego rozumienia do polskiego pojęcia „społecznej szkodliwości”¹⁴⁰⁶. Materialnoprawne podłoże przestępstwa eksponowane jest też we Francji, Belgii, Holandii, Danii, Szwecji, Finlandii, Włoszech i Szwajcarii¹⁴⁰⁷. Wszędzie tam istnieją regulacje uzależniające natężenie reakcji karnej od ujemnego ładunku społecznego czynu, najczęściej usytuowane wśród dyrektyw wymiaru kary albo okoliczności wyłączających karalność¹⁴⁰⁸. Z kolei włoski kodeks karny, również stojąc na gruncie formalnej definicji przestępstwa, wprowadza elementy materialne warunkujące przestępność czynu za pomocą licznych przepisów części szczególnej oraz ustaw pozakodeksowych, które uchylają ją w odniesieniu do określonego typu, jeżeli nie ma on charakteru „ciężkiego przypadku”¹⁴⁰⁹. W wielu krajach stosowanie regulacji procesowych dopuszczających oportunizm obejmuje także wartościowanie karygodności czynu, choć ocena celowości ścigania z reguły nie sprowadza się, rzecz jasna, tylko do tego elementu, ale uwzględnia również kwestie ogólnego- i indywidualnoprzewencyjne oraz ekonomiczne (koszt pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej).

2.5. Materialne ujęcie przestępstwa w demokratycznym państwie prawnym

Materialne ujęcie przestępstwa jako czynu antyspołecznego – wbrew tezom formułowanym w nauce prawa karnego państw socjalistycznych – nie zostało zapoczątkowane w tej formacji ustrojowej¹⁴¹⁰. W historii prawa karnego kara kryminalna zawsze miała podstawę materialną, choćby wyrażoną w sposób formalny¹⁴¹¹. Do kryterium interesu społeczeństwa odwoływały się na przykład polskie sądy w XVIII w., które traktowały przestępstwo jako „naruszenie prawa natury i związku społeczeństwa ludzkiego”¹⁴¹². Materialna definicja określająca przestępstwo jako czyn naruszający nie tylko „osobę króla lub samowładność i całość państwa”, ale zarazem również „spokojność i bezpieczeństwo narodu” znalazła się w ostatecznie odrzuconym przez Sejm Zbiorze praw

¹⁴⁰⁶ Ibidem, s. 226-228.

¹⁴⁰⁷ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 81.

¹⁴⁰⁸ Ibidem, s. 81-82.

¹⁴⁰⁹ M. Filar, *Włochy*, [w:] *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, op. cit., s. 175.

¹⁴¹⁰ Zob. A. Krukowski, *Spoleczna...*, op. cit., s. 7; I. Andrejew, *Beccaria czytany dziś*, NP 1965, z. 3, s. 65.

¹⁴¹¹ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 21.

¹⁴¹² Ibidem.

sądowych (tzw. Kodeksie Andrzeja Zamojskiego) z 1778 r.¹⁴¹³, a także w opracowanych przez J. Szymanowskiego zasadach do księgi kryminalnej tzw. Kodeksu Stanisława Augusta Poniatowskiego, którego w pełnej postaci nie zdołano przygotować. Element materialny przestępstwa J. Szymanowski widział w spowodowaniu społecznej szkody, stwierdzając, że „krzywda, czyli szkoda którą uczynek prawem zakazany przynosi społeczności, jest miarą oznaczającą rodzaj i wielkość przestępstwa”¹⁴¹⁴.

Po tragicznych doświadczeniach XX wieku, kiedy to ideą materialnego ujęcia przestępstwa posłużono się w państwach totalitarnych dla uzasadnienia zinstytucjonalizowanego terroru państwowego, pierwszorzędne znaczenie ma przywrócenie pojęciu społecznej szkodliwości czynu właściwego otoczenia ideologicznego humanitarnej myśli Oświecenia, z którego ono wyrosło¹⁴¹⁵. Uwolni to omawianą płaszczyznę prawnokarnego wartościowania od bieżącej aksjologii i potrzeb politycznych poszczególnych grup społecznych, w szczególności tych, które sprawują władzę¹⁴¹⁶, zwiąże ją natomiast z ponadczasową zasadą bytu państwa jako wyrazu woli narodu¹⁴¹⁷. Z kolei rozwiązanie wspomnianego dylematu Cyserona, który – w przekładzie na język współczesnego ewolucjonizmu – wyraża podatność demokracji na inwazję ze strony wewnętrznych sabotażystów, jest możliwe przy uwzględnieniu w pojęciu demokratycznego państwa prawnego materialnych elementów prawnoczułowieczych¹⁴¹⁸ oraz koncepcji suwerenności narodu R. Carré de Mahlberga, w myśl której naród nie jest utożsamiany z ogółem obywateli

¹⁴¹³ Ibidem, s. 21-22.

¹⁴¹⁴ Ibidem, s. 22-23.

¹⁴¹⁵ R. Zawłocki, wskazując na daleko idące podobieństwo pomiędzy pozytywistyczno-antropologiczną koncepcją prawa karnego społecznego niebezpieczeństwa sprawcy, a sposobem ujęcia materialnej podstawy odpowiedzialności w pierwszych rewolucyjnych aktach radzieckiego prawa karnego, jak również na – dostrzeżony przez A. Krukowskiego – fakt dużego zainteresowania włoską szkołą pozytywną w doktrynie rosyjskiej krótko przed obaleniem caratu, skonkludował, że „ojcem obecnej w polskim prawie karnym «społecznej szkodliwości czynu» jest, co prawda, Cesare, ale Lombroso, a nie Beccaria” (R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 29; A. Krukowski, *Społeczna...*, op. cit., s. 25). Już w 1936 r. W. Wolter podkreślał, że punktem centralnym w kierunku przewencyjnym (ochrony społecznej), reprezentowanym m. in. przez ustawodawstwo Rosji sowieckiej, jest „niebezpieczny sprawca” (W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 67).

¹⁴¹⁶ Taki instrumentalny charakter miała zwłaszcza radziecka koncepcja społecznej istoty przestępstwa upatrująca jej w niebezpieczeństwie dla klasy panującej (M. M. Isajew [w:] *Prawo...*, red. A.A. Giercenzon, op. cit., s. 251).

¹⁴¹⁷ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 17.

¹⁴¹⁸ J.S. Mill zauważył, że demokracja nie oznacza rządów większości, ale rządy większości z poszanowaniem praw mniejszości (M. Zmierzak, *Koncepcja państwa prawnego jako ograniczenie władzy narodu*, [w:] *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2006, s. 78). Ten kierunek nie jest zresztą niczym nowym – już Ateńczycy, którzy wprowadzili pojęcie demokracji, rozumieli ją nie jako „rządy ludu” w wyabstrahowaniu od ich charakteru, ale jako państwo, w którym ludzie nie są rządzani w despotyczny sposób. Demokracja w swej genezie była więc ideą wolności politycznej i respektowania godności ludzkiej (K. Popper, *Przedmowa do czytelnika polskiego*, [w:] *Społeczeństwo otwarte i jego wrogowie*. t. 1. Urok Platona [tyt. oryg. *The Open Society and Its Enemies*. Vol. I, *The Spell of Plato*], tłum. H. Krahelska, Warszawa 2006 [wyd. oryg. Routledge 1945], s. 11).

żyjących *hic et nunc*, ale stanowi abstrakcyjną jedność, łączącą wszystkie pokolenia, także przeszłe i przyszłe¹⁴¹⁹. Liberalne rozumienie narodu jako związku jednostek, a nie abstrakcyjnego bytu usytuowanego ponad nimi, prowadzi do koncepcji demokratycznego państwa prawnego jako formuły ograniczającej suwerenność, zarówno organu przedstawicielskiego, jak i samego narodu-suwerena kreowanego przez większość spośród osób aktualnie korzystających z czynnego prawa wyborczego. Suwerenność ludu nie jest w tej koncepcji samoobejmująca i nie uprawnia do ustanowienia dyktatury, zaś granicę dla władzy prawodawczej wyznaczają prawa jednostki¹⁴²⁰.

Przytoczony kontekst pozwala zrozumieć na czym polega błąd stanowisk zakładających, że rozpoznanie ujemnej treści czynu zawsze następuje z perspektywy aksjologii przyjętej przez prawodawcę, choćby wiązało się to z narzuceniem woli mniejszości reszcie społeczeństwa, lub odwrotnie¹⁴²¹. Akceptacja stanowiska, że to władza dekretuje określoną materialną treść przestępstwa właściwie pozbawiłaby pojęcie społecznej szkodliwości czynu materialnego charakteru. Stałoby się ono bowiem w ten sposób jedynie kolejnym wewnątrzsystemowym składnikiem wartościowania prawnokarnego – klauzulą generalną¹⁴²² uelastyczniającą, dynamizującą¹⁴²³, rozszerzającą albo wręcz zastępującą formalną definicję przestępstwa¹⁴²⁴ – i niczym więcej.

Na obecnym etapie cywilizacyjnego rozwoju społeczności globalnej za uniwersalny i obiektywny sposób rozumienia materialnej treści przestępstwa można uznać ten, który odwołuje się do aksjologii demokratycznego państwa prawnego jako ustroju politycznego urzeczywistniającego prawo do wolności i godności każdego człowieka. Z góry odrzucić należy potencjalny zarzut sprzeczności wyboru takiego układu odniesienia, jako uniwersalnego i niepodważalnego, z wielokrotnie podkreślaną w tej rozprawie daleko

¹⁴¹⁹ M. Zmierzczak, *Koncepcja...*, op. cit., s. 79.

¹⁴²⁰ Ibidem, s. 79-88.

¹⁴²¹ Obiektywny charakter społecznej szkodliwości, którego wyznacznikiem są realne wartości społeczne oraz rzeczywisty wpływ określonych zachowań lub ich kategorii na stan tych wartości, w pewnym stopniu uniezależnia tę kategorię od bieżących potrzeb i ocen. Umożliwia to np. kryminalizację społecznie szkodliwych zachowań, które nie są w ten sposób odbierane w opinii społecznej. Ujemne wartościowanie opiera się bowiem na społecznej szkodliwości czynu, a nie na społecznym odczuciu jego szkodliwości (zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 105).

¹⁴²² Zob. A. Strzembosz, *Klauzule generalne w projekcie kodeksu karnego (redakcja z grudnia 1991 r.)*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora M. Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 96.

¹⁴²³ Tak, jak np. w późniejszym prawie radzieckim, w którym – po wprowadzeniu zasady ustawowej określoności do kodeksu karnego RSFR z 27 października 1960 r. – zgodnie z art. 6 kodeksu postępowania karnego z tej samej daty sąd lub prokurator mógł umorzyć postępowanie karne, jeżeli do chwili rozpoznania sprawy „czyn popełniony przez sprawcę stracił na skutek zmiany okoliczności charakter czynu społecznie niebezpiecznego” (zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 43-45).

¹⁴²⁴ Co w zależności od jej kierunku może naruszać albo zasadę *nullum crimen sine lege* albo zasadę równości wobec prawa.

idącą niejednorodnością społecznej aksjologii i wynikającym z niej zróżnicowaniem, nieraz skrajnym, wartościowania takich samych czynów w różnych kulturach. Nie popadając w naiwny progresywizm, można jednak przyjąć, że rozwój złożoności społecznej, w sensie ewolucji ogólnej, zmierza w kierunku coraz lepszego i coraz bardziej egalitarnego poszanowania tych właśnie wartości, jako podłoża efektywnej kooperacji społecznej. Znajduje to swoje wyjaśnienie w obiektywnych prawach przyrody, w tym biologicznie ukształtowanych właściwościach natury ludzkiej.

Karygodność w demokratycznym państwie prawnym oznacza więc coś zasadniczo odmiennego, niż pojmowanie – jak to ujął Komisarz Sprawiedliwości RSFR D. Kurski – przestępstwa jako „zjawiska niebezpiecznego dla ustroju, którego bronimy”¹⁴²⁵. Układem odniesienia dla ujemnej oceny społecznej treści czynu nie jest określony ustrój polityczny, ale realne stosunki społeczne oparte na poszanowaniu wolności i godności każdego człowieka bez wyjątku oraz instytucje prawne służące ochronie i rozwijaniu tych wartości. Odmienne niż marksizm, uznający że prawo karne służy przede wszystkim ochronie interesów klasy społecznej będącej u władzy¹⁴²⁶, współczesny ewolucjonizm nie implikuje, że punktem wyjścia do społecznego wartościowania ludzkich zachowań jest konflikt i przeciwstawienie sobie interesów poszczególnych grup społecznych, albo jednostki i ogółu traktowanego jako wartość nadrzędna, pozwala natomiast podstaw tej oceny doszukiwać się w harmonijnej kooperacji społecznej opartej na poszanowaniu i równoważeniu interesów wszystkich członków społeczeństwa. Odwołujące się do społecznej szkodliwości jako zagrożenia dla zbioru indywidualnych interesów równoprawnych obywateli materialne ujęcie przestępstwa, określane w polskiej literaturze prawa karnego solidarystycznym¹⁴²⁷, stanowi kontynuację oświeceniowego humanizmu Monteskiusza i Beccari. Koncepcja ta była wypowiedziana w literaturze państw Europy Zachodniej po II wojnie światowej, nie wywołała tam jednak szerszego odzewu i nie wpłynęła na kształt regulacji prawnych. Nawiązuje natomiast do niej konstrukcja materialnej definicji przestępstwa w polskim kodeksie karnym z 1997 r.¹⁴²⁸ Jej twórcy w uzasadnieniu projektu zastrzegli: „Nowe prawo karne musi przyjąć nową aksjologię odpowiadającą demokratycznemu państwu prawa, w którym prawo karne służy ochronie systemu

¹⁴²⁵ Zob. I. Andrejew, J. Sawicki, *Istota przestępstwa w Polsce Ludowej. Kilka uwag z zakresu teorii prawa karnego*, Warszawa 1949, s. 60.

¹⁴²⁶ Zob. szerzej na ten temat A. Ratajczak, *Zarys prawa karnego. Część ogólna. Zagadnienia wstępne i nauka o ustawie karnej*, Poznań 1971, s. 5-6.

¹⁴²⁷ Zob. A. Krukowski, *Spoleczna...*, op. cit., s. 84.

¹⁴²⁸ Zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 76-77 i literatura tam powołana.

podstawowych wartości i nie jest przede wszystkim instrumentem polityki grupy aktualnie sprawującej władzę”¹⁴²⁹. Oparcie sądowej korekty decyzji prawodawczych na układzie odniesienia, którego podstawą są wartości wynikające z zasad demokratycznego państwa prawnego, zasad sprawiedliwości społecznej oraz praw i wolności obywatelskich mających swe źródło w przyrodzonej godności człowieka, nie tylko zapobiega niebezpieczeństwu pogwałcenia zasady równości wobec prawa oraz realizacji przez prawo karne jego funkcji ochronnej, ale wręcz sprzyja ich urzeczywistnieniu. Dzięki uwzględnieniu w strukturze przestępstwa obiektywnego elementu materialnego, formalna równość wobec prawa uzyskuje głębszy sens, stając się równością względem wartości społecznych.

Jak już wspomniano, karygodność z perspektywy zasady *do ut des* przedstawia się jako miara sprawiedliwej odpłaty za konkretny czyn, w czym mieści się też stwierdzenie, że zasługuje on na wymierzenie jakiegokolwiek dolegliwości¹⁴³⁰. Idea sprawiedliwości wykazuje ścisły i wielowymiarowy związek właśnie z zasadą wzajemności, o czym świadczą chociażby przytoczone wcześniej myśli pitagorejczyków czy Spinozy. Jest oczywiste, że pojęcie sprawiedliwości odnosi się nie do pojedynczych osób, ale do relacji w zbiorach jednostek, a jego pierwotne zastosowania zawsze stanowią ocenę sposobu rozdzielania wśród jednostek dóbr lub ciężarów, albo wyrównywania skutków podziału, który faktycznie został dokonany, a jest oceniany jako niesprawiedliwy¹⁴³¹. Pochodne zastosowania pojęcia sprawiedliwości (sprawiedliwy lub niesprawiedliwy człowiek lub proces, sprawiedliwie lub niesprawiedliwie oskarżony itp.) dają się zaś wyjaśnić jedynie poprzez odwołanie do podstawowego zastosowania sprawiedliwości do podziału i odszkodowań¹⁴³².

Ścisły związek pojęcia sprawiedliwości z wymianą dostrzegł Arystoteles, podkreślając, że ta ostatnia była źródłem powstania ludzkiej wspólnoty, jednakże by była ona możliwa, konieczne było znalezienie wspólnej miary, dzięki której można było wyrównać naturalne różnice pomiędzy jednostkami wspólnotę tworzącymi¹⁴³³. Sprawiedliwość dla Stagiryty była więc ściśle związana z równością¹⁴³⁴. Struktura idei sprawiedliwości jest złożona i składa się z dwóch części: stałego rysu, podsumowanego w maksymie „Traktuj podobne przypadki tak samo” oraz różnicującego kryterium używanego do określenia kiedy i z uwagi na jaki cel

¹⁴²⁹ Uzasadnienie rządowego projektu nowego Kodeksu karnego..., op. cit., s. 116.

¹⁴³⁰ Tak słusznie R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 255-257.

¹⁴³¹ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 216.

¹⁴³² Ibidem.

¹⁴³³ Zob. D. Chakrabarty, *Prowincjonalizacja...*, op. cit., s. 64-65 i 332.

¹⁴³⁴ Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 5, *Polityka* [tyt. oryg. *Πολιτικά*], tłum. L. Piotrowicz, Warszawa 2002, s. 87-88.

przypadki są podobne bądź różne (standard istotnego podobieństwa)¹⁴³⁵. Właśnie ta fundamentalna równorzędność uczestników wymiany, podziału lub wyrównania jest immanentnym składnikiem zarówno zasady wzajemności, jak i idei sprawiedliwości¹⁴³⁶.

Przekonująca wydaje się hipoteza, że podłożem umożliwiającym wykształcenie się idei równości było to, że różnice występujące pomiędzy ludźmi w zakresie siły fizycznej, zwinności, a przede wszystkim zdolności intelektualnych, nie są na tyle duże, by ktokolwiek był zdolny samodzielnie zdominować innych lub ich sobie trwale podporządkować, co wobec ograniczonych zasobów dóbr i niedostatku indywidualnych sił by je efektywnie pozyskiwać, wymusza na ludziach kooperację na zasadzie wzajemnych ustępstw¹⁴³⁷. Jak to już wielokrotnie podkreślano, „dwubiegunowa” natura człowieka wyraża się m. in. tym, że jest on skłonny do zachowań egoistycznych i niekooperatywnych, naruszających

¹⁴³⁵ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s., s. 217-218.

¹⁴³⁶ H. Hart wyrażając pogląd, że zasada przyznająca prawo do równego *prima facie* traktowania poszczególnych ludzi jest głęboko zakorzeniona w mentalności człowieka, jednocześnie przyjął, że dotyczy to jedynie człowieka współczesnego. Twierdzenie to uzasadnił faktem istnienia w przeszłości systemów otwarcie odrzucających – jego zdaniem – zasadę, że ludzie mają być *prima facie* traktowani podobnie, a zamiast niej uznających naturalną, niezmienną przynależność ludzi do różnych grup, z których jedne stworzone są do wolności, a inne do niewolnictwa czy też, jak to wyraził Arystoteles, do bycia narzędziami w rękach innych (H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s., s. 221). Przytoczone stanowisko nie wydaje się trafne. Głębokość zakorzenienia intuicji równościowych w mentalności współczesnego człowieka świadczy o ich wczesnym ewolucyjnie rodowodzie, co zresztą znajduje potwierdzenie w przedstawionych powyżej badaniach z dziedziny psychologii moralności i neuronauki, a w tym w obserwacjach przeprowadzonych u innych naczelnych. Sam Hart podkreślał zresztą, że nawet u Platona czy Arystotelesa dostrzec można wyraźne przekonanie, że pełna obrona niewolnictwa wymagałaby pokazania, iż niewolnikom brakuje zdolności do niezależnego istnienia lub też, że różnią się oni od ludzi wolnych co do możliwości zrealizowania ideału dobrego życia, co powoduje, że niewola jest dla nich stanem pożytecznym i sprawiedliwym (H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 221; zob. też K. Chojnacka, H. Olszewski, *Historia doktryn politycznych i prawnych. Podręcznik akademicki*, Poznań 2004, s. 27). W ostatecznym rozrachunku chodzi więc nie o podważenie samej zasady równości, ale o sposób zdefiniowania standardu istotnego podobieństwa. O sile zakorzenienia równościowej podstawy idei sprawiedliwości w mentalności ludzkiej paradoksalnie świadczy choćby i to, że dla usprawiedliwienia najbardziej jaskrawych przykładów dyskryminacji i nierówności uniwersalnie posługiwano się figurą pozbawienia ofiar tych praktyk przymiotów człowieczeństwa. Umożliwia ona współistnienie ze sobą przekonania o obowiązywaniu zasady równości i idei sprawiedliwości oraz faktycznego usunięcia spod ich zakresu określonych grup, co sytuuje tę figurę – wśród teorii przyjmowanych na uzasadnienie wyboru pomiędzy agresją a współpracą – na przeciwnym biegunie w stosunku do pokrewieństwa fikcyjnego. Może ona przybrać postać uzasadnienia wykorzystującego argumentację racjonalną, jak wspomniane usprawiedliwienie niewolnictwa przedstawione przez Arystotelesa (taka sama argumentacja została wykorzystana dwa tysiąclecia później przez J. de Quevedo dla usprawiedliwienia zniewolenia Indian, a następnie – co jest ponurym paradoksem – przez jego adwersarza i obrońcę Indian B. de Las Casasa na uzasadnienie zastąpienia eksploatacji Indian czarnym niewolnictwem), albo odwołania się do emocji i lęków, np. poprzez przypisywanie określonym grupom nieczystości czy roznoszenia chorób zakaźnych, porównywanie do odrażających, stanowiących zagrożenie sanitarne, zwierząt, takich jak szczury, wszy czy karaluchy. Taka praktyka ma bardzo bogatą tradycję poczynając od społeczności prymitywnych aż po współczesną debatę polityczną, np. w Polsce. Skuteczność oddziaływania na opinię publiczną – także w czasach współczesnych – tego rodzaju kryteriów różnicowania wykorzystywanych dla uzasadnienia skrajnej dyskryminacji i prześladowań poddaje w wątpliwość wyrażone przez Harta przekonanie, że ze względu na mentalność współczesnego człowieka, prawo dyskryminujące z uwagi na kolor skóry czy rasę zostałyby niemal powszechnie uznane za obracające tę zasadę w cześć słowa (H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 220 i 270).

¹⁴³⁷ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 265-269.

obowiązujące reguły społeczne, jeżeli warunki (np. słaby i rozregulowany system kontroli społecznej) czynią je opłacalnymi¹⁴³⁸, ale jednocześnie relatywnie łatwo poddaje się naciskom konformizującym, w sytuacji gdy włączony jest w dobrze funkcjonujący mechanizm społeczny oparty, jak to określił H. Hart, na „systemie wzajemnych wyrzeczeń”. W świetle współczesnej wiedzy błędna jest więc zarówno wizja „stanu natury” człowieka J.J. Rousseau, zgodnie, z którą miał on polegać na harmonii wolnych i równych jednostek, żyjących w odizolowaniu i nie powiązanych nawet w struktury o charakterze rodzinnym¹⁴³⁹, jak i przeciwstawne tej wizji przekonanie, że w społeczeństwach pierwotnych jednostka jest całkowicie podporządkowana grupie, której poddaje się z niewolniczym, bezwolnym i biernym posłuszeństwem¹⁴⁴⁰. W rzeczywistości człowiek jest genową „maszyną przetrwania”: istotą uczestniczącą w wielopodmiotowych, skomplikowanych grach niezerowych, dysponującą całym systemem ukierunkowanych na to adaptacji behawioralnych i mentalnych. Takim właśnie składnikiem natury ludzkiej jest też potrzeba wolności i awersja do nierówności, współczesna nauka dostarcza bowiem dowodów, że przeżycia te nie są, jak sądził Rousseau, reliktem stanu naturalnej izolacji jednostek, ale wprost przeciwnie – ukształtowały się one jako mentalne przystosowania do życia w grupie.

Zagwarantowanie powszechnej równości wobec prawa, uzupełnionej o materialny element urzeczywistniania sprawiedliwości społecznej, oraz poszanowanie godności dla każdej jednostki ludzkiej jest tym, co powoduje, że demokratyczne państwo prawne¹⁴⁴¹ jest ustrojem politycznym pozwalającym ludziom najpełniej i w największej skali stosować nienaiwne strategie kooperatywne typu „Wet za wet” i jego warianty, które dają – jak to pokazuje teoria gier oraz badania na gruncie psychologii ewolucyjnej – najlepsze globalne wyniki w ramach wielkich gier o sumie niezerowej, zapewniając społeczeństwu optymalny rozwój, a wraz z nim również największe możliwe zaspokojenie potrzeb jednostek, które je tworzą.

Z punktu widzenia obiektywnego interesu społeczeństwa korzystne jest właśnie to, co wspiera ów „system wzajemnych ustępstw” i sprzyja autentycznemu, opartemu na afirmacji, zaangażowaniu się w społeczną wymianę jak najszerzego kręgu ludzi.

¹⁴³⁸ B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 41-42 oraz 57.

¹⁴³⁹ Na temat wizji natury ludzkiej według J.J. Rousseau zob. A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 2006, s. 215-217.

¹⁴⁴⁰ B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 14-15.

¹⁴⁴¹ Rozumiane raczej jako idealny konstrukt, którego założenia są w większym lub mniejszym stopniu, nigdy jednak w pełni, realizowane przez państwa rzeczywiste. W każdym z nich bowiem idea powszechnej równości i poszanowania godności każdej jednostki doznaje istotnych faktycznych ograniczeń będących wynikiem rozpowszechnienia strategii niekooperacyjnych, utrwalonych układów dominacji, przywilejów i dyskryminacji itp.

Maksymalizację tego zaangażowania zapewnia natomiast taki system społeczny, który gwarantuje każdemu poszanowanie jego godności oraz zapewnia możliwie największy egalitaryzm społeczny, a przy tym respektuje prawo każdego do zaspokajania własnych potrzeb i realizacji indywidualnych interesów. Posługując się terminologią Platona można powiedzieć, że optymalny jest ten model organizacji społecznej, który na najwyższą skalę, na tyle na ile to możliwe na danym etapie rozwoju cywilizacyjnego¹⁴⁴², zaspokaja potrzeby wynikające z pierwiastków rozumnych, pożytecznych, a przede wszystkim tymotejskich jednostek tworzących dane społeczeństwo.

Nie wdając się w dalsze szczegóły, które wymagałyby zupełnie odrębnego, obszernego opracowania, trzeba stwierdzić, że dzieje ustrojów politycznych przedstawiają się jako ciąg gier niezerowych pomiędzy władzą a poddanymi jej społecznościami, w ramach których rządzący zmuszani byli czynić na rzecz rządzonych kolejne koncesje i ustępstwa, by zapobiec zagrożeniom wewnętrznym i zewnętrznym dla własnej władzy (regresowi gospodarczemu, wyludnieniu, buntom i niepokojom społecznym, podbojom ze strony ościennych organizacji politycznych itp.). Ustępstwa te utrwalając się w świadomości społecznej w formie memów i ich zespołów prowadziły ludzkość przez kolejne etapy rozwojowe aż do współczesnego demokratycznego państwa prawnego. Droga do niego była długa i kręta, naznaczona przez okresy destabilizacji, wojen i rewolucji, które – jak się uważa – stanowiły konieczny czynnik rozwoju organizacji społecznej¹⁴⁴³. Wywodzący się jeszcze od H. Spencera pogląd (reprezentowany współcześnie m.in. przez R. Carneiro) kluczową rolę w procesie narastania złożoności społecznej przyznaje wojnie. Koncepcja ta zakłada, że społeczeństwa ewoluują, rozwijają swoją kulturę materialną i organizacyjną, łączą się w większe organizmy itp., po to by skuteczniej prowadzić wojny. Przeciwny, ale tylko z pozoru, punkt widzenia reprezentuje natomiast E.R. Service, który kładzie nacisk na scalającą rolę integracji gospodarczej oraz kooperacji społecznej, która wymaga stabilności wolnej od zagrożeń, jakie niesie ze sobą wojna. Według tej koncepcji ewolucja kulturowa jawi się jako proces doskonalenia mechanizmów eliminowania agresji („prowadzenia pokoju”) w stale rozszerzających się społecznościach, co odbywa się poprzez ciągłe dodawanie nowych składników politycznych do organizacji społecznej¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴² Zastrzeżenie to jest konieczne, oczywiście jest bowiem, że demokratyczne państwo prawne jest innowacją, która nie mogła powstać zanim złożoność społeczna, dostępne ludziom technologie, w tym informacyjne (wliczając w to prawo) osiągnęły określony stopień rozwoju.

¹⁴⁴³ Zob. na ten temat: F. Fukuyama, *Historia...*, op. cit., passim; idem, *Lad...*, op. cit., passim.

¹⁴⁴⁴ Zob. E.R. Service, *Origins of the State and Civilization: The Process of Cultural Evolution*, New York 1975, s. 61.

W rzeczywistości oba punkty widzenia wcale się nie wykluczają, eksponowane w nich dwie przeciwstawne siły są bowiem ze sobą nierozłącznie splecione, tworząc wspólnie dynamikę napędzającą ewolucję kulturową.

Oparta na przedstawionej przez A. Kojève interpretacji filozofii Hegla, teza o „zakończeniu się historii” z chwilą wynalezienia uniwersalnego państwa homogenicznego: ustroju politycznego opartego na sekularyzacji chrześcijańskiej idei powszechnej równości i wolności¹⁴⁴⁵, stanowiąca równocześnie rozwinięcie motywów obecnych w myśli Condorceta oraz Kanta, wydaje się być słuszna o tyle, o ile przez „koniec historii” rozumieć będziemy zakończenie ideologicznej (ustrojowej) ewolucji w związku z wynalezieniem takiej organizacji życia zbiorowego, która – poprzez zrozumienie i akceptację konsekwencji „towarzyskiej społeczności” człowieka – najlepiej wydobywa z ludzi kooperatywną, moralną stronę ich biologicznie ukształtowanej natury¹⁴⁴⁶. Byłaby natomiast rażąco naiwna, gdyby upatrywać w niej podstawy do twierdzeń (głoszonych np. przez teorię modernizacji) o nieuchronności, automatyzmie i nieodwracalności postępu. Nie ma też żadnych podstaw by „koniec historii” pojmować jako realny moment w dziejach ludzkości, w którym zapanuje powszechna równość i sprawiedliwość, a do tego zanikną wszelkie przejawy agresji wewnątrz- i międzygrupowej. Tego rodzaju prognozy pomijają nie tylko dwubiegunową naturę człowieka, ale także fakt, że – jak to pokazuje modelowanie teorii gier – strategie kooperatywne nie są ewolucyjnie stabilne w ścisłym tego słowa znaczeniu, w związku z czym zawsze istnieje ryzyko regresu w wyniku skutecznego sabotażu od wewnątrz strategii niekooperatywnych, wykorzystujących swoją przewagę w środowisku dominującej kooperacji. Działanie tego mechanizmu łatwo dostrzec obecnie, gdy w różnych krajach, w tym w Polsce, następuje erozja państwa prawa i regres do systemów autorytarnych¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴⁵ Zob. F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., passim.

¹⁴⁴⁶ Można w tym widzieć również finalny przejaw rozwoju ludzkości ku egalitarnej wolności, w którym „ludy Wschodu wiedziały tylko, iż jeden człowiek jest wolny, świat Grecji i Rzymu, że niektórzy ludzie są wolni, my natomiast wiemy, iż wolni są wszyscy ludzie sami w sobie, to znaczy, że wolny jest człowiek jako człowiek” (zob. G.W.F. Hegel, *Wykłady z filozofii dziejów* [tyt. oryg. *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*], tłum. J. Grabowski, A. Landman, Warszawa 1958 [wyd. oryg. Berlin 1848], s. 27).

¹⁴⁴⁷ Szczegółowe studium upadku („przeciw-konstytucyjnej populistycznej erozji”) demokratycznego państwa prawnego w Polsce po roku 2015 przedstawił W. Sadurski (W. Sadurski, *Polski kryzys konstytucyjny* [tyt. oryg. *Poland's Constitutional Breakdown*], tłum. A.W. Wójcik, Łódź 2020 [wyd. oryg. Oxford 2019]). W pracy tej szczególnie interesująca jest analiza społecznych uwarunkowań sukcesu „skutecznych populistów”, tj. takich którzy zdołali zdobyć władzę. Autor upatruje ich w umiejętności skoncentrowania się na dwóch lub więcej kwestiach, w których splatają się przekonania i obawy części wyborców, a także łączenia ich w atrakcyjną (co nie znaczy, że wewnętrznie spójną) narrację (zob. ibidem, s. 252-290).

Jak to już kilkakrotnie wskazywano, gdy organizacja społeczna przestaje nadążać za rozwojem złożoności społecznej może nastąpić nawrót do form bardziej zhierarchizowanych i scentralizowanych, czemu towarzyszy ograniczenie praw jednostki, a często również regres instytucjonalny i wzrost znaczenia mechanizmów kształtujących życie społeczne według ewolucyjnie wcześniejszych reguł porządku genowego¹⁴⁴⁸. Można tu ponownie odwołać się do metafory piramidy de Waala: w czasach, gdy zmiana warunków przyrodniczych lub społecznych stwarza zagrożenie dla realizacji coraz bardziej podstawowych potrzeb, ograniczeniu („zatopieniu”) ulegają kolejne kręgi „moralnej troski”, a wraz z nim wzrasta społeczna akceptacja dla zawężania zakresu praw jednostki, wzrostu hierarchiczności społeczeństwa i centralizacji władzy¹⁴⁴⁹. Na samym szczycie tej piramidy potrzeb jest bezpieczeństwo własne, a w imię jego ochrony ludzie są skłonni do najdalej idących koncesji na rzecz „silnych ludzi”, obiecujących ład i bezpieczeństwo za cenę podporządkowania się ich autorytarnej władzy. Wykorzystują to populiści potrafiący zręcznie podsycać funkcjonujące w społeczeństwie lęki dla realizacji własnych, skrycie niekooperatywnych celów.

Można jednak wyrazić przekonanie, oparte zarówno na podstawie obserwacji o charakterze metahistorycznym, jak i wyjaśnień dawanych przez teorię ewolucji, że ogólny wektor rozwoju złożoności społecznej skierowany jest ku wolności i współpracy, a nie ku hierarchii i konfliktowi. Choć strategie niekooperatywne są ewolucyjnie stabilne w rozumieniu przedstawionym przez J.M. Smith’a, to jednak strategie oparte na współpracy wykazują, co zauważył R. Dawkins, niezwykłą cechę, jaką jest rodzaj ewolucyjnej „nadstabilności”, dzięki której potrafią one przetrwać w niesprzyjającym im środowisku, wytwarzając lokalne enklawy kooperacji, by następnie rozbudować je i zdobyć przewagę w całej populacji.

Aksjologię demokratycznego państwa prawnego można uznać za układ odniesienia dla obiektywnego, ideologicznie neutralnego, wartościowania społecznie pożądanego oraz ujemnych stanów rzeczy, ponieważ nie przeciwstawia ona, ani nie podporządkowuje jednostki społeczeństwu, ale intuicyjnie, lecz trafnie z perspektywy współczesnej nauki o człowieku, postrzega je jako środowisko, w którym jednostki realizują swoje potrzeby

¹⁴⁴⁸ Można tu wymienić np. klientelizm, wzrost wpływu pokrewieństwa faktycznego (nepotyzm), ksenofobię i nietolerancję.

¹⁴⁴⁹ Na temat dialektyki procesu dziejowego, któremu napęd daje „dialog” pomiędzy ideałami hierarchiczności i egalitaryzmu w życiu społecznym zob. np. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 57-59; R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 176, 259; E.R. Service, *Origins...*, op. cit., s. 158; a zwłaszcza Ch. Boehm, *Hierarchy...*, op. cit., passim.

i indywidualne cele, a jednocześnie doznają w tym ograniczeń, ale tylko takich, które są niezbędne ze względu na ochronę praw innych jednostek oraz takich wartości grupowych, których zabezpieczenie jest niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania „systemu wzajemnych ustępstw”. Świadomość i akceptacja „towarzyskiej społeczności” człowieka jako motoru napędzającego mechanizm altruizmu wzajemnego oraz źródła moralności, prowadzi do takiego rozumienia elementu materialnego przestępstwa, w którym społecznie szkodliwe może być działanie podjęte w interesie państwa czy większości obywateli, jeżeli jego konsekwencją jest nieproporcjonalne i niekonieczne naruszenie wolności, godności czy innych dóbr jednostki, a nawet proporcjonalne i konieczne, ale naruszające standardy sprawiedliwości proceduralnej¹⁴⁵⁰.

W wygłoszonej 15 października 1971 r. na Uniwersytecie Kolońskim mowie rektorskiej K. Stern wskazał, że do zasad państwa prawnego należy między innymi:

- określenie relacji między obywatelem a państwem na prawach zasadniczych – prawach człowieka i prawach obywatelskich – które gwarantują przede wszystkim osobiste wolności,
- równość każdego wobec ustawy,
- szerokie gwarancje ochrony prawnej sprawowane przez niezawisłe sądy w ramach ustawowo przewidzianego postępowania, przy czym ochrona ta musi służyć również przeciw działaniom władz państwowych,
- istnienie systemu odpowiedzialności funkcjonariuszy państwowych, w tym odpowiedzialności karnej, za szkody wyrządzone obywatelom oraz uszczuplenie ich praw,
- oparcie działań organów państwowych na zasadach proporcjonalności środków i celów (*Verhältnismäßigkeit*), przewidywalności (*Vorhersehbarkeit*) oraz obliczalności państwowej ingerencji (*Berechenbarkeit Eingriffsakte*)¹⁴⁵¹.

Oparcie odpowiedzialności karnej na zasadach poszanowania godności oraz równości wobec prawa, gwarantowanej przez formalną (*nullum crimen sine lege*) i materialną (*nullum crimen sine periculo sociali*) obiektywizację (przewidywalność) reakcji karnej, jest jedną z konstytutywnych cech demokratycznego państwa prawnego. Wraz z innymi należącymi do jego istoty gwarancjami praw jednostki stanowi zarazem jeden z elementów mechanizmu samozabezpieczenia tego ustroju przed wewnętrznym sabotażem ze strony niekooperantów, którzy po dojściu do władzy usiłują poszerzyć jej zakres i zabezpieczyć się

¹⁴⁵⁰ Koncepcja sprawiedliwości proceduralnej nie jest wyłącznie konstruktem teoretycznoprawnym, ma ona swoje podłoże w jednej z heurystyk, według których faktycznie działa ludzki umysł, polegającej na skłonności do akceptowania jako sprawiedliwych wyników zastosowania tych procedur, które uważa się za sprawiedliwe (zob. *Psychologia społeczna Blackwella*, red. A. S. R. Manstead, M. Hewstone, op. cit., s. 590).

¹⁴⁵¹ Cyt. za: M. Zmierzczak, *Kształtowanie się...*, op. cit., s. 20-21.

przed jej utratą, wykorzystując w tym celu między innymi skierowaną wobec oponentów dyskryminacyjną represję karną. Z kolei kryminalizacja czynów polegających na nadużyciu władzy ma nie tylko walor prewencyjny, ale – co równie istotne – stanowi ostatni krok w procesie desakralizacji władzy i urzeczywistnienia zasady równości wobec prawa.

Istnienie demokratycznego państwa prawnego przez odpowiednio długi okres czasu służy jego samoutrwaleniu się, faktyczne bowiem funkcjonowanie ustroju państwa na zasadach równości każdej jednostki wobec prawa i poszanowaniu jej godności powoduje, że szeroki krąg obywateli traktuje je jako dobro wspólne zbieżne z ich indywidualnymi interesami. Mechanizm ten nie zadziała, gdy nie będzie miał wystarczającego oparcia w odpowiednio upowszechnionym w społeczeństwie wewnętrznym punkcie widzenia. Najdoskonalsze nawet regulacje prawne nie spowodują bowiem, że demokratyczne państwo prawne faktycznie powstanie i przetrwa tam, gdzie nie ma społeczeństwa obywatelskiego. Jego wykształcenie się wymaga natomiast długotrwałego kształtowania się w sprzyjających warunkach i nie wystarczy do tego samo dokonanie formalnej recepcji zasad demokratycznego państwa prawnego.

Demokratyczne państwo prawne należy więc postrzegać nie jako statyczny model ustrojowy, ale raczej jako proces urzeczywistniania i ochrony konstruktywnej, kooperatywnej strony ludzkiej natury, co wymaga również nieustannego identyfikowania i zabezpieczania luk, poprzez które może dokonać się wewnętrzny sabotaż niekooperantów.

3. Bezprawność

3.1. Uwagi wstępne

Bezprawność jest tym elementem struktury przestępstwa, który – najogólniej rzecz ujmując – eksponuje fakt naruszenia nakazu lub zakazu zawartego w normie prawnej. Według W. Woltera przez bezprawność czynu rozumie się sąd relacjonujący, wyrażający sprzeczność między faktycznym zachowaniem się człowieka, a tym zachowaniem się, które ustawa określa jako „nakazane”¹⁴⁵². Podobnie definiowali bezprawność S. Glaser i A. Mogilnicki stwierdzając, że oznacza ona niezgodność czynu z przedmiotowym

¹⁴⁵² W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 101.

porządkiem prawnym. Bezprawny jest taki czyn, który się temu porządkowi sprzeciwia, zaś w uznaniu bezprawności wyraża się sąd o wartości prawnej danego czynu¹⁴⁵³.

Pod powierzchnią tej – z pozoru oczywistej i jednoznacznej – definicji nawarstwia się cały szereg problemów, od których rozstrzygnięcia zależy wytyczenie granic pomiędzy bezprawnością, a dwoma innymi płaszczyznami struktury przestępstwa: karalnością oraz karygodnością. Pierwsza trudność wiąże się z koniecznością udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy zakaz zachowań zgodnych z ustawową określonością czynu stypizowanego jako zabroniony jest jedynie konsekwencją jego kryminalizacji, czy też stanowi dla niej pewien *prius*. Inaczej mówiąc: czy na gruncie prawa karnego można mówić o swoistej dla tej gałęzi prawa bezprawności kryminalnej, czy wyłącznie o ogólnej bezprawności ocenianej z perspektywy całego systemu prawa (porządku prawnego)¹⁴⁵⁴. W tym drugim przypadku rolą prawa karnego byłoby jedynie określenie, które z zachowań bezprawnych są zarazem karalne¹⁴⁵⁵, co ewentualnie mogłoby rzutować na kwantyfikację natężenia bezprawności¹⁴⁵⁶, traktowanej na tym etapie oczywiście już w sposób wartościujący, a nie relacyjny¹⁴⁵⁷.

Niezależnie od kierunku rozstrzygnięcia powyższego problemu otwarta pozostaje kwestia, czy bezprawność czynu wynika z samego faktu naruszenia formalnego nakazu lub zakazu zawartego w tak czy inaczej usytuowanej normie prawnej, czy też zabronienie musi być dodatkowo zakotwiczone w jakiejś pozaprawnej wartości, której ochronie służy ten nakaz lub zakaz. Inaczej mówiąc, rozstrzygnięcia wymaga czy na płaszczyźnie bezprawności

¹⁴⁵³ S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks...*, op. cit., s. 1. To ujęcie jest o tyle lepsze, że nie zawęża normatywnego źródła nakazu (zakazu) do ustawy, oczywiście jest przecież, że może on wynikać również z norm zawartych w aktach podstawowych. Nie stoi temu na przeszkodzie zasada *nullum crimen sine lege*, wynika z niej bowiem jedynie konieczność ustawowego określenia zachowań karalnych, nie zaś bezprawnych (zob. A. Zoll, *Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego*, RPEiS 2006, z. 2, s. 327-328).

¹⁴⁵⁴ Tak E. Beling (E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 147), H. Welzel (H. Welzel, *Das deutsche...* [1969], op. cit., s. 52), a także A. Zoll (A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 43). Pogląd ten opiera się na założeniu, że norma sankcjonowana dekodowana jest w oparciu o cały system prawny i na całym jego obszarze musi być jednolicie rozumiana. Z perspektywy systemu prawnego jako całości zachowanie może być jedynie albo dozwolone, albo zakazane, a wobec tego bezprawność jako relacja (sąd wartościujący) sprzeczności zachowania z normą musi być kategorią uniwersalną (zob. W. Wróbel, *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, PPK 1993, t. 8, s. 16 i nast.). W literaturze prezentowano jednak również stanowisko, że skoro każda z gałęzi prawa określa właściwe sobie konsekwencje prawne naruszenia określonych w niej obowiązków, to każda gałąź prawa ma swój specyficzny rodzaj bezprawności (tak m. in. M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 195-196; podobnie A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu. O okolicznościach uchylających bezprawność czynu*, Warszawa 1961, s. 9-10).

¹⁴⁵⁵ A. Zoll, *Aksjologiczne...*, op. cit., s. 304; idem, *Karalność...*, op. cit., s. 103; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 119-120.

¹⁴⁵⁶ Zob. E. Kern, *Grade der Rechtswidrigkeit*, ZStW 1952, Bd. 64, s. 255 i nast.; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 57-58.

¹⁴⁵⁷ Według W. Wróbla bezprawność w ujęciu relacyjnym ma charakter ogólnosystemowy, oznacza bowiem czystą relację (sprzeczność) na poziomie całego porządku prawnego, natomiast w ujęciu wartościującym wiąże się ze zróżnicowanymi w zależności od gałęzi prawa konsekwencjami za naruszenie normy (W. Wróbel, *Relacyjne...*, op. cit., s. 16 i nast.).

formalnemu zabronieniu towarzyszyć musi aspekt materialny, a jeżeli tak to na czym dokładnie on polega.

2.4. Bezprawność formalna i materialna

W klasycznym ujęciu E. Belinga, do którego nawiązywały przytoczone wcześniej definicje W. Woltera, S. Glasera i A. Mogilnickiego, bezprawność rozumiana była czysto formalnie jako sąd wartościujący odnoszący się do czynu realizującego znamiona typu czynu zabronionego pod groźbą kary, wyrażający sprzeczność tego czynu z normą nakazującą lub zakazującą określone zachowanie¹⁴⁵⁸. Formalny sposób rozumienia bezprawności ma bogatą tradycję, poczynając od zwolenników heglizmu i kantyzmu, widzących w przestępstwie zamach nie tyle przeciwko społeczeństwu, co przeciw jego regułom, poprzez nurt normatywny pozytywizmu prawniczego definiujący bezprawność jako samo w sobie przekroczenie abstrakcyjnej normy prawa, aż do wynaturzenia tych kierunków przez tzw. szkołę kilońską, która całkowicie zanegowała materialną podstawę bezprawności, zastępując ją naruszeniem obowiązku wierności państwu narodowosocjalistycznemu¹⁴⁵⁹.

Na związek pomiędzy bezprawnością a materialną treścią czynu wskazywał już F. Liszt, dla którego czyn bezprawny był zamachem na chronione przez normy prawne interesy życiowe jednostki i zbiorowości, a przez to naruszeniem lub zagrożeniem dobra prawnego¹⁴⁶⁰. Materialne bezprawie w koncepcji Liszta usytuowane było jednak właściwie poza strukturą przestępstwa¹⁴⁶¹, nie było ono bowiem źródłem zakazu, którego naruszenie warunkowałoby uruchomienie reakcji karnej, a jedynie składnikiem pozaprawnej rzeczywistości, który ustawodawca może, lecz nie musi uwzględnić w swoich decyzjach kryminalizacyjnych. Te ostatnie stanowią natomiast samoistne i wyłączne źródło zabronienia. W konsekwencji pogląd wiążący bezprawność czynu z atakiem na dobro prawne był w tej koncepcji jedynie rodzajem uogólnienia wskazującego na czym polega typowa i pożądana relacja pomiędzy zakazem karnoprawnym a pozaprawną rzeczywistością społeczną. *In concreto* decydujące znaczenie dla uznania zachowania za przestępstwo miała natomiast wyłącznie jego ujemna ocena z punktu widzenia bezprawia w sensie formalnym. Pomimo że koncepcja materialnego bezprawia F. Liszta zatrzymała się niejako „w pół kroku”, to jednak wskazując na związek

¹⁴⁵⁸ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 136; zob. też W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 158.

¹⁴⁵⁹ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 47.

¹⁴⁶⁰ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 99 i 110-111.

¹⁴⁶¹ Tak również R. Zawłocki (R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 329-330).

między bezprawnością a naruszeniem lub zagrożeniem dla dobra prawnego, bez wątpienia przyczyniła się do dalszego rozwoju dogmatycznych modeli materialnie rozumianej bezprawności.

Dopiero w ramach zapoczątkowanego przez A. Heglera i M. Mayera, a następnie rozwiniętego przez W. Sauera i E. Mezgera, tzw. kierunku teleologicznego zerwano z czysto formalnym pojmowaniem bezprawności, uznając określoność za typizację bezprawności (*Vertypung der Rechtswidrigkeit*)¹⁴⁶², jej bezpośrednie oznajmienie¹⁴⁶³, podczas gdy bezprawność miała w tym ujęciu charakter czysto materialny, związany wyłącznie z naruszeniem dobra prawnego. Polegała więc na ujemnej ocenie zmiany dokonanej w aprobowanym przez prawo stanie rzeczy, a nie ujemnej ocenie samego zachowania¹⁴⁶⁴.

Kolejny krok uczynili finaliści, którzy zwrócili uwagę na to, że o ujemnej ocenie zachowania decyduje często nie tyle samo w sobie naruszenie dobra prawnego, ale fakt, że uszczerbek w dobru prawnym został wyrządzony, pomimo, że można było tego uniknąć postępując wobec niego w sposób społecznie akceptowany. Choć więc pojmowanie bezprawności z perspektywy naruszenia dobra prawnego jest co do zasady słuszne, to jednak nie można całkowicie abstrahować od charakteru samego zachowania się jako czynnika współdecydującego o ujemnej ocenie czynu.

Zasadnicze znaczenie dla dalszego rozwoju sposobu rozumienia bezprawności jako płaszczyzny w strukturze przestępstwa miało odkrycie roli, jaką pełnią reguły postępowania z dobrem prawnym. Również i to nastąpiło stopniowo. Definiując czyn bezprawny z perspektywy chronionych przez normy prawne interesów i wynikającego stąd naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego, F. Liszt zwrócił uwagę, że nie jest możliwe wyłączenie sprzeczności interesów, która prowadzi do kolizji dóbr prawnych, a w konsekwencji do konieczności poświęcania interesów niższych dla utrzymania tych, które mają wyższą wartość. Rozgraniczenie zachowań prawnych od bezprawnych nie następuje trudności, gdy przepis wprost nakazuje lub zezwala na naruszenie lub zagrożenie dobra prawnego, gdy jednak takiego przepisu brakuje konieczne jest badanie materialnej treści czynu

¹⁴⁶² W. Sauer, *Zur Grundlegung des Rechts und zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestands*, ZStW 1915, Bd. 36, s. 463 i nast.; idem, *Grundlagen...*, op. cit., s. 307 i nast.; obie prace cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 221.

¹⁴⁶³ E. Mezger, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, [w:] *Festschrift für L. Traeger*, Berlin 1926, s. 11; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 221.

¹⁴⁶⁴ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 46-47.

z perspektywy celów porządku prawnego regulującego współzycie społeczne¹⁴⁶⁵. Nie pojawiła się tu jeszcze kwestia reguł postępowania z dobrem prawnym jako układu odniesienia dla rozróżnienia społecznie akceptowanych ingerencji w dobro prawne od takich, które poza granice tej akceptacji wykraczają, jednakże nietrudno zauważyć, że oba ujęcia ze sobą konweniują. Wystarczy wskazać, że wpisany w reguły postępowania z dobrem prawnym społecznie tolerowany poziom zagrożenia dla niego związany jest właśnie z tym, że dobra prawne nie są, jak to określił H. Welzel, muzealnymi eksponatami zamkniętymi w gablotach, ale uczestniczą w obrocie społecznym, w ramach którego stykają się z innymi wartościami i w kontakcie tym są narażane na niebezpieczeństwo, a nawet uszkodzane i niszczone¹⁴⁶⁶. Całe życie społeczne polega na używaniu i zużywaniu dóbr prawnych, ponieważ są one przedmiotem wymiany i interakcji. Uszczerbek, związany z uczestnictwem dóbr prawnych w obrocie społecznym często jest nieunikniony, a zatem nie można zabraniać ich naruszenia, jeżeli nastąpiło to w wyniku zachowań społecznie akceptowanych (społecznie adekwatnych – *sozialadäquat*)¹⁴⁶⁷. Właśnie ten moment stworzenia zagrożenia dla dobra prawnego ponad granice społecznie tolerowane jest źródłem ujemnego sądu wartościującego zawartego w normie prawnej¹⁴⁶⁸. Społeczna akceptacja dla określonego poziomu narażenia dobra prawnego na uszczerbek nie wynika natomiast z niczego innego, jak z dostrzeżonej przez F. Liszta, konieczności poświęcania „interesów niższych dla utrzymania tych, które mają wyższą wartość”.

Koncepcję reguł ostrożności jako składnika ustawowej określoności przedstawił – zawężając jednak ich rolę do typów nieumyślnych – K. Engisch¹⁴⁶⁹, a następnie rozwinęli ją, z tym samym ograniczeniem, finaliści¹⁴⁷⁰. Dopiero A. Zoll wykazał, że reguły postępowania mają charakter uniwersalny i należą do charakterystyki każdego, również umyślnego, czynu zabronionego pod groźbą kary¹⁴⁷¹. To, że na ich znaczenie zwrócono uwagę najpierw

¹⁴⁶⁵ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 61-62.

¹⁴⁶⁶ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 48; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 148-149; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 174.

¹⁴⁶⁷ H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 1939, Bd. 58, s. 514-517.

¹⁴⁶⁸ A. Zoll, *Aksjologiczne...*, op. cit., s. 306.

¹⁴⁶⁹ K. Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin 1930, s. 271-277; cyt. za: A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 33-34.

¹⁴⁷⁰ H. Welzel podkreślał, że ustawowa określoność typów nieumyślnych jest otwarta (*offene Tatbestände*) i wymaga uzupełnienia według ogólnego kryterium naruszenia ostrożności wymaganej w obrocie (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 34).

¹⁴⁷¹ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 34-35. W tym samym czasie podobne stanowisko zajmowali również K.H. Gössel i H. H. Jescheck (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 32-35). Trzeba tu jednak wspomnieć, komplikujące nieco obraz ewolucji pojęcia reguł postępowania z dobrem prawnym, że w początkowych pracach także H. Welzel swoją koncepcję społecznej adekwatności (*Sozialadäquanz*) ilustrował przede wszystkim przykładami czynów umyślnych, stojąc przy tym na stanowisku, że zachowanie

w odniesieniu do przestępstw nieumyślnych¹⁴⁷² i do chwili obecnej w ramach nauki o przestępstwie z zasady omawia się je właśnie w związku z nieumyślnością, wynika z faktu, że przy przestępstwach umyślnych zamiar skierowany na naruszenie dobra prawnego niejako przysłania wagę naruszenia reguł postępowania¹⁴⁷³. Racjonalnie działający sprawca umyślnie atakując dobro prawne, by urzeczywistnić swój zamiar świadomie wybiera sposób działania lub narzędzie niezgodne ze społecznie ukształtowanymi zasadami postępowania wobec tego dobra. Jeżeli popełni w tym zakresie błąd i jego zachowanie pozostaje z tymi zasadami zgodne, może odpowiadać wyłącznie za usiłowanie nieudolne. Poza tym szczególnym przypadkiem, w odniesieniu do czynów umyślnych, nie ma problemu z wyznaczeniem granicy pomiędzy czynami bezprawnymi a niebezprawnymi. Inaczej sytuacja przedstawia się natomiast w przypadku przestępstw nieumyślnych, nie charakteryzują się one bowiem prostym brakiem zamiaru co do zrealizowanych znamion ustawowej określoności, zasadniczą kwestią jest wobec tego odróżnienie bezprawnych zachowań nieumyślnych od tego, co w dawnych systemach prawa karnego określano jako „przypadek”, a co współcześnie można by nazwać uszczerbkiem wynikającym z normalnego, społecznie akceptowanego postępowania z dobrem prawnym.

3.3. Norma sankcjonowana i problem jej umiejscowienia w systemie prawnym

Wkładem A. Zolla w rozwój koncepcji materialnego bezprawia było również przedstawienie relacji płaszczyzn karalności i bezprawności na tle tzw. koncepcji norm sprzężonych¹⁴⁷⁴. Zrealizowany został w ten sposób postulat J. Landego, by podstawę dla wszelkich badań nad prawem stanowiła analityczna teoria normy prawnej¹⁴⁷⁵.

Punktem wyjścia dla koncepcji norm sprzężonych jest – dominujące we współczesnej polskiej teorii prawa¹⁴⁷⁶ oraz dogmatyce prawa karnego¹⁴⁷⁷ – rozróżnienie normy prawnej

społecznie adekwatne nie realizuje istoty czynu. Dopiero później, wraz z opracowaniem finalnej koncepcji czynu, Welzel zawęził rolę społecznej adekwatności zachowania do typów nieumyślnych, a jej konsekwencje przesunął na płaszczyznę bezprawności (na temat ewolucji poglądów tego autora w kwestii relacji pomiędzy bezprawnością a istotą czynu zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 229-245).

¹⁴⁷² Zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 182-183.

¹⁴⁷³ A. Zoll, *Okoliczności...*, ..., op. cit., s. 33-35.

¹⁴⁷⁴ Odnotować tu jednak należy, że koncepcję norm sprzężonych na grunt dogmatyki prawa karnego wprowadził wcześniej K. Buchała (zob. K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 106-109).

¹⁴⁷⁵ Zob. J. Lande, *Studia...*, op. cit., s. 915; A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 69-70.

¹⁴⁷⁶ Zob. np. Z. Ziemiński, *Przepis prawny a norma prawna*, RPEiS 1960, z. 1, s. 105-122; idem, *Logiczne...*, op. cit., s. 119-150; J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Teoria...*, op. cit., s. 58; A. Delorme [w:] J. Śmiałowski, W. Lang, A. Delorme, *Z zagadnień nauki o normie prawnej*, Warszawa 1961, s. 54.

i przepisu prawnego. Norma prawna jest wyrażeniem językowym, które musi dokładnie (jednoznacznie) określać cztery elementy syntaktyczne: adresata, okoliczności, nakaz/zakaz oraz zachowanie¹⁴⁷⁸. Stanowi więc językową rekonstrukcję wzoru powinnego zachowania¹⁴⁷⁹. Natomiast przepis prawny, będący zdaniem w sensie gramatycznym, ze względu na konieczność zwięzłego wyrażania wskazań powinnego postępowania, stosunkowo rzadko ma postać podręcznikowego schematu normy: „W warunkach W każda osoba mająca właściwości T jest obowiązana (nie jest obowiązana) czynić C”¹⁴⁸⁰. Elementy potrzebne dla wyrażenia takiej normy mogą być rozsiane po bardzo wielu przepisach ustawy lub ustaw, i odwrotnie – jeden przepis może zawierać elementy syntaktyczne konieczne do odtworzenia wielu różnych norm¹⁴⁸¹. Tekst prawny musi więc zostać w pewien sposób przekształcony, aby oddać to, co normodawca faktycznie postanowił¹⁴⁸². Przekształcenie to polega na wydobyciu z konglomeratu różnych przepisów elementów łącznie składających się na określenie reguły zachowania się. I właśnie na określenie tej reguły, zrekonstruowanej z różnych przepisów, celowe jest posługiwanie się terminem „norma”¹⁴⁸³.

Analizując strukturę normy prawnej J. Lande dostrzegł, że klasyczna koncepcja trójelementowa, w myśl której składa się ona z hipotezy, dyspozycji i sankcji, nie stanowi prawidłowego modelu jej struktury¹⁴⁸⁴. To, co tradycyjnie uważa się za sankcję normy, w istocie rzeczy jest bowiem zupełnie odrębną normą (normą sankcjonującą), która pozostaje z pierwotną normą (normą sankcjonowaną) w swoistym funkcjonalnym sprzężeniu, polegającym na tym, że naruszenie normy sankcjonowanej jest hipotezą normy sankcjonującej, a jej dyspozycją – nakaz wymierzenia sankcji przez właściwy organ państwowy (adresata wtórnego)¹⁴⁸⁵. Obie normy zbudowane są z analogicznych elementów strukturalnych: zakresu zastosowania, który odpowiada temu, co w koncepcji trójelementowej określane jest jako hipoteza, oraz zakresu normowania będącego odpowiednikiem dyspozycji¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁷⁷ Zob. K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 106; A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 69-71; Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 15-19.

¹⁴⁷⁸ M. Zieliński, *Wykładnia...*, op. cit., s. 103.

¹⁴⁷⁹ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 20-21.

¹⁴⁸⁰ Z. Ziemiński, *Przepis...*, op. cit., s. 105; idem, *Logiczne...*, op. cit., s. 120-123.

¹⁴⁸¹ Zob. Z. Ziemiński, *Przepis...*, op. cit., s. 105; J. Lande, *Studia...*, op. cit., s. 929.

¹⁴⁸² J. Woleński, *Logiczne problemy wykładni prawa*, Kraków 1972, s. 62.

¹⁴⁸³ K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 57.

¹⁴⁸⁴ J. Lande, *Studia...*, op. cit., s. 921-925.

¹⁴⁸⁵ Zob. W. Patryas, *Rozważania o normach prawnych*, Poznań 2001, s. 94.

¹⁴⁸⁶ Z. Ziemiński, *Logiczne...*, op. cit., s. 69-74. Zakres zastosowania normy tworzą wszelkie elementy sytuacji, w której norma znajduje zastosowanie (dotyczące jej adresata, określenia zasięgu czasowego i przestrzennego

Koncepcja norm sprzężonych wykazuje szczególną użyteczność na obszarze prawa karnego, w sposób czytelny odróżnia ona bowiem adresowane do społeczeństwa nakazy i zakazy określonych zachowań istotnych z uwagi na konieczność ochrony określonych dóbr prawnych, które zawarte są w dyspozycjach norm sankcjonowanych, od specyficznych dla prawa karnego norm sankcjonujących, wprowadzających karalność określonych kategorii zachowań¹⁴⁸⁷.

W wieloaspektowym modelu struktury przestępstwa A. Zolla płaszczyzna bezprawności ściśle związana jest właśnie z normą sankcjonowaną, która nie ma charakteru karnoprawnego, ale ogólnosystemowy¹⁴⁸⁸, a przy tym jest pierwotna w stosunku do normy sankcjonującej. Ta ostatnia określa bowiem jedynie, które spośród czynów bezprawnych w systemie prawa są karalne¹⁴⁸⁹. Z ustawy karnej wynikają jedynie normy o treści np. „powinieneś poddać się karze”, natomiast zakaz penalizowanego zachowania musi być ustalony z innych norm całego porządku prawnego¹⁴⁹⁰. Inaczej mówiąc, wypowiedź zawarta na przykład w przepisie art. 148 § 1 k.k. co prawda wyraża powinność określonego zachowania, jednak nie jak to się powszechnie przyjmuje zakaz o treści „nie zabijaj człowieka!”, ale powinność wymierzenia określonej w tym przepisie kary temu, kto zabił człowieka¹⁴⁹¹.

Przepis prawa karnego¹⁴⁹² wypowiada wprost jedynie normę sankcjonującą i tylko ta norma, może być określona ściśle jako norma prawa karnego. Ten, kto zabija człowieka, nie narusza normy prawa karnego, a jedynie swoim zachowaniem stwarza przesłanki do zaktualizowania się powinności stanowiącej istotę tej normy. Równocześnie narusza normę

oraz inne elementy sytuacji). Natomiast zakres normowania to zbiór (klasa) wszelkich wskazywanych (nakazanych i zakazanych) przez normę przyszłych czynów jej adresata (zob. ibidem, s. 71).

¹⁴⁸⁷ Zob. A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 71; W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasada intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 67; idem, *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, RPEiS 1993, z. 3, s. 93 i nast.; K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 106-107.

¹⁴⁸⁸ Również E. Beling przyjmował, że o bezprawności można wnosić z porządku prawnego jako całości (*Vollrechtswidrigkeit*), przy czym wspólną podstawę poglądów obu przywołanych autorów stanowiła teoria norm K. Bindinga (zob. E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 115-143; zob. też Z. Cwiakalski, *Błąd...*, op. cit., s. 37).

¹⁴⁸⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 166; A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 103. Podobne stanowisko zajmował H. Welzel, który zaznaczał, że bezprawność – rozumiana przez niego relacyjnie jako niezgodność zachowania z całym porządkiem prawnym – jest zawsze jednolita, natomiast bezprawie jako jej „ucieleśnienie” przybiera zróżnicowaną postać: bezprawia karnego, cywilnego czy administracyjnego (H. Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen 1952, s. 15-17; H. Welzel, *Das deutsche...* [1969], op. cit., s. 52).

¹⁴⁹⁰ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 125.

¹⁴⁹¹ A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 71.

¹⁴⁹² Chodzi tu rzecz jasna nie o każdy przepis prawa karnego, ale tylko o taki, który określa typ czynu zabronionego zagrożonego karą (zob. A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 71; Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 56), czyli jednostkę redakcyjną tekstu prawnego, która wprost zawiera określenie czynu zabronionego i grożącej za jego popełnienie kary lub kar (zob. K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 106). W takim znaczeniu w dalszej części wywodu na temat zawartości normatywnej tego przepisu będą używane określenia „przepis karny”, „przepis prawnokarny”, „przepis prawa karnego”, „przepis szczególnie kodeksu karnego” itp.

„nie zabijaj!”, ale nie jest to już norma, w ścisłym tego słowa znaczeniu, prawnokarna¹⁴⁹³. W konsekwencji nie istnieje jakaś swoista, odrębna bezprawność karna¹⁴⁹⁴, a prawo karne w zasadzie nie może udzielić odpowiedzi na pytanie co do bezprawności zachowania¹⁴⁹⁵. Prawo karne nie nadaje czynowi predykatu „prawny” lub „bezprawny”, a jedynie predykat „karalny” lub „niekaralny”¹⁴⁹⁶.

Koncepcja A. Zolla wykazuje istotną zaletę, pozwala bowiem na przeprowadzenie wyraźnej linii demarkacyjnej pomiędzy bezprawnością i karalnością czynu, dobrze oddając jednocześnie specyfikę prawa karnego jako ultymatywnego narzędzia kształtowania ludzkich zachowań w sytuacji, gdy środki właściwe innym gałęziom prawa nie są do tego wystarczające¹⁴⁹⁷.

Stanowisko, że dla ustalenia bezprawności decydujące znaczenie ma ujemna wartość rezultatu zachowania z perspektywy chronionych wartości społecznych wyklucza możliwość traktowania tego rezultatu, nawet jeżeli opisany jest w ustawie, jedynie jako obiektywnego warunku karalności, ubocznego dla personalnie pojmowanego bezprawia. Stanowi to barierę dla przenoszenia podstawy odpowiedzialności z czynu na osobę sprawcy¹⁴⁹⁸. Przedmiotowe rozumienie bezprawności, jako płaszczyzny ochrony dóbr prawnych, realizowanej poprzez ogólnosystemowe normy sankcjonowane, ma więc znaczenie gwarancyjne.

¹⁴⁹³ A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 102, idem, *O normie...*, op. cit., s. 71. Jak to wcześniej wspomniano, już K. Binding wyraził pogląd, że przepisy prawa karnego nie zakazują popełniania przestępstw (zob. też J. Śmiałowski, *Zagadnienie przymusu w prawie a struktura normy prawnej*, ZNUJ, „Prace Prawnicze” 1961, z. 8, s. 82). Również na gruncie logiki norm zajmowano stanowisko, że dekodowanie norm sankcjonowanych z przepisów ustawy karnej jest równoznaczne z dopisywaniem do tych przepisów czegoś, czego w nich po prostu nie ma (zob. Z. Ziemia, *Analityczna teoria obowiązku. Studium z logiki deontycznej*, Warszawa 1983, s. 85-90). Podobnie wypowiadał się wcześniej w tej sprawie E. Krzymuski (zob. E. Krzymuski, *Wykład...*, op. cit., s. 243-244).

¹⁴⁹⁴ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 43-44. Według E. Belinga bezprawność nie jest podzielna, nie można też jej zwieliokrotnić wyodrębniając partykularne bezprawności na obszarze różnych gałęzi prawa: w rozumieniu jednego i tego samego porządku prawnego zachowanie może być tylko bezprawne albo niebezprawne (E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 127-133; zob. też Z. Cwiakalski, *Błąd...*, op. cit., s. 29-30 oraz J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 127-128).

¹⁴⁹⁵ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 52.

¹⁴⁹⁶ A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 105.

¹⁴⁹⁷ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 32; idem, *Karalność...*, op. cit., s. 102-103. Także i w tym A. Zoll nawiązał do poglądów K. Bindinga, który zauważył, że ustawodawca, szeregując wszelkie dobra prawne, określa ich wartość rodzajem przyznanej ochrony. Prawo karne jest gałęzią prawa o akcesoryjnym i fragmentarycznym charakterze: jego normy powinny wkraczać tylko wtedy, gdy inne sposoby ochrony prawnej nie są w stanie spełnić swoich zadań, a dotyczyć to może jedynie wąskiej sfery ludzkich zachowań podejmowanych w odniesieniu do najistotniejszych dóbr prawnych (K. Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil*, Leipzig 1902, s. 9-20; cyt. za: P. Girdwoyń, *Republika Federalna Niemiec*, op. cit., s. 227-228; zob. też Z. Cwiakalski, *Błąd...*, op. cit., s. 36-37).

¹⁴⁹⁸ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 52.

Nie można w końcu pominąć, że przedmiotowy sposób rozumienia bezprawności pozwala trafnie oddać normatywny sens tzw. kontratypów, zaś założenie o jej monistycznym, ogólnosystemowym charakterze wyjaśnia te przypadki, w których legalizacja¹⁴⁹⁹ zachowań godzących w dobra prawne następuje z odwołaniem się do norm zawartych w przepisach innych gałęzi prawa (np. cywilnoprawna obrona konieczna [art. 343 i 423 k.c.], stan wyższej konieczności [art. 142 i 424 k.c.], dozwolona samopomoc [art. 343 i 432 k.c.] czy prawo zatrzymania [art. 461 k.c.])¹⁵⁰⁰. Zapewnia również aksjologiczną spójność kontratypu obrony koniecznej: jednolicie rozumiana na gruncie całego systemu prawnego bezprawność zamachu usprawiedliwia jego odparcie z naruszeniem dobra prawnego napastnika, a jej brak – niezależnie od tego, do jakiej gałęzi prawa przynależy przepis – wyklucza kontratyp, obligując osobę zaatakowaną do znoszenia ataku na jej dobro prawne¹⁵⁰¹.

Wszystkie przytoczone zalety koncepcji bezprawności autorstwa A. Zolla są doniosłe, a przy tym – wobec dużej konsekwencji i niewątpliwej teoretycznej elegancji – intuicyjnie wydają się być trafnym modelem tego elementu struktury przestępstwa, który odnosi się do naruszenia przez czyn prawnie wiążącego wzoru zachowania. Pewne problemy ujawniają się jednak przy próbie przeprowadzenia na jej gruncie bardziej szczegółowej analizy wzajemnych relacji normy sankcjonowanej i normy sankcjonującej, w szczególności zaś odnalezienia źródła zakazu składającego się na zakres normowania tej pierwszej, jeżeli nie jest nim – jak uważa A. Zoll – przepis ustawy karnej, w którym wysłowiono zrzęby normy nakazującej wymierzenie kary w razie ustalenia popełnienia określonego w nim czynu¹⁵⁰².

¹⁴⁹⁹ Wynikająca z działania w ramach przewidzianego przez porządek prawny zezwolenia na zachowanie sprzeczne z normą zakazującą lub nakazującą określonego zachowania, odpowiadającego wzorcowi zachowania karalnego opisanego w znamionach ustawowej określoności czynu (zob. H. Welzel, *Das deutsche...* [1969], op. cit., s. 50-51).

¹⁵⁰⁰ Usytuowanie przepisów zawierających zrzęby tych norm jest bez znaczenia, ponieważ – jak to ujął K. Engisch – „prawo tworzy zamkniętą w sobie całość” (K. Engisch, *Die Enhalt der Rechtsordnung*, Heidelberg 1935, s. 57-58; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 98). Również C. Roxin przyjmował, że okoliczności wyłączające bezprawność nie są szczególną materią prawa karnego, ale pochodzą ze wszystkich gałęzi prawa (C. Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 158; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 189). Poza sporem jest natomiast, że norma zezwalająca ustanowiona w systemie prawa, poza prawem karnym, z pewnością legalizuje to zachowanie także na gruncie prawa karnego (tak W. Wróbel podczas dyskusji na zebraniu naukowym Katedry Prawa Karnego UJ – zob. *Zapis dyskusji...*, op. cit., s. 82).

¹⁵⁰¹ Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 98 i literatura tam powołana.

¹⁵⁰² Jak trafnie zauważył Ł. Pohl, przepis karnoprawny (tzw. przepis części szczególnej) ma charakter zrzębowy niezupełny, brak jest w nim bowiem adresata nakazu wymierzenia kary (Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 56).

Na przedpolu trzeba podkreślić, że konieczności odrzucenia tezy o logicznej pierwotności normy sankcjonowanej¹⁵⁰³ nie przesądza, skądinąd całkowicie słuszne, spostrzeżenie Ł. Pohla, że to dopiero fakt sankcjonowania jej przez normę sankcjonującą, do czego dochodzi w wyniku zrębowego wysłownienia tej drugiej w przepisie karnym, czyni z niej normę sankcjonowaną¹⁵⁰⁴. Bez normy sankcjonującej mogą przecież istnieć normy zakazujące lub nakazujące, które można by nazwać normami potencjalnie sankcjonowanymi. Ich pierwotność polega właśnie na tym, że o ile pojęciowo niewątpliwie możliwe jest istnienie norm nakazujących lub zakazujących, którym nie odpowiada żadna karnoprawna norma sankcjonująca, a nawet jakakolwiek norma przewidująca sankcje właściwe dla innej gałęzi prawa¹⁵⁰⁵, o tyle możliwość taka nie zachodzi w przeciwnym kierunku: naruszenie zakresu normowania określonej normy sankcjonowanej jest koniecznym składnikiem zakresu zastosowania normy sankcjonującej.

Podnoszony przez Ł. Pohla problem ma więc, w tej części, wymiar jedynie semantyczny i sam w sobie nie podważa słuszności koncepcji zakładającej, że stwierdzenie karalności czynu jest wtórne wobec ustalenia jego bezprawności, merytorycznie pierwotne wobec normy sankcjonującej są bowiem po prostu normy zakazu lub nakazu o pozakarnym rodowodzie, które po jej ustanowieniu staną się sprzężonymi z nią normami sankcjonowanymi¹⁵⁰⁶.

Poważniejszy kłopot dla koncepcji A. Zolla stwarza natomiast fakt, że w przypadku wielu typów przestępstw, w tym o tak podstawowym dla współczesnego prawa karnego znaczeniu, jak np. zabójstwo, nie sposób znaleźć przepisu *explicite* wysławiającego zakaz dokonywania czynów stypizowanych jako karalne przez przepis karnoprawny¹⁵⁰⁷. Oznacza to alternatywę: albo normy sankcjonowane mają, przynajmniej w niektórych przypadkach, pozaprawny rodowód, albo trzeba je wydobyć z przepisów karnoprawnych określających sankcje za popełnienie czynów w nich stypizowanych. Pierwszy kierunek reprezentowali

¹⁵⁰³ Zob. A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 71-72; idem, *Uwagi o charakterze prawnym stanu wyższej konieczności*, SI 1994, t. 21, s. 182.

¹⁵⁰⁴ Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 37.

¹⁵⁰⁵ Tzw. *leges imperfectae*, nie będące ani normami sankcjonowanymi, ani sankcjonującymi (zob. Z. Ziemiński, *Logiczne...*, op. cit., s. 159; A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 102; idem, *O normie...*, op. cit., s. 72).

¹⁵⁰⁶ Zob. A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 102.

¹⁵⁰⁷ Problem ten dostrzegł K. Binding wskazując, że fakt penalizacji określonych zachowań można odczytać także jako dopuszczenie wyboru pomiędzy zaniechaniem popełniania przestępstw albo ich popełnianiem z ryzykiem poniesienia kary (K. Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung*, Leipzig 1916, s. 39; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 76; zob. też Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 33). Trzeba też przyznać rację Z. Jędrzejewskiemu, że doszukiwanie się podstawy bezprawności zabójstwa np. w art. 415 k.c. razi sztucznością (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 280).

m. in. K. Binding¹⁵⁰⁸ i M.E. Mayer, który źródeł kryminalizowanego zakazu doszukiwał się w normach kulturowych¹⁵⁰⁹, drugi, w zasadzie, H. Kelsen, który stawiając koncepcji bezprawności autorstwa K. Bindinga zarzut arbitralnego tworzenia nieskodyfikowanego porządku normatywnego¹⁵¹⁰, zaznaczał, że nakaz lub zakaz popełniania określonych czynów wynika z samego warunkowego zagrożenia ich karą¹⁵¹¹, zaś to, co „Bindingowi wydaje się samoistną »normą« jest bliższym określeniem okoliczności, z którymi państwowa wola karania pozostaje w związku, określeniem, które samo z siebie nie posiada mocy obowiązującej”¹⁵¹². Podobnie widział to W. Wolter, który retorycznie pytał: „(...) na zasadzie czego należy badać kwestię bezprawności czynu, jeśli ustawa (norma) już określiła czyn, którego popełnienie pociąga za sobą zastosowanie sankcji karnej?”¹⁵¹³, a także I. Andrejew, który wątpił czy prawidłowo odczytuje się funkcję przepisu prawa karnego, gdy patrząc na niego „w oderwaniu od kontekstu, w którym występuje, łatwo się przyjmie, że przepis nic nie mówi o bezprawności”¹⁵¹⁴.

Na gruncie teorii norm sprzężonych dla rozwiązywania omawianego problemu zaproponowano koncepcję, w myśl której przepis karnoprawny, będąc przepisem pluralnym różnorodnie, wysławia trzy normy: sankcjonującą, sankcjonowaną oraz kompetencyjną¹⁵¹⁵.

¹⁵⁰⁸ Według Bindinga normy zakazujące zachowań opisanych w przepisach prawa karnego można wywieść pośrednio z samej ustawy karnej i potrzeb ustawodawstwa, norm prawa pisanego i historii prawa (Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 75). Są one głęboko zakorzenione w społeczeństwie, ponieważ stanowią „dziedzictwo tysięcy lat” (K. Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung*, Leipzig 1890, s. 4 i nast.; K. Binding, *Handbuch...*, op. cit., s. 155 i nast.). W przedwojennej nauce polskiej analogiczne stanowisko zajmowali S. Glaser (S. Glaser, *Polskie...*, op. cit., s. 131-132) oraz W. Makowski (W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 95-96).

¹⁵⁰⁹ Zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 33.

¹⁵¹⁰ H. Kelsen, *Czysta...*, op. cit., s. 122-123; idem, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego. W rozwinięciu nauki o normie prawnej* [tyt. oryg. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus dem Lehre vom Rechtssatze*], tłum. T. Przorski, Wilno 1935 [wyd. oryg. Tübingen 1911], s. 341.

¹⁵¹¹ H. Kelsen, *Podstawowe...*, op. cit., s. 288 i 315; zob. też A. Peretiatkowicz, *Teoria prawa i państwa H. Kelsena*, RPEiS 1937, z. 4, s. 456-457. W nauce polskiej podobną myśl wyrazili J. Makarewicz, który podkreślił, że „(...) wszystko to, co prawo karne uznaje za przestępstwo jest równocześnie bezprawiem” (J. Makarewicz, *Błąd...*, op. cit., s. 35) oraz S. Śliwiński, według którego „bezprawność czynu przestępnego wynika nie z »bezbarwnego« opisu istoty danego przestępstwa, lecz z kary przypisanej za dany czyn. W karze mieści się ujemne wartościowanie pewnej istoty czynu, z zagrożenia karnego wypływa bezprawność danego czynu zabronionego pod groźbą kary, a więc z prawem niezgodnego. Z zagrożenia wszystkich czynów przestępnych karą wypływa wniosek, że bezprawność czynu jest cechą ogólną przestępstw, a nie cechą szczególną pewnego rodzaju przestępstwa” (S. Śliwiński, *Polskie...*, op. cit., s. 144; zob. też L. Lernell, *Wykład...*, op. cit., s. 13-14).

¹⁵¹² H. Kelsen, *Podstawowe...*, op. cit., s. 358; zob. też K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 59 oraz S. Wronkowska [w:] *Zarys...*, A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, op. cit., s. 102.

¹⁵¹³ W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 84.

¹⁵¹⁴ [publikacja bez tytułu w dziale „Polemiki”], PiP 1975, z. 10, s. 119.

¹⁵¹⁵ Zob. M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 70-73. Za stanowiskiem, że przepis karny zawiera, obok normy sankcjonującej, także normę sankcjonowaną, opowiedzieli się m. in. L. Nowak (L. Nowak, *Próba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa*, Poznań 1968, s. 115-116; idem, *Interpretacja prawnicza*, op. cit., s. 91-93), W. Patryas (zob. W. Patryas, *Interpretacja...*, op. cit., s. 19), K. Buchała (K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 106-108) i Ł. Pohl (Ł. Pohl, *Struktura...*,

Według Ł. Pohla norma sankcjonująca musi pociągać za sobą normę sankcjonowaną, ponieważ ustalenie jej przekroczenia jest podstawowym składnikiem zakresu zastosowania (hipotezy) normy sankcjonującej¹⁵¹⁶. Również zdaniem K. Buchały, choć dyspozycje norm sankcjonowanych nigdy nie są wyrażone wprost w przepisie prawnokarnym, to jednak pośrednio wyraża je określenie czynu zabronionego zagrożonego karą¹⁵¹⁷. Inną drogą do równoważnego rezultatu doszedł natomiast W. Wróbel, który uznając, że norma sankcjonowana nie może być wyprowadzana z normy sankcjonującej, przyjął, że źródło tej pierwszej (operator deontyczny zakazu) odnaleźć można w przepisie art. 120 § 1 k.k. z 1969 r. (obecnie art. 115 § 1 k.k.)¹⁵¹⁸.

Wobec zarzutu przeciwników omawianej koncepcji, że odnajduje ona w przepisie karnoprawnym coś czego po prostu w nim nie ma, jej zwolennicy podnoszą, że przepis taki jest równie daleki od pełnego i dosłownego wyrażenia także normy sankcjonującej, nie ma więc podstaw do doszukiwania się w nim jakiejkolwiek normy wyrażonej *explicite*¹⁵¹⁹.

op. cit., passim). Dla porządku należy dodać, że norma kompetencyjna upoważnia właściwe organy do wymierzenia przewidzianych w normach sankcjonujących dolegliwości (zob. K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 106). Bywa ona, w zależności od ujęcia traktowana albo jako norma samodzielna, albo jako składnik zespołu dwóch norm tworzących normę sankcjonującą (normy kompetencyjnej oraz normy nakazującej użycie kompetencji) (zob. W. Wróbel, *Zmiana...*, op. cit., s. 66-68; idem, *Struktura...*, op. cit., s. 96-97).

¹⁵¹⁶ Zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 37 i 59-61.

¹⁵¹⁷ Wobec takiego stanowiska zaskakujący wydaje się równocześnie wyrażony przez K. Buchałę pogląd, że „pierwotnymi są niewątpliwie normy sankcjonowane, natomiast normy sankcjonujące i kompetencyjne, aczkolwiek ściśle związane z normami sankcjonowanymi, wykazują jednak charakter wtórny”. Inną osobliwością u tego autora było połączenie koncepcji norm sprzężonych z modelem trójczłonowym. W tym ujęciu każdy rodzaj normy (sankcjonowana, sankcjonująca i kompetencyjna) zbudowany jest nie tylko z hipotezy i dyspozycji [zakresu zastosowania i zakresu normowania – J.R.], ale zawiera także sankcję (zob. K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 106-108).

¹⁵¹⁸ W. Wróbel, *Struktura...*, op. cit., s. 98-102. Podobnie wypowiedział się już wcześniej W. Wolter zauważając, że nie ma potrzeby podkreślania w definicji przestępstwa bezprawności obok pojęcia czynu zabronionego (ustawowego zakazu karnego), logicznie niemożliwe jest bowiem, by czyn był zabroniony przez ustawę karną, a nie był zakazany przez prawo (W. Wolter, *W sprawie społecznego niebezpieczeństwa i bezprawności*, NP 1956, z. 2, s. 74).

¹⁵¹⁹ M. Zieliński, *Interpretacja...*, op. cit., s. 71-72. Choć sporo racji jest w spostrzeżeniu Ł. Pohla (zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 50), że żadna norma nie jest wyrażona w przepisie *expilicite*, wydobyć z niego jakiejkolwiek normy wymaga bowiem zawsze zabiegów interpretacyjnych odwołujących się także do innych przepisów (np. części ogólnej kodeksu karnego – zob. K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 107), to jednak nie da się, mimo wszystko, zaprzeczyć, że tradycyjny podział norm na wprost (*explicite*) i domyślnie (*implicite*) w przepisie zawarte, trafnie oddaje pewne zróżnicowanie w sposobie ich kodowania. W niektórych przypadkach najważniejsze elementy normy można wyprowadzić z danego przepisu za pomocą samego odczytania znaczenia słów w nim użytych, czy to potocznego czy zaprojektowanego za pomocą definicji legalnych, podczas gdy w innych wymagają one odtworzenia za pomocą bardziej skomplikowanych zabiegów interpretacyjnych odwołujących się do logiki formalnej, założenia o zupełności i niesprzeczności systemu prawa, reguł wnioskowania o normach (inferencyjnych), funkcji danej normy albo rozstrzygnięć o charakterze aksjologicznym. Oczywiście nie istnieją normy wysłowione w przepisie całkowicie *explicite*, a dychotomiczny podział norm według przytoczonego kryterium silnie upraszcza skomplikowaną rzeczywistość zawartości normatywnej przepisu prawa, niemniej jednak trafnie oddaje on pewną intuicyjną prawdę, że istnieją normy, które zawarte są w przepisie „bardziej bezpośrednio” od innych. Z tego punktu widzenia rację ma Cz. Gofroń, że przepis karnoprawny, ze względu na jego słowne ujęcie, w pierwszej kolejności daje podstawę do wyprowadzenia normy sankcjonującej, a nie sankcjonowanej (Cz. Gofroń, *Problematyka ogólna normy*

Uważają oni również, że odrzucenie proponowanego stanowiska prowadziłoby do podważenia zasady wyrażonej w art. 1 § 1 k.k., zgodnie z którą warunkiem odpowiedzialności karnej jest popełnienie czynu zabronionego przez ustawę, ponieważ niektóre z zachowań byłyby zagrożone karą, choć nie zostały przez nią zabronione¹⁵²⁰.

Koncepcja pluralnej różnorodności przepisu karnoprawnego rozwiązuje, co prawda, problem izolowanych norm sankcjonujących, dla których trudno poza obszarem prawa karnego znaleźć wyraźnie wyartykułowane normy sankcjonowane, jej konsekwencją jest jednak odseparowanie tej gałęzi od innych dziedzin prawa, w wyniku czego gubi się jego specyfika jako ultimatywnego środka zabezpieczenia najważniejszych norm całego porządku prawnego. Płaszczyznę bezprawności – zwłaszcza, gdy równocześnie przyjmuje się, że w zakresie normowania normy sankcjonowanej mieszczą się znamiona strony podmiotowej czynu¹⁵²¹ – sprowadza się w ten sposób do inferencyjnego, lustrzanego odbicia typizacji czynów karalnych¹⁵²². Takie ujęcie sprzężenia norm pozbawia bowiem normę sankcjonowaną wszystkich elementów, które byłyby wyłącznie jej właściwe, traktując ją jako proste wysłowienie za pomocą operatora deontycznego zakazu lub nakazu tego, co w pełni pokrywa się z ustawowym opisem czynu stypizowanego jako karalny¹⁵²³. Tak rozumiana płaszczyzna bezprawności straciłaby jakiegokolwiek samodzielny wpływ na ostateczny wynik prawnokarnego wartościowania, co nakazywałoby po prostu wyeliminować ją z modelu struktury przestępstwa.

Wsparcia dla pojmowania bezprawności jako sfery zakazów i nakazów zawartych w normach sankcjonowanych (potencjalnie sankcjonowanych), które – a przynajmniej niektóre z nich – stanowią *prius* wobec ustanowionych w sposób właściwy współczesnym systemom prawnym karnoprawnych norm sankcjonujących, dostarczyć może przyjęta

prawnokarnej, [w:] red. T. Bojarski, *Problemy ewolucji prawa karnego*, Lublin 1990, s. 14-15). Sam zresztą Ł. Pohl posługuje się tą konwencją, gdy argumentuje, że wobec treści art. 1 k.k. w każdym przepisie zrębowo wysławiającym normę sankcjonującą wysłowiony jest *i m p l i c i t e* [podkr. własne] również operator normatywny zakazu, który zabrania (działania / zaniechania) określonego w tym przepisie, którego stwierdzenie jest bazowym warunkiem aktualizacji normy sankcjonującej (zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 59-60).

¹⁵²⁰ M. Zieliński, *Interpretacja...*, op. cit., s. 71-72.

¹⁵²¹ Tak Ł. Pohl (Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 110-134), rozwijając koncepcję H. Kelsena, który przyjmował, że do stanu naruszenia prawa określonego normą należy nie tylko sam fakt zabicia człowieka, ale także wewnętrzny psychiczny zamiar (H. Kelsen, *Podstawowe...*, op. cit., s. 190).

¹⁵²² Tak wprost Ł. Pohl (Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 61), a także R. Dębski, *Pozaustawowe...*, op. cit., s. 49.

¹⁵²³ Warto w tym kontekście przytoczyć słowa T. Kaczmarka, który krytykując stanowisko zaliczające m. in. bezprawność do ustawowych znamion, zauważył, że przyjmując je „na dobrą sprawę, zarówno pojęcie społecznego niebezpieczeństwa czynu i jego bezprawności można by właściwie zastąpić pojęciem zespołu znamion – skoro właściwości te należą do rzędu zespołu znamion i są ponadto tak ściśle ze znamionami zespolone, że »nie ma czynu o właściwościach ustawowych znamion, który nie byłby społecznie niebezpieczny i bezprawny, gdyż tego rodzaju przypadek jest niemożliwy, jako że brak tych właściwości oznacza zarazem brak ustawowych znamion«” (T. Kaczmarek, *Materialna...*, op. cit., s. 36).

w niniejszej rozprawie perspektywa uznająca prawo za normatywne zjawisko społeczne (związek norm pierwotnych i wtórnych), które nie ogranicza się do norm stanowionych przez państwo. Zgodnie z nią państwo (jako kategoria ogólna) wykształciło się w procesie rozwoju złożoności społecznej później, aniżeli zjawisko normatywne spełniające kryteria prawności. Zmonopolizowanie przez państwo funkcji prawotwórczych, co odnosi się zwłaszcza do stosowania zinstytucjonalizowanego przymusu jako regulacji wtórnej sankcjonującej brak posłuchu wobec regulacji pierwotnej, nie oznacza jednak, że całkowicie obumarło istniejące wcześniej „prawo naturalne” – zespół nie ustanowionych we współczesnym tego słowa znaczeniu, ale mimo to zinternalizowanych i zeksternalizowanych przez społeczeństwo norm prawnych. Właśnie na tym obszarze można doszukiwać się źródła nakazów i zakazów, które w wyniku ustanowienia przepisów zawierających normy sankcjonujące zostają z nimi sprzęgnięte jako normy sankcjonowane. Do takich norm należy np. zakaz uśmiercenia innej osoby, spowodowania obrażeń jej ciała, zakaz zgwałcenia, kazirodztwa, pozbawiania innej osoby wolności, czy dokonania kradzieży należącej do niej rzeczy¹⁵²⁴.

Trzeba zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, te nieustanowione przez państwo, ale obowiązujące zakazy lub nakazy, z zasady odnoszą się do takich wartości społecznych, które są bliskie biologicznie ukształtowanej naturze człowieka (istotnych dla spoistości grupy, fizycznej egzystencji jednostki i jej materialnych podstaw, prokreacji, wolności osobistej itp.). Właśnie one sankcjonowane są przez normy sankcjonujące zawarte w przepisach określających typy czynów zabronionych, które I. Andrejew nazywał przestępstwami „o jaskrawej naganności moralnej” (np. zabójstwo, zgwałcenie, kazirodztwo, rozbój, kradzież itp.). Znamienne jest, że to właśnie w przypadku tego rodzaju przestępstw z reguły w systemie prawa danego państwa nie da się odnaleźć przepisu, który wprost wysławiałby stosowną normę sankcjonowaną, tak jak gdyby ustawodawca uświadamiał sobie niedorzeczność stanowienia przepisów, które sprowadzałyby się do powtórzenia najbardziej oczywistych powinności, które obowiązują same przez się. Jak sądzę, to właśnie płaszczyzna bezprawności przestępstw „o jaskrawej moralnej naganności” jest tym – faktycznie istniejącym – zjawiskiem, które R. Garofalo określał jako „przestępstwa naturalne”, a które lepiej byłoby chyba określić mianem „czynów naturalnie bezprawnych”¹⁵²⁵.

¹⁵²⁴ Oczywiście zakazy takie nie są – jak to słusznie podkreślał J. Makarewicz – w pełni uniwersalne, ponieważ na różnych etapach rozwoju cywilizacyjnego mogły być relatywizowane, np. poprzez ograniczanie ich zasięgu wyłącznie do członków własnej grupy lub wykluczenie z ich zakresu określonych kategorii osób.

¹⁵²⁵ W kontekście prowadzonych tu rozważań interesująco przedstawia się uzasadnienie kodeksu karnego z 1932 r., w którego fragmencie odnoszącym się do przepisu art. 20 § 2 k.k., normującego konsekwencje nieświadomości bezprawności czynu (fakultatywne nadzwyczajne złagodzenie kary), wskazano: „Bezprawność

Po drugie, wydaje się, że współcześnie, zwłaszcza w systemach prawa kontynentalnego, dopiero stanowienie przepisów prawa karnego zawierających normy sankcjonujące, nadaje tego rodzaju społecznie zinternalizowanym i zeksternalizowanym zakazom status prawa, ponieważ do tego momentu mamy do czynienia z unormowaniami pierwotnymi o charakterze jedynie moralnym. Twierdzenie to, wbrew pozorom, nie pozostaje w żadnej sprzeczności z tym co napisano powyżej. Zjawisko prawne ukształtowało się w drodze nadbudowywania reguł wtórnych nad regułami pierwotnymi. Istniało jako takie na długo zanim wykształciły się współczesne formy stanowienia prawa, w tym jego pisemny i sformalizowany nośnik, jakim jest ustawa. Wspominani już wcześniej przysięgli w Clarendon orzekając w roku 1164 w sprawie oskarżonego o morderstwo, gwałt czy rabunek i wymierzając mu za takie czyny karę stosowali cały zespół norm o charakterze pierwotnym i wtórnym, zarówno sankcjonujących, jak i proceduralnych, pomimo że nie były one ustanowione ani skodyfikowane w taki sposób, jaki znamy ze współczesnych systemów prawnych. Stosowane wówczas narzędzia normatywne dziś wydają się nam prymitywne i mało skuteczne, nie podważa to jednak ich istoty i funkcji¹⁵²⁶. Wraz z rozwojem cywilizacyjnym doszło do niezwykle doniosłej zmiany, która polegała na zmonopolizowaniu przez państwo regulacji wtórnej i nadaniu jej precyzyjnych ram formalnych¹⁵²⁷. Konsekwencją tego był zanik „naturalnej” regulacji wtórnej, a jej relikty przetrwały głównie wśród norm pierwotnych. W konsekwencji bez wtórnych norm prawa stanowionego sankcjonujących ich naruszenia można byłoby te „naturalne” normy pierwotne, takie jak np. zakaz zabijania czy rabunku, uznać wyłącznie za normy moralne. Ich stypizowanie w przepisach ustawy karnej niejako wydobywa spośród powinności moralnych odpowiadające ustawowej określoności zakresy normowania, przekształcając je w normy sankcjonowane o prawnokarnym charakterze.

Nie widzę powodów by wykluczać, że zjawisko prawne może stanowić zespół norm pierwotnych i wtórnych pochodzących z kategorialnie odmiennych źródeł: ustanowionych

to nie jest konieczne karygodność [określeniem tym posługiwano się w tym czasie w takim znaczeniu, jakie ma współcześnie termin „karalność” – J.R.]. Sprawca może nie znać istniejącego przepisu ustawy karnej, do poczytania mu danego czynu wystarczy jednak, jeśli stwierdzone będzie, że postępowanie jego sprzeciwia się ogólnemu poczuciu prawa” (cyt. za: J. Jamontt, E.St. Rappaport, *Kodeks karny r. 1932*, Warszawa 1932, s. 225-227; zob. też J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 133-135). Z kolei S. Glaser wprost wskazywał, że bezprawność oznacza sprzeczność zachowania z „całokształtem prawa przedmiotowego”, w tym normami prawa zwyczajowego (S. Glaser, *Polskie...*, op. cit., s. 131-132).

¹⁵²⁶ Podobnie jak w przypadku sierpa czy radła, które stanowiły dostępne na wcześniejszych etapach rozwoju technologicznego odpowiedniki współczesnych, zaawansowanych maszyn rolniczych.

¹⁵²⁷ Rację miał W. Wolter, że zasada *nullum crimen sine lege* oznacza m. in. zakaz opierania się [w typizacji przestępstw – J.R.] na prawie zwyczajowym (zob. W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 48 i literatura tam przywołana).

przez właściwe organy państwowe w przewidzianym w danym porządku prawnym trybie karnoprawnych norm sankcjonujących sprzężonych z normami sankcjonowanymi nie wynikającymi z przepisów prawa stanowionego, ale obowiązującymi w społeczeństwie jako zakazy stosowane w praktyce i postrzegane z wewnętrznego punktu widzenia¹⁵²⁸.

Stanowisko to nie stwarza też żadnego zagrożenia dla realizacji funkcji gwarancyjnej, zasada *nullum crimen sine lege* odnosi się bowiem wyłącznie do normy sankcjonującej, która – niezależnie od przyjętej koncepcji normy sankcjonowanej – zawsze wynikać musi z przepisu karnoprawnego rangi ustawowej, spełniającego warunki minimalnej określoności (*lex scripta et praevia, stricta, certa*). Nie budzi wątpliwości, że pełną realizację funkcji gwarancyjnej zapewnia samo istnienie normy sankcjonującej spełniającej wymogi zasady ustawowej określoności, a nie ma na to wpływu fakt sprzężenia jej z normą sankcjonowaną nie mającą swojego źródła w państwowym prawie stanowionym. Tak właśnie należy odczytać, jak się wydaje, określony w przepisie art. 1 § 1 k.k. warunek by odpowiedzialności karnej podlegał ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Wymóg ustawowej określoności wiązać tu należy z faktem zagrożenia karą czynu zabronionego, a nie z samym jego zabronieniem.

Łatwo to sobie uzmysłować, gdy zwrócimy uwagę na fakt, że zakres normowania normy sankcjonowanej wyznaczany jest przez reguły postępowania z dobrem prawnym¹⁵²⁹, te zaś w niewielkiej tylko części zawarte są przecież w przepisach prawa stanowionego (a tym bardziej rangi ustawowej), najczęściej mają natomiast charakter nieskodyfikowanych, nienormatywnych reguł celowościowo-obiektywnych¹⁵³⁰. Z natury rzeczy nie jest zresztą możliwe całościowe ich uregulowanie w przepisach prawa stanowionego. Skoro rekonstrukcja normy sankcjonowanej zawsze wymaga, w większym lub mniejszym stopniu, odwołania się do elementów nie wyartykułowanych w przepisach prawa, nie widzę powodu, żeby wykluczyć możliwość istnienia takich norm sankcjonowanych, których cały zakres normowania (np. „Nie zabijaj!”) usytuowany jest poza skodyfikowanym prawem.

Błędna jest również teza, że stanowisko, zgodnie z którym przepis karny nie zawiera normy sankcjonowanej (czy jej zrębów), implikuje możliwość pociągania do

¹⁵²⁸ R. Dębski określił je mianem norm nieskodyfikowanych (R. Dębski, *Pozaustawowe...*, op. cit., s. 51).

¹⁵²⁹ Na tym obszarze normy sankcjonowanej sytuuje naruszenie tych reguł również Ł. Pohl, zaznaczając jednak, że stanowią one „pierwotny wobec zbioru norm sankcjonowanych materiał normatywny”, spełniając funkcję tzw. wstępnych warunków normowania normą określonego zachowania (zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 101-104).

¹⁵³⁰ Odmiennie Ł. Pohl, który przyjmuje, że reguły ostrożności są ustanowionymi bądź uznanymi normami prawnymi (Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 98).

odpowiedzialności karnej za czyny zagrożone karą przez ustawę, choć nie bezprawne. Pomija ona, że bezprawność jest samodzielnym aspektem struktury przestępstwa, a wobec tego warunkiem pociągnięcia kogokolwiek do odpowiedzialności karnej – na równi z identyfikacją w jego zachowaniu ustawowych znamion typu – jest stwierdzenie bezprawności jego czynu¹⁵³¹. Istnieją więc czyny bezprawne, które nie są zagrożone karą przez ustawę, ale i takie, które są stygizowane w ustawie karnej, choć nie są bezprawne¹⁵³². Ten ostatni przypadek może wynikać w szczególności ze spełnienia przez zachowanie znamion kontratypu. Z faktu realizacji ustawowej określoności czynu można domniemywać jego bezprawność¹⁵³³, ale fakt ten jej nie przesądza. Nie ma też żadnej antynomii w tym, że pewne zachowania są przez ustawę określone jako czyny zagrożone karą, a jednocześnie nie są zakazane¹⁵³⁴.

Analizując przedstawiony problem na gruncie obecnie obowiązującego polskiego prawa karnego trzeba wziąć pod uwagę również przepis art. 115 § 1 k.k., który stanowi, że czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej. Wprowadzenie tej definicji byłoby pozbawione sensu, gdyby przyjąć, że przepis karny ze swej istoty zawiera normę sankcjonowaną. Z samego faktu typizacji takiego czynu w ustawie karnej wynikałoby przecież jego zabronienie, a w konsekwencji definicja zawarta w art. 115 § 1 k.k. miałaby kolisty charakter. Problem ten rozwiązuje wprawdzie koncepcja W. Wróbla, w myśl której przepis szczególny zawiera normę sankcjonowaną nie z powodu zawarcia w nim normy sankcjonującej, lecz właśnie z uwagi na wyraźne sformułowanie usytuowane w art. 115 § 1 k.k.¹⁵³⁵, tym niemniej jednak nie eliminuje ona kolejnej poważnej wady omawianych rozwiązań teoretycznych. Przy takim rozumieniu pojęcia „czyn zabroniony” powstaje bowiem poważna trudność z wyjaśnieniem statusu zachowania o znamionach określonych

¹⁵³¹ Na samodzielną rolę w strukturze przestępstwa bezprawności zachowania, której nie przesądza stwierdzenie zgodności zachowania z ustawową określonością, uwagę zwrócił już E. Beling (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 62-63).

¹⁵³² Zob. S. Glaser, *Polskie...*, op. cit., s. 148-149.

¹⁵³³ Tak m. in. H. Welzel, *Das deutsche...* [1969], op. cit., s. 80, a w literaturze polskiej np. S. Glaser, *Polskie...*, op. cit., s. 132.

¹⁵³⁴ Twórca współczesnego pojęcia *Tatbestandu* E. Beling uważał, że klasy czynów bezprawnych i urzeczywistniających istotę czynu (karalnych) pozostają ze sobą w stosunku logicznym krzyżowania się (E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 146). Z kolei H. Welzel podkreślał, że istota czynu wskazuje na bezprawność, ale jej nie przesądza, ponieważ konkretne zachowanie może opierać się na wypowiedzi zezwalającej i być dozwolone (H. Welzel, *Das deutsche...* [1969], op. cit., s. 53).

¹⁵³⁵ W. Wróbel, *Struktura...*, op. cit., s. 100-102. Podobne stanowisko zajęli P. Kardas (P. Kardas, *O relacjach...*, op. cit., s. 42-43) i M. Dąbrowska-Kardas (M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 103).

w ustawie karnej, które podjęte zostało w warunkach kontratypu¹⁵³⁶, a jedynym sposobem umożliwiającym pogodzenie proponowanego znaczenia terminu „czyn zabroniony” z treścią art. 115 § 1 k.k. byłby – jak się wydaje – powrót do dawnej teorii negatywnych znamion¹⁵³⁷ w tym jej wariacie, który zalicza do nich zaprzeczenie kontratypu¹⁵³⁸. Tylko założenie, że czyn popełniony w warunkach kontratypu nie jest zachowaniem o znamionach określonych w ustawie karnej pozwoliłoby bowiem odczytywać przepis art. 115 § 1 k.k. jako równościową definicję czynu bezprawnego. Koncepcja zaprzeczenia kontratypu jako negatywnego znamienia czynu zabronionego została jednak słusznie odrzucona między innymi przez A. Zolla, który celnie wskazuje na tkwiącą w niej nieusuwalną wewnętrzną sprzeczność, polegającą na tym, że kontratyp, nie mając samoistnego charakteru i każdorazowo czerpiąc swą treść z określonego typu czynu zabronionego, musiałby być odnoszony do zespołu znamion obejmującego także własne zaprzeczenie¹⁵³⁹.

Działanie w warunkach kontratypu wiąże się z realizacją zezwolenia na zachowanie godzące w dobro prawne i naruszające reguły postępowania z nim¹⁵⁴⁰. Zezwolenie to

¹⁵³⁶ Termin ten wprowadził W. Wolter na określenie okoliczności wyłączającej bezprawność czynu, podkreślając nim zasadnicze cechy określonych za jego pomocą instytucji prawa karnego: typizację zgeneralizowanych zachowań ludzkich, jej przeciwstawną funkcję do typizacji czynów zabronionych (zob. W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 58-59) oraz wtórny charakter wobec typu czynu zabronionego, wyrażający się w tym, że kontratyp nie istnieje samoistnie, ale zawsze w powiązaniu z konkretnym typem, który koryguje (W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, PiP 1963, z. 10, s. 504).

¹⁵³⁷ Tak również K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 212.

¹⁵³⁸ Na temat teorii negatywnych znamion zob. zwłaszcza A. Zoll, *Stosunek kontratypów do ustawowej określoności czynu*, PiP 1975, z. 4, s. 89-90; idem, *Okoliczności...*, op. cit., s. 61-62 i 73-77; W. Wolter, *Z problematyki struktury przepisów karnych*, PiP 1978, z. 11, s. 35-36; idem, *Nauka...*, op. cit., s. 105-108; idem, *Funkcja...*, op. cit., s. 110-112; W. Mąciór, *Negatywne znamiona istoty czynu*, PiP 1964, z. 5-6, s. 858; W. Patryas, *Interpretacja...*, op. cit., s. 23; Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 183-186.

¹⁵³⁹ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 74-75. Trudne do zaakceptowania są również konsekwencje teorii negatywnych znamion na poziomie aksjologicznym, zrównuje ona bowiem dozwolony atak na dobro prawne z zachowaniami w ogóle nie godzącymi w dobro prawne, otwierając w ten sposób pole do opartego na kryteriach ideologicznych lub politycznych ograniczenia gwarancji prawnych (A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 101-102). Za stanowiskiem, że wypowiedzi zezwalające wyłączają bezprawność zachowania, ale nie jego zgodność z istotą czynu opowiedział się również H. Welzel (H. Welzel, *Das deutsche...* [1969], op. cit., s. 80-81).

¹⁵⁴⁰ Wspomnieć tu trzeba, że w literaturze niemieckiej, zwłaszcza na gruncie teorii negatywnych znamion, opowiadano się również przeciwko stanowisku zakładającemu, że kontratypy opierają się na wypowiedzi deontycznej o charakterze zezwalającym. Stanowisko to odwołuje się do starej *Imperativentheorie*, przyznającej samodzielne znaczenie normatywne jedynie nakazom i zakazom. Według A. Kaufmanna posługiwanie się kategorią zezwolenia jest przejawem myślenia cywilistycznego, które nie przystaje do prawa karnego – porządek prawny nie przyznaje prawa podmiotowego do zabicia w obronie koniecznej, lecz jedynie nie uznaje takiego zachowania za bezprawie (na temat polemiki w tej sprawie pomiędzy H. Welzlem i A. Kaufmannem zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 131-132 i powołane tam prace obu autorów). Kierunek ten zastępuje pojęcie zezwolenia, wyłączającego jednolicie rozumianą bezprawność w całości, pojęciem usprawiedliwienia, które ma znaczenie jedynie na obszarze partykularnie rozumianego bezprawia karnego (Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 264). Stanowisko opowiadające się za jednolitą, ogólnosystemową bezprawnością pociąga za sobą konieczność uznania, że – abstrahując tu od tej czy innej koncepcji dozwolenia w logice deontycznej (dla ostatecznego wyniku prowadzonych tu rozważań nie ma bowiem znaczenia czy dozwolenie będziemy traktować jako kategorię samodzielną, jako kombinację modalności o charakterze imperatywnym,

sytuowane jest dwojako: postrzega się je albo jako ograniczenie „od wewnątrz” normy, albo odrębną wypowiedź normatywną. Pierwszy punkt widzenia reprezentował np. K. Binding, według którego brak okoliczności wyłączającej bezprawność czynu mieści się w hipotezie normy sankcjonowanej¹⁵⁴¹. Z kolei A. Zoll opowiada się przeciwko inkorporowaniu wypowiedzi zezwalającej do normy zawierającej zakaz lub nakaz, ponieważ „wtopienie” zezwolenia w tę normę byłoby – jego zdaniem – równoznaczne z przyjęciem teorii negatywnych znamion, z wszelkimi jej wadami, w tym nieusuwalną wewnętrzną sprzecznością. Wypowiedź nakazująca lub zakazująca zawsze musi bowiem stanowić logiczne *prius* wobec zezwolenia na jej naruszenie¹⁵⁴².

Pomimo tych zastrzeżeń uznać należy, że zachowanie realizujące znamiona kontratypu nie jest sprzeczne z normą sankcjonowaną¹⁵⁴³, ponieważ uprawnienie do dokonania takiego czynu ogranicza zasięg wyrażonego w jej zakresie normowania zakazu¹⁵⁴⁴. Skoro zakresem normowania normy sankcjonowanej jest klasa (zbiór) wszystkich czynów przez nią zakazanych¹⁵⁴⁵ to nie można utrzymywać, że istnieją takie czyny, które naruszają normę sankcjonowaną, a mimo to nie są czynami bezprawnymi. Wskazana niekonsekwencja wynika, jak się wydaje, z błędu przesunięcia kategorialnego, który polega w tym przypadku na niedostatecznym odróżnieniu przepisów prawnych od zawartych w nich norm. Ich utożsamianie prowadzi do konkluzji, że pozbawienie człowieka życia jest sprzeczne z normą sankcjonowaną, którą sankcjonuje przepis art. 148 § 1 k.k., a dozwolonym z uwagi na normę uprawniającą do pozbawienia życia innej osoby w warunkach obrony koniecznej.

czy też jako wypowiedź performatywną znoszącą uprzedni nakaz lub zakaz) – to właśnie uprawnienie przyznane przez system prawny decyduje o legalizacji wtórnej zachowania atakującego dobro. Istotą kontratypu jest więc zezwolenie na takie zachowanie, a nie jedynie jego usprawiedliwienie.

¹⁵⁴¹ Zdaniem K. Bindinga, wyjątki wydzielają spod działania normy pewną grupę zachowań i zmniejszają jej zakres działania, przekształcając ją z bezwarunkowej (nie powinieneś zabijać) na warunkową (nie powinieneś zabijać, jeśli nie wystąpią okoliczności, które zabicie usprawiedliwiają lub cię do zabicia zobowiązują). Binding nie był w tym jednak konsekwentny i w późniejszych pracach wypowiadał również pogląd przeciwny (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 69; Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 32).

¹⁵⁴² Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 124.

¹⁵⁴³ Odmiennie Ł. Pohl i M. Bielski, według których badanie, czy sprawca czynu zabronionego popełnił go w warunkach kontratypu, następuje nie na poziomie normy sankcjonowanej, lecz na poziomie normy sankcjonującej w jej zakresie zastosowania (M. Bielski, *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, CzPKiNP 2010, z. 2, s. 25-50; Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 79 i 185-186; idem, *Podmiotowe znamiona czynu zabronionego w strukturze przestępstwa*, PiP 2006, z. 2, s. 65 i nast.; idem, *Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania*, RPEiS 2006, z. 1, s. 61-63; idem, *Uwagi na marginesie dialogu z prof. Wojciechem Patryasem*, RPEiS 2006, z. 4, s. 184). Dodać trzeba, że stanowisko sytuujące kontratyp na płaszczyźnie karalności odpowiada poglądom twórcy pojęcia kontratypu W. Woltera (zob. A. Zoll [w:] *Zapis dyskusji...*, op. cit., s. 64-65).

¹⁵⁴⁴ Tak m. in. W. Wróbel, *Relacyjne...*, op. cit., s. 8; M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 61; M. Zieliński, *Interpretacja...*, op. cit., s. 78 oraz Z. Ziemiński, *Analiza...*, op. cit., s. 169. Por. też H. Welzel, *Das deutsche...* [1969], op. cit., s. 50-51 oraz T. Kaczmarek [w:] *Zapis dyskusji...*, op. cit. 84-86.

¹⁵⁴⁵ Zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 62-63.

Jest ona jednak wadliwa, ponieważ w systemie prawa nie mogą obowiązywać dwie normy wzajemnie sprzeczne, natomiast sprzeczności dostrzegalne na poziomie przepisów prawa („sformułowań prawa, a nie prawa”) z reguły mają charakter pozorny i wynikają z niedostatecznego ustalenia ich znaczenia, zakresów obowiązywania lub zastosowania norm¹⁵⁴⁶.

Stanowisko sytuujące znamiona kontratypu w zakresie zastosowania normy sankcjonowanej, wbrew obawom A. Zolla, nie opiera się na teorii negatywnych znamion, która dotyczy przecież zupełnie innej płaszczyzny w strukturze przestępstwa. Brak przestępności takiego czynu nie wynika z jego niezgodności z zespołem znamion zawartym w karnoprawnym przepisie szczególnym (trzonem ustawowej określoności), do czego istotnie konieczne byłoby posłużenie się teorią negatywnych znamion, ale z faktu, że czyn, który jest zgodny z tym ustawowym wzorcem czynu karalnego nie narusza normy sankcjonowanej. Traktowanie zaprzeczenia kontratypu jako znamienia negatywnego typu czynu zabronionego jest błędne¹⁵⁴⁷, skoro jak to trafnie ujął sam A. Zoll, kontratypy stanowią negatywne znamię bezprawności¹⁵⁴⁸.

Usytuowanie zezwolenia wynikającego ze znamion kontratypu w zakresie zastosowania normy sankcjonowanej nie prowadzi też, wbrew pozorom, do błędu logicznego, który miałby polegać na inkorporowaniu zezwolenia do tego, co ma być jego przedmiotem. Podstawą legalizacji wtórnej¹⁵⁴⁹ jest bowiem kolizja dóbr prawnych¹⁵⁵⁰, co nie jest przecież

¹⁵⁴⁶ Podobnie widzi to W. Patryas, który podkreślił, że problem zezwolenia nie występuje na płaszczyźnie normatywnej, a jedynie na płaszczyźnie przepisów, gdzie faktycznie są one poprzedzane przez stosowne zakazy. Jest to wynik przekształcenia normy podczas jej kodowania tak, że pewien jej fragment w postaci przepisu zakazującego poprzedza jej fragment w postaci przepisu zezwalającego (W. Patryas, *Interpretacja...*, op. cit., s. 31).

¹⁵⁴⁷ Wydaje się więc, że zarzut ten opiera się na nieporozumieniu, dostrzeżonym skądinąd A. Zolla. Autorstwo teorii negatywnych znamion przypisuje się A. Merklowi, tym niemniej jednak była to zupełnie inna koncepcja, niż proponowana przez późniejszych zwolenników tej teorii. Zaprzeczenie okoliczności wyłączających bezprawność czynu jako negatywne znamię odnosił on bowiem do *Tatbestandu* rozumianego zupełnie inaczej, niż rozumie się to pojęcie począwszy od nieco późniejszych prac E. Belinga. Dla A. Merkla pojęcie to obejmowało ogół cech przestępstwa. Tak rozumiana teoria negatywnych znamion byłaby niepodważalna (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 60-62), nie ma ona jednak nic wspólnego z rozpowszechnioną później koncepcją określaną tym samym mianem, która przesunęła problem okoliczności wyłączających bezprawność czynu na płaszczyznę karalności (ustawowych znamion czynu).

¹⁵⁴⁸ Dodając, z czym już trudno się zgodzić, że znamionami pozytywnymi bezprawności są zgodność zachowania z ustawową określonością czynu oraz społeczna szkodliwość czynu (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 129).

¹⁵⁴⁹ Rozróżnienie legalizacji pierwotnej i wtórnej dobrze oddaje warstwowość zabronienia, polegającą na konieczności stwierdzenia w pierwszej kolejności ataku na dobro prawne, przejawiającego się w naruszeniu reguł postępowania z tym dobrem, a dopiero w kolejnym kroku braku okoliczności usprawiedliwiających. Oczywiście, wobec przyjętych w rozprawie założeń co do usytuowania kontratypu w strukturze przestępstwa o „pierwotności” i „wtórności” legalizacji można mówić jedynie w kategoriach praktycznych, w związku z typowym przebiegiem karnoprawnego wartościowania. Jego punktem wyjścia jest zresztą nawet nie tyle ustalenie relacji bezprawności, ale strukturalnie jeszcze bardziej „wtórne” stwierdzenie zgodności

równoznaczne z kolizją norm. Kontratyp usytuowany w zakresie zastosowania normy sankcjonowanej wyklucza z jej pola normowania nie tyle określone przypadki naruszenia tej normy (takie założenie istotnie prowadziłoby do kolistości całej konstrukcji), lecz sam w sobie atak na dobro prawne, o ile jest on niezbędny dla ochrony innego kolidującego dobra prawnego i spełnione są wszystkie znamiona kontratypu usprawiedliwiającego poświęcenie dobra, którego ochronie służy ta konkretna norma sankcjonowana. Nie różni się to niczym od braku cech *intraneusa* przy przestępstwie indywidualnym właściwym, braku publiczności działania lub wystąpienia innych okoliczności modalnych, w tych przypadkach, w których warunkują one bezprawność, nie zaś jedynie karalność czynu¹⁵⁵¹. Również zezwolenie na dokonanie zamachu na dobro prawne nie jest dozwoleńcem na naruszenie normy sankcjonowanej, ale ograniczeniem zakazu zawartego w jej zakresie normowania¹⁵⁵².

Wobec wszystkich przytoczonych argumentów przyjąć trzeba, że pojęcie „czynu zabronionego” w rozumieniu art. 115 § 1 k.k. odnosi się w istocie rzeczy do czynu karalnego (zagrożonego karą), niekoniecznie zaś bezprawnego¹⁵⁵³. Czynem zabronionym, w rozumieniu tego przepisu niewątpliwie jest także zachowanie polegające na dokonaniu umyślnego zabójstwa w warunkach obrony koniecznej, jest to przecież bezsprzecznie „zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej”, nie jest ono jednak czynem bezprawnym,

zachowania z ustawowym zespołem znamion określonego typu (jak trafnie zauważył W. Wróbel, większość przesłanek przestępczości czynu domniemywanych jest z faktu realizacji znamion czynu zabronionego [W. Wróbel, *O domniemaniach...*, op. cit., s. 245]). W swoich modelach struktur przestępstwa wyeksponowali to H. Luden i E. Beling, a początkowo – w pewnym stopniu – także A. Zoll (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 31 i 59). Za inny przykład wpływu heurystyk upraszczających procesy poznawcze na konstrukcję dogmatyczne prawa karnego uważam rozpowszechnione stanowisko, zgodnie z którym kontratyp czerpie swój sens z ustawowego zespołu znamion określonego typu czynu zabronionego. Sformułowanie to oddaje model praktycznego wartościowania prawnokarnego, w którym na pierwszy plan wysuwa się płaszczyzna karalności (zob. A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 91; idem, *Karalność...*, op. cit., s. 104). Choć powiązanie kontratypu z konkretnym typem czynu zabronionego jest naturalne, eksponuje bowiem fakt zrealizowania jego znamion przez poddane wartościowaniu konkretne zachowanie, to jednak jest to – moim zdaniem – jedynie skrót myślowy, bezpośrednim odniesieniem dla sytuacji kontratypowej są bowiem reguły postępowania z określonym dobrem prawnym. W przypadku obrony koniecznej dozwolone jest naruszenie reguł postępowania z życiem ludzkim, to jest podjęcie takiego zachowania, które stwarza nieakceptowany w innych sytuacjach poziom zagrożenia dla tego dobra (a niekiedy zachowania nieuchronnie prowadzącego do spowodowania śmierci człowieka), a o „zabójstwie w obronie koniecznej” mówimy tylko dlatego, że w konkretnym przypadku zachowanie niebezprawne odpowiadało wzorcowi zachowania karalnego realizującego znamiona (zakres zastosowania normy sankcjonującej) typu czynu zabronionego zawartego w przepisie art. 148 § 1 k.k. (zob. A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 91).

¹⁵⁵⁰ Tak A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 102.

¹⁵⁵¹ Zob. A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 88.

¹⁵⁵² W teorii prawa podkreśla się, że tzw. wypowiedzi zezwalające nie stanowią samodzielnych norm, ale są elementami normy zakazującej lub nakazującej, często współwyznaczając (ograniczając) jej zakres zastosowania (zob. K. Świrydowicz, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *O nieporozumieniach dotyczących tzw. „norm zezwalających”*, PiP 1975, z. 7, s. 57-60).

¹⁵⁵³ Za wnioskiem takim przemawia również – na co zwrócił uwagę K. Buchała – fakt, że polski ustawodawca obok pojęcia „czynu zabronionego” konsekwentnie w kolejnych kodyfikacjach karnych posługuje się również określeniami „bezprawny” oraz „bezprawność” (zob. K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 212).

lecz legalnym w przypadku spełnienia wszystkich znamion kontratypu. Z drugiej strony, sam ustawodawca w niektórych przepisach, zarówno części ogólnej jak i szczególnej kodeksu karnego, posługuje się pojęciem „czyn zabroniony” także i w innym znaczeniu niż to, które wynika z definicji wyrażonej w przepisie art. 115 § 1 k.k., odnosząc je do zespołów znamion przedmiotowych, choć niekoniecznie stanowiących czyn karalny ze względu na jego wyabstrahowanie ze znamion strony podmiotowej. Dostrzegł to Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 4 października 2011 r.¹⁵⁵⁴ stwierdzając, że „ustawodawca nie wymaga ustalenia przez sąd, aby czyn, stanowiący źródło wartości majątkowych mających charakter »brudnych pieniędzy«, spełniał wszystkie znamiona przestępstwa. Z tego też powodu w treści art. 299 § 1 k.k. użył terminu »czyn zabroniony«, a nie »przestępstwo«, przy czym terminu »czyn zabroniony« użył w znaczeniu, w jakim występuje on w innych przepisach o podobnym charakterze (jak np. art. 18 § 2 i 3 k.k. czy art. 291 § 1 k.k. lub art. 292 § 1 k.k.), a więc obejmujących wyłącznie znamiona o charakterze przedmiotowym (z pominięciem umyślności lub nieumyślności) [podkr. własne]”.

Wąskie, przedmiotowe rozumienie czynu zabronionego, odpowiadające pojęciu trzonu ustawowej określoności, występuje niewątpliwie również w przepisach art. 9 k.k. Nie sposób przecież sensownie twierdzić, że umyślność lub nieumyślność relacjonuje się do całego zespołu znamion (czynu zabronionego w rozumieniu art. 115 § 1 k.k.), a więc także do samej siebie.

Rozważając wzajemne relacje pomiędzy normą sankcjonowaną i normą sankcjonującą trzeba pamiętać, że znamiona czynu zabronionego nie stanowią homogenicznego zbioru jednorodnych elementów, ale – na co zwróciła uwagę T. Florek¹⁵⁵⁵ – ze względu na zróżnicowanie ich normatywnego źródła oraz funkcji można wyróżnić dwie zasadnicze ich kategorie: znamiona tworzące trzon ustawowej określoności oraz znamiona go uzupełniające. Na trzon ustawowej określoności składają się te znamiona, które są wyrażone *expressis verbis* w przepisie, w którym określone jest ustawowe zagrożenie karą za zrealizowanie tego zespołu znamion i charakteryzują typ przestępstwa, pełniąc w związku z tym funkcję wynikającą z zasady *nullum crimen sine lege* i zakreślając granice odpowiedzialności

¹⁵⁵⁴ III KK 28/11, OSNKW 2011, z. 11, poz. 101.

¹⁵⁵⁵ Zob. T. Florek, *Struktura zmodyfikowanych typów przestępstw*, Kraków 1980 [maszynopis pracy doktorskiej], s. 72-75; cyt. za: A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 42.

karnej¹⁵⁵⁶. Zespół znamion składający się na trzon ustawowej określoności nie wskazuje jednak jednoznacznie na jeden typ przestępstwa, do czego niezbędne jest jego uzupełnienie dalszymi znamionami zawartymi w innych przepisach ustawy (np. znamionami strony podmiotowej) albo określonymi przez ogólne zasady danego systemu prawa karnego¹⁵⁵⁷. Te znamiona uzupełniające, które są wyprowadzane z ogólnych zasad systemu prawa karnego nie naruszają zasady *nullum crimen sine lege*, ponieważ nie prowadzą one do poszerzenia zakresu penalizacji, ale przeciwnie, do jej zawężenia¹⁵⁵⁸. Właśnie w tej kategorii znamion sytuują się – według A. Zolla – znamiona charakteryzujące zaatakowane dobro prawne oraz naruszenie reguły postępowania wobec określonego dobra prawnego¹⁵⁵⁹. Bezprawność wynika więc nie tyle z realizacji zawartych w przepisie kluczowym znamion składających się na trzon ustawowej określoności¹⁵⁶⁰, ale z samego faktu naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego w wyniku naruszenia reguł postępowania z tym dobrem, przy jednoczesnym braku okoliczności usprawiedliwiających (wtórnie wyłączających bezprawność czynu)¹⁵⁶¹. Kluczowe z tego punktu widzenia znamiona określające dobro prawne i reguły postępowania z nim jedynie w niewielkim zakresie są skodyfikowane, a jeszcze rzadziej uregulowane w przepisach rangi ustawowej¹⁵⁶², i z reguły wymagają wyprowadzenia z ogólnych zasad systemu prawnego. Ewoluuja przy tym wraz z przemianami społeczno-cywilizacyjnymi¹⁵⁶³.

¹⁵⁵⁶ Ze względu na taką funkcję ten zespół znamion określany jest w terminologii niemieckiej jako *Leitbild* lub *Tatbild* (obraz przewodni czynu) (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 133).

¹⁵⁵⁷ W polskim prawie karnym do czasu wejścia w życie kodeksu karnego z 1997 r. taki status miało na przykład ograniczenie odpowiedzialności za zaniechanie do osób będących gwarantami nienastąpienia skutku.

¹⁵⁵⁸ Tak również R. Dębski, który całokształt znamion ustawowych i pozaustawowych, pozwalających definitywnie odróżnić zachowania karalne od niekaralnych oraz zachowania karalne między sobą, nazywa selekcyjnym zespołem znamion, natomiast na realizację postulatu *nullum crimen sine lege* ukierunkowany jest węższy, gwarancyjny zespół znamion, który składa się wyłącznie ze znamion zawartych w przepisie części szczególnej informującym obywateli, jakie zachowania ustawa uznaje za karalne (zob. R. Dębski, *Pozaustawowe...*, op. cit., s. 99-100).

¹⁵⁵⁹ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 42-43.

¹⁵⁶⁰ A. Zoll przyjmuje, że znamiona uzupełniające należą do ustawowej określoności czynu, spełniając, łącznie ze znamionami tworzącymi trzon ustawowej określoności, funkcję typizacji zachowań społecznie szkodliwych (A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 86).

¹⁵⁶¹ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 73-74.

¹⁵⁶² Dla porządku należy przytoczyć pogląd, że określenie dobra prawnego ma charakter ustawowy, ponieważ wyartykułowane jest w tytule rozdziału grupującego przestępstwa o jednakowym przedmiocie ochrony (W. Wróbel, *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70-tych urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 631). Słabość tej koncepcji wynika z faktu, że sam tytuł rozdziału kodeksu dostarcza raczej ogólnej wskazówki interpretacyjnej, nie określa natomiast przedmiotu ochrony w „gotowej” postaci (zob. L. Wilk, *Z problematyki wykładni prawa karnego*, SP 2009, z. 4, s. 15-16).

¹⁵⁶³ H.J. Hirsch zwrócił na przykład uwagę, że zmiana w sposobie pojmowania godności prowadzi do tego, że współcześnie za zniewagę nie uważa się już tego wszystkiego, co w dawniejszych czasach (H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot*, [w:] *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Hrsg. H.H. Jescheck et al., Tokio 1985, s. 55; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 195).

Znamiona te przynależą, jak uważam, przede wszystkim do normy sankcjonowanej, która nie jest jedynie lustrzanym odbiciem normy sankcjonującej, lecz ma swoją własną, odrębną zawartość normatywną, złożoną ze specyficznych dla niej elementów. Brak ataku na dobro prawne i naruszenia reguł postępowania z nim, przesądzający – jak to ma miejsce w przypadku zabiegu chirurgicznego – o pierwotnej legalności zachowania, czy też działanie w warunkach kontratypu, legalizujące je wtórnie, sytuują czyn poza zakresem normy sankcjonowanej, natomiast ustalenie jego karalności, jako jednego z warunków zawartych w zakresie zastosowania normy sankcjonującej, następuje odrębnie poprzez stwierdzenie zgodności zachowania z trzonem ustawowej określoności oraz przewidzianym dla niej przez ustawę odniesieniem subiektywnym w psychice sprawcy.

Kończąc ten fragment rozważań należy zaznaczyć, że normy (potencjalnie) sankcjonowane, których źródłem nie są przepisy państwowego prawa stanowionego nie stanowią, rzecz jasna, reguły: kategoria ta bez wątpienia ograniczona jest do najbardziej podstawowych zakazów i nakazów, odpowiadających anglosaskiej kategorii *mala per se*, których normatywność – współistnienie w życiu społecznym aspektu eksternalnego i internalnego – oraz rozpoznawalność bezprawności ich naruszenia nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości, pomimo braku ich jednoznacznego wyrażenia w drodze decyzji prawodawczej. W związku z tym pojawia się jednak pytanie, jak rozwiązać problem, gdy dla konkretnego typu czynu zabronionego brak jest przepisu wyrażającego *expilicite* normę sankcjonowaną, a jednocześnie nie sposób poszukiwać jej poza systemem prawa państwowego, ponieważ typ ten ma charakter „sztuczny” (*mala prohibita*). Wydaje się, że w takiej sytuacji można mimo wszystko wydobyć tę normę w drodze odpowiedniego wnioskowania z przepisu ustawy karnej, w którym zawarte są zręby normy sankcjonującej. Takie rozwiązanie w pierwszym oglądzie wydaje się być kapitulacją wobec koncepcji Ł. Pohla, która wskazuje uniwersalny adres systemowy normy sankcjonowanej dla każdego typu czynu zabronionego. Jej przewaga jest jednak pozorna, co uwidacznia się, gdy spojrzymy na konstrukcje przepisów karnych tzw. ustaw szczególnych¹⁵⁶⁴. Teza, że norma sankcjonowana także w tym przypadku zawarta jest w przepisie karnoprawnym, który z zasady ma charakter blankietowy i odsyła do przepisu o charakterze niekarnym

¹⁵⁶⁴ Typową technikę legislacyjną stosowaną w tych regulacjach ilustruje np. przepis art. 126b ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2020 r., poz. 944 t.j.), który stanowi, że ten, kto zbywa produkt leczniczy m. in. z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 87 ust. 5a, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. Natomiast przepis art. 87 ust. 5a ma następujące brzmienie: „Poza przypadkiem określonym w art. 106 ust. 3 pkt 1, zakazane jest zbywanie przez podmiot wykonujący działalność leczniczą produktu leczniczego albo środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobu medycznego objętych refundacją”.

(administracyjnym) danej ustawy, a nie w tym ostatnim, w którym przecież *explicite* wyartykułowano zakaz, bez wątpienia razi sztucznością. Pozostaje też w sprzeczności z samym brzmieniem przepisu karnego, który najczęściej jednoznacznie wskazuje, że źródło zabronienia znajduje się nie w nim, ale w przepisie wypełniającym blankiet.

Zgodzić należy się więc z P. Kardasem, że „źródłem normy sankcjonowanej jest r ó w n i e ż [podkr. własne] przepis prawa karnego”¹⁵⁶⁵. Również, lecz nie wyłącznie¹⁵⁶⁶. Rzeczywistość normatywna jest zbyt skomplikowana by opisać ją za pomocą rozłącznych, doskonałych pod względem logicznym, modeli-odwzorowań. Przyjęte tu stanowisko w dużej mierze dezaktualizuje, jak sędzę, zastrzeżenia, jakie są zgłaszane przeciwko założeniu pozakarnoprawnego pochodzenia norm sankcjonowanych¹⁵⁶⁷. Nie prowadzi przy tym do naruszenia konstytucyjnego systemu źródeł prawa, ponieważ to decyzja ustawodawcy przekształca faktycznie obowiązujące, regularnie przeżywane i praktykowane w społeczeństwie, zakazy i nakazy, w normy sankcjonowane, sprzęgając je z ustanowionymi dla ich ochrony normami sankcjonującymi zawartymi w przepisach karnych.

3.4. Relacje bezprawności z innymi płaszczyznami struktury przestępstwa

Jak to już wcześniej sygnalizowano, model struktury przestępstwa autorstwa A. Zolla nie tylko wykazuje zasadnicze zalety w dziedzinie porządkowania relacji pomiędzy poszczególnymi jej płaszczyznami, ale – co wydaje się szczególnie ważne – trafnie oddaje samą ich istotę. Kluczowe jest tu zwłaszcza zdefiniowanie bezprawności jako obszaru ochrony dobra prawnego. Ujemna ogólnosystemowa ocena zachowania wynika przede wszystkim z faktu naruszenia dobra mającego wartość społeczną lub jego zagrożenia poprzez to zachowanie, w sytuacji gdy tego uszczerbku lub zagrożenia można było uniknąć poprzez zastosowanie się do reguł postępowania z tym dobrem prawnym¹⁵⁶⁸. Samo naruszenie lub zagrożenie dobra prawnego – na co już wcześniej uwagę zwrócił H. Welzel – nie stanowi

¹⁵⁶⁵ P. Kardas, *Przestępstwo ciągle...*, op. cit., s. 93. Podobnie A. Zoll uważa, że najczęściej norma sankcjonowana zostaje ustanowiona poprzez wydanie przepisu prawa karnego, z którego trzeba wywnioskować o jej obowiązywaniu. Jest ona wyrażona przez przepis prawa karnego, ale nie w przepisie tego prawa, może też być wyprowadzana na podstawie innych przepisów (A. Zoll, *Karalność...*, op. cit., s. 102; idem, *O normie...*, op. cit., s. 72).

¹⁵⁶⁶ Stanowisko, że normy sankcjonowane mogą być zawarte w przepisach innych gałęzi prawa, jak i wymagać wywnioskowania z przepisów kryminalizujących określone kategorie zachowań, zajmował również J. Lande (J. Lande, *Studia...*, op. cit., s. 926; zob. też K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 122).

¹⁵⁶⁷ Szerzej zob. W. Wróbel, *Znamiona normy sankcjonowanej i sankcjonującej w przepisie prawa karnego*, Kraków 1992 [niepubl. rozprawa doktorska].

¹⁵⁶⁸ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 32 i 48.

jeszcze naruszenia normy sankcjonowanej. Z uwagi na dynamikę życia społecznego, w którym dobra prawne są przedmiotem różnorodnych społecznie uzasadnionych i akceptowanych oddziaływań, stwarzających często zagrożenie dla tych dóbr, złamaniem zakazu wyrażonego przez tę normę jest dopiero takie naruszenie lub zagrożenie dobra prawnego, które wynika z przekroczenia przez zachowanie granic społecznie akceptowanego ryzyka, wyznaczonych przez reguły postępowania z tym dobrem.

W związku z tym bezprawności nie można zarówno sprowadzić do wyabstrahowanego z materialnej treści sądu relacjonującego naruszenie nakazu lub zakazu zawartego w normie, jak i postrzegać jej wyłącznie z perspektywy uszczerbku, jakiego doznało dobro prawne. Jest ona co prawda relacją sprzeczności pomiędzy zachowaniem a całym porządkiem prawnym, tym niemniej jednak relacja ta zakotwiczona jest w materialnej przyczynie, z powodu której porządek ten domaga się podporządkowania określonej regule postępowania. Syntetycznie ujął to sam A. Zoll pisząc: „ujemna ocena zachowania związana będzie z zagrożeniem stwarzanym przez to zachowania dla dobra mającego wartość społeczną. Będzie to merytoryczny aspekt ujemnej oceny. Aspekt formalny wyrażać się będzie w stwierdzeniu sprzeczności zachowania z zakazem lub nakazem zawartym w normie. Norma bowiem zawierająca zakaz lub nakaz określonego zachowania musi być związana z określonym dobrem mającym wartość społeczną. Funkcją normy jest właśnie ochrona takiego dobra”¹⁵⁶⁹.

Po tych wstępnych uwagach można już przedstawić przebieg wielowarstwowego wartościowania, którego finalnym rezultatem jest norma nakazująca wymierzyć karę sprawcy konkretnego czynu. Punktem wyjścia są w nim indywidualne wartości, oparte na moralnej praktyce rozróżniania dobra i zła, które jako pożądany stan rzeczy czy przedmiot dążenia, poprzez powszechną akceptację prowadzą do powstania społecznego systemu wartości¹⁵⁷⁰. Powszechna pozytywna ocena odnosząca się do pewnych stanów rzeczy, zdarzeń czy stosunków społecznych, które są ważne, a niekiedy niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa, powoduje, że przedmioty te stają się dobrami społecznymi¹⁵⁷¹. Ich uznanie prowadzi do wykształcenia się norm społecznych,

¹⁵⁶⁹ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 32. W zbliżony sposób postrzegał to również W. Wolter podkreślając, że naruszenie dobra prawnego jest podstawą bezprawności: czyn jest bezprawny, jeżeli przeciwstawiając się ustawie karnej, dotyka zarazem tego, co stanowi przedmiot jej ochrony z punktu widzenia zadań społecznych, a uwypuklenie tego przedmiotu ochrony jest tym, co łączy formalizm zakazu z materialną treścią normy W. Wolter, *Zarys systemu...*, op. cit., s. 82.

¹⁵⁷⁰ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 102-103.

¹⁵⁷¹ Zob. A. Zoll, *Aksjologiczne...*, op. cit., s. 305.

które określają reguły pożądanego postępowania względem tych dóbr¹⁵⁷². Z chwilą, gdy w odniesieniu do tych norm ukształtują się reguły wtórne określające sposoby ich wprowadzania, zmiany, usuwania, dokonywania wobec nich czynności konwencjonalnych, rozsądzania sporów na tle ich stosowania, czy w końcu sankcjonowania ich naruszeń, normy społeczne przekształcają się w normy prawne, a chronione przez nie dobra społeczne stają się dobrami prawnymi¹⁵⁷³. Na tym etapie pojawia się zakaz naruszenia reguł postępowania służących ochronie dóbr prawnych, a zachowania sprzeczne z tym zakazem stają się zachowaniami bezprawnymi. Równolegle wykształcają się zezwolenia na naruszenie tych reguł, gdy jest to społecznie opłacalne ze względu na konieczność ochrony innych dóbr prawnych (legalizacja wtórna). Ujemne wartościowanie zachowań godzących w dobra prawne w wyniku naruszenia reguł postępowania służących ich ochronie, przy uwzględnieniu różnych innych okoliczności decydujących o przekroczeniu przez nie progu uzasadniającego reakcję karną, powoduje, że zachowania tej kategorii są karygodne w sensie abstrakcyjnym (społecznie szkodliwe, czy też – w siatce pojęciowej proponowanej przez R. Zawłockiego – społecznie niebezpieczne), co stanowi przesłankę ich kryminalizacji¹⁵⁷⁴, która następuje poprzez opisanie w ustawie karnej zespołu cech przesadzających o ich ujemnym ładunku. W ten sposób zachowania bezprawne stają się czynami karalnymi (ustawowo zabronionymi pod groźbą kary), ich społeczna szkodliwość zostaje bowiem sformalizowana za pomocą typu zachowania opisanego w ustawie karnej¹⁵⁷⁵. Na kolejnych etapach, konkretny i indywidualny czyn, który spełnił kryteria abstrakcyjno-generalnych wzorców zachowania bezprawnego i karalnego, poddany zostaje korektywnemu oszacowaniu rzeczywistego poziomu społecznej szkodliwości, a w końcu ocenie, czy jego sprawcy można postawić zarzut, że naruszenia normy prawnej chroniącej dobro prawne dopuścił się mając możliwość wyboru zachowania zgodnego z jej dyspozycją (wina), co ostatecznie uzasadnia wymierzenie mu dolegliwości o właściwościach kary kryminalnej.

Ta przejrzysta, logicznie i merytorycznie spójna, konstrukcja wieloaspektowego modelu struktury przestępstwa nie jest jednak całkowicie wolna od różnego rodzaju wewnętrznych

¹⁵⁷² Wartości społeczne wskazują, do czego ludzie powinni dążyć, natomiast normy społeczne – jak powinni do tego dążyć (zob. P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2004, s. 258-259; cyt. za: R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 103).

¹⁵⁷³ Według R. Zawłockiego dobra prawne to dobra społeczne objęte normą prawnokarną (R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 104). Takie ujęcie wydaje się zbyt jednostronne, ponieważ nie uwzględnia faktu, że prawo karne jest tylko jednym z systemów prawnej ochrony wartości społecznych. Monistyczne ujęcie bezprawności implikuje stanowisko, że dobrem prawnym jest każde dobro społeczne uznane przez normę prawną, niezależnie do jakiej gałęzi prawa ona należy.

¹⁵⁷⁴ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 157 i nast.

¹⁵⁷⁵ Zob. T. Kaczmarek, *Materialna...*, op. cit., s. 9-10.

niezgodności. Źródłem wielu z nich jest fakt, że element stworzenia nieakceptowanego społecznie zagrożenia dla dobra prawnego w wyniku naruszenia reguł postępowania z tym dobrem przenika w zasadzie przez całą strukturę przestępstwa.

Stosunkowo najmniej komplikacji pojawia się na styku bezprawności i karygodności. Zagrożające dobru prawnemu naruszenie reguł postępowania jest tylko jednym z elementów składających się na układ odniesienia służący wyznaczeniu karygodności konkretnego czynu. Co prawda, jest to składnik szczególny, którego istnienie jest warunkiem wstępnym by w ogóle istniały podstawy do dokonywania kwantyfikacji społecznej szkodliwości czynu¹⁵⁷⁶, tym niemniej jednak, gdy już zostanie stwierdzony, nie pełni nadrzędnej roli wobec pozostałych, ujemny ładunek czynu zależy bowiem od łącznej wagi także i innych jego elementów¹⁵⁷⁷. Ustawowa określoność w modelu struktury przestępstwa A. Zolla jest więc, jak to skonstatował Ł. Pohl, typizacją społecznej szkodliwości¹⁵⁷⁸, ale tylko w tym sensie, że wskazuje te elementy, które stanowią jej źródło i w typowych sytuacjach decydują o jej supraminimalnym stopniu. Mimo znacznego ujemnego ładunku w obrębie komponentu przedmiotowego stopień społecznej szkodliwości czynu jako całości może jednak okazać się znikomy np. z uwagi na minimalną ujemną zawartość elementu podmiotowego¹⁵⁷⁹. Natomiast na płaszczyźnie bezprawności zamach na dobro prawne dokonany z naruszeniem reguł postępowania z tym dobrem decyduje o stwierdzeniu relacji sprzeczności zachowania z normą sankcjonowaną. Nie są tu uwzględniane żadne dodatkowe elementy, nie występuje też „pomiar” jakichkolwiek cech ilościowych. Choć więc płaszczyzny karygodności i bezprawności są więc ze sobą ściśle powiązane przez element zamachu na dobro prawne¹⁵⁸⁰, to jednak z powodu zupełnie odmiennych funkcji, jakie pełni on na każdej z nich, ich rozdzielenie nie nastręcza szczególnych trudności.

Dotyczy to także problemu społecznej szkodliwości czynu popełnionego w warunkach kontratypu. A. Zoll niewątpliwie ma rację podkreślając, że z punktu widzenia ataku na dobro prawne taki czyn nie różni się niczym od zachowania bezprawnego, istota kontratypu nie

¹⁵⁷⁶ Jak to ujął A. Zoll, „(...) społeczna szkodliwość stanowiąca merytoryczną podstawę dla określoności czynu sama wynika z dwóch elementów, które decydują o tej szkodliwości już w sensie abstrakcyjnym (związany z daną kategorią zachowań), a nie dopiero konkretnym. Są to: zaatakowanie dobra stanowiącego wartość społeczną oraz naruszenie reguły postępowania w stosunku do tego dobra” (A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 86).

¹⁵⁷⁷ Na temat „łącznego” i „wypadkowego” ujęcia kompleksowej koncepcji społecznej szkodliwości czynu zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 189-194 i literatura tam powołana.

¹⁵⁷⁸ Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 112.

¹⁵⁷⁹ Zob. A. Krukowski, *Glosa do wyroku Izby Karnej z 14.06.1966 r., II KR 67/66*, PiP 1967, z. 4-5, s. 824.

¹⁵⁸⁰ Z tego powodu zakresy czynów charakteryzujących się obiektywnym ujemnym ładunkiem społecznym oraz czynów bezprawnych pozostają wobec siebie w stosunku krzyżowania (podobnie M. Cieślak, *Faktory...*, op. cit., s. 273).

polega bowiem na pozbawieniu tego czynu typowości związanej z formalną realizacją znamion ustawowej określoności oraz materialną ujemną wartością jego rezultatu, ale na usprawiedliwieniu zachowania abstrakcyjnie i konkretnie społecznie szkodliwego koniecznością poświęcenia jednego z dóbr prawnych w sytuacji jego kolizji z innym dobrem¹⁵⁸¹. Oczywiście można twierdzić, i teza taka nie będzie pozbawiona pewnej racji, że zachowanie podjęte w warunkach kontratypu nie jest społecznie szkodliwe z uwagi na ogólny bilans zysków i strat (co skądinąd jest merytoryczną podstawą kontratypizacji), jednakże posługiwanie się taką konwencją terminologiczną nie jest uprawnione¹⁵⁸² z uwagi na bezprzedmiotowość oceny karygodności zachowania kontratypowego, wynikającą z faktu, że nie jest ono bezprawne. Pomiar społecznej szkodliwości takiego czynu wykazywałby zresztą daleko idącą odrębność. Musiałby on bowiem polegać na stwierdzeniu „pierwotnej” społecznej szkodliwości czynu sprawcy z uwagi na zaatakowanie jednego dobra prawnego oraz „wtórnym” jej zniesieniu przez społecznie korzystną ochronę innego dobra prawnego. W ostatecznym rozrachunku kontratyp jest okolicznością legalizującą zachowanie z punktu widzenia całego porządku prawnego, podczas gdy czyn o znikomym stopniu społecznej szkodliwości, nie będąc przestępstwem, jest jednak z punktu widzenia tego porządku zachowaniem nagannym, mogącym stanowić podstawę odpowiedzialności cywilnej, dyscyplinarnej czy odpowiedzialności za wykroczenie¹⁵⁸³. Jest to czyn sprzeczny z normą sankcjonowaną, który nie jest pierwotnie ani wtórnie legalny, wypełnia on także znamiona czynu karalnego¹⁵⁸⁴. Na takim stanowisku stoi również polski ustawodawca dopuszczając orzeczenia przepadku wobec sprawcy czynu charakteryzującego się znikomym stopniem społecznej szkodliwości¹⁵⁸⁵.

Szczególnych trudności nie nastręcza też separacja bezprawności i winy. Zarzut winy stawiany jest z powodu naruszenia normy sankcjonowanej zakazującej zachowań godzących w dobra prawne w wyniku naruszenia reguł postępowania służących ich ochronie. W istocie rzeczy wina polega więc na ujemnej ocenie możliwego do uniknięcia czynu bezprawnego. Istnieje tu wyraźna odrębność kategorialna: wina jest oceną, a czyn bezprawny

¹⁵⁸¹ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 102.

¹⁵⁸² Tak również: A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 87 i 102-103.

¹⁵⁸³ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 119; podobnie W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 258.

¹⁵⁸⁴ A. Zoll, „*Pozastawowe*” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, s. 431.

¹⁵⁸⁵ Zob. M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 216.

na płaszczyźnie winy jej przedmiotem¹⁵⁸⁶. Nie wszystkie zachowania bezprawne są zawinione¹⁵⁸⁷, nie ma jednak zawinionych zachowań niebezpiecznych¹⁵⁸⁸.

Znacznie bardziej skomplikowana jest kwestia rozgraniczenia bezprawności oraz askrypcji czynu, tym bardziej, że nakłada się na nią jeszcze problem styku obu tych płaszczyzn z karalnością.

Kompleksowe podejście do problemu bezprawności wydaje się dobrze współgrać z socjologiczną teorią czynu¹⁵⁸⁹, której fundamentem jest właśnie uzupełnienie jego ontologicznej strony o element społecznej istotności. Stwierdzenie bezprawności czynu polega na wyrażeniu ujemnego sądu, który wynika nie z samej jego sprzeczności z uprzednio obowiązującym zakazem lub nakazem prawnym, ale przede wszystkim z tego, że naruszony został zakaz lub nakaz będący przejawem afirmacji przez prawo określonych wartości społecznych (dóbr prawnych). Nieuchronnie pojawia się tu jednak problem nakładania się płaszczyzn czynu i bezprawności, który jest szczególnie wyraźny w przypadku przestępstw materialnych. Teoria normatywnych podstaw obiektywnego przypisania skutku, która wykazuje silny związek z socjologicznym pojmowaniem czynu, zakłada przecież, że polega ono na szczególnej ocenie prawnej zachowania sprawcy, związanej ze stworzeniem lub zwiększeniem przez niego doniosłego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego¹⁵⁹⁰, przy czym doniosłe prawnie jest tylko takie sprowadzenie niebezpieczeństwa, które jest niedozwolone ze względu na naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym¹⁵⁹¹. Nietrudno zauważyć, że jednolite rozumienie „niedozwolenia” na obu płaszczyznach prowadziłoby do stopienia się płaszczyzny czynu i bezprawności: obiektywne przypisanie skutku byłoby zarazem stwierdzeniem bezprawności zachowania, które skutek spowodowało.

¹⁵⁸⁶ Trzeba oczywiście pamiętać, że „czyn bezprawny” sam w sobie jest wynikiem wcześniejszych wartościowań karnoprawnych. Na etapie ustalania zawinienia są one jednak już ukończone, a ich efekt staje się przedmiotem kolejnej oceny.

¹⁵⁸⁷ Reguły postępowania wobec dobra prawnego mają – o czym dalej – charakter (względnie) zobiektywizowany, a ich treść wyznacza co do zasady perspektywa przeciętnego przedstawiciela grupy wchodzącej w interakcje z tym dobrem. Natomiast w przypadku przypisania winy, co również zostanie dalej rozwinięte, ocena dokonywana jest w większym stopniu z punktu widzenia indywidualnych właściwości konkretnego sprawcy. Mimo, że granica pomiędzy głównie generalno-obiektywną bezprawnością, a co do zasady konkretno-indywidualną winą nie jest zupełnie ostra, co powoduje, że płaszczyzny te do pewnego stopnia przenikają się, ich wystarczająco wyraźna separacja jest relatywnie łatwa.

¹⁵⁸⁸ Jak to już wcześniej wskazano, również usiłowanie nieudolne nie opiera się na „karalności subiektywnej winy” (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 87-88 i literatura tam powołana), lecz jest czynem bezprawnym, zarówno formalnie, jak i materialnie. To samo trzeba odnieść do czynów zabronionych tzw. abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo.

¹⁵⁸⁹ Na ścisły związek pomiędzy przyjętą koncepcją czynu a sposobem rozumienia przesłanek składających się na bezprawność uwagę zwrócił również A. Zoll (zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 44).

¹⁵⁹⁰ Zob. C. Roxin, *Problematyka...*, op. cit., s. 7 i nast.; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 181-183; P. Kardas, *Przypisanie...*, op. cit., s. 81.

¹⁵⁹¹ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 181-183.

W konsekwencji nie można byłoby przypisać spowodowania śmierci komuś, kto w ramach obrony koniecznej zastrzelił napastnika, ponieważ z uwagi na całokształt reguł postępowania wobec ludzkiego życia, w tym istniejących zezwoleń na jego naruszenie, w określonych sytuacjach zachowanie takie nie jest niedozwolone.

Na etapie askrypcji czynu pojęcia „niedozwolenia” oraz „doniosłości prawnej” sprowadzenia niebezpieczeństwa dla dobra prawnego bez wątpienia rozumieć zatem należy wąsko jako naruszenie samych w sobie celowościowo-obiektywnych reguł postępowania z dobrem prawnym, nie zaś w sensie pełnej bezprawności czynu, której stwierdzenie wymaga dodatkowo ustalenia, że naruszenie tych reguł nie było wtórnie usprawiedliwione przez zezwolenie na atak na dobro prawne z uwagi na jego kolizję z innym dobrem.

Takie zastrzeżenie nie rozwiązuje jeszcze wszystkich problemów wynikających z wielowątkowej w strukturze przestępstwa roli elementu naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym. Jak słusznie zauważył M. Rodzyńkiewicz, zakres normowania normy sankcjonowanej brzmi nie tyle „nie zabijaj!” co „nie zabijaj zachowaniem spełniającym model czynu!”¹⁵⁹². Założenie, że askrypcję czynu wyklucza wyłącznie pierwotna legalność zachowania, choć stanowi pewien postęp, ponieważ pozwala uznawać za czyny zachowania spełniające znamiona kontratypów, prowadzi jednak do konstrukcji nieintuicyjnych, co można zilustrować przywoływanym w literaturze problemem prawnokarnego wartościowania zabiegu chirurgicznego. Jak słusznie przyjmuje A. Zoll, zachowanie polegające na dokonaniu takiego zabiegu *lege artis* jest zachowaniem pierwotnie legalnym, zgodnym z regułami postępowania z dobrem prawnym, jakim jest życie i zdrowie ludzkie. W konsekwencji należałoby jednak przyjąć, że zachowanie chirurga polegające na przerywaniu ostrym narzędziem ciągłości tkanek jamy brzusznej w ogóle nie stanowi czynu, stałoby się nim natomiast w sytuacji, gdy dokonujący operacji chirurg znajdował się w stanie nietrzeźwości, błędnie zakwalifikował pacjenta do tego zabiegu, wykonał zabieg nieprawidłowo itp. Wydaje się, że tak rozumiana teoria normatywnego przypisania skutku nadmiernie odrywałaby pojęcie czynu od ontologicznego podłoża, na którym – co podpowiada intuicja – czyn się przede wszystkim sytuuje.

By uporządkować przedpole dla własnej propozycji rozwiązania omawianego problemu, który mieści się na styku trzech płaszczyzn struktury przestępstwa, zacząć trzeba od przedstawienia kilku warunków wstępnych, które wyznaczają granice możliwych do zaakceptowania rozwiązań.

¹⁵⁹² M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 37.

Po pierwsze nie ulega wątpliwości, że czynu – bytu o dwoistej naturze – nie da się wyciąć z *continuum* zachowań człowieka i ich skutków bez jakiegokolwiek odwołania się do naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym jako układu odniesienia dla askrypcji przebiegu kauzalnego prowadzącego do wytworzenia się relewantnej z punktu widzenia prawa karnego zmiany w otaczającej rzeczywistości. Rzecz jasna, problem ten ma charakter uniwersalny i nie dotyczy wyłącznie obiektywnego przypisania skutku: pojawia się on, choć w nieco bardziej zawoalowanej postaci, także w przypadku przestępstw formalnych. Stwierdzenie, które spośród nieskończonej liczby zachowań podejmowanych w nieprzerwanym *continuum* relacji człowieka z otaczającą rzeczywistością, składały się na konkretny czyn nie może przecież nastąpić bez uwzględnienia ich relacji do konkretnego dobra prawnego oraz reguł postępowania z nim. Tym bardziej nie jest możliwe wskazanie bez tego odniesienia powinnego zachowania, którego brak urzeczywistnienia jest czynem z zaniechania¹⁵⁹³.

Po drugie ustawowy zespół znamion typu czynu zabronionego (ustawowa określoność), stanowiąc typizację elementów konstytutywnych dla społecznej szkodliwości, z zasady wskazuje – jak to słusznie, choć wycinkowo przyjmują zwolennicy teorii związku relewantnego – na jeden, niektóre lub wszystkie możliwe (w przypadku typów opartych na językowych wykładnikach przyczynowości, jak w przypadku znamienia „zabija” w art. 148 § 1 k.k.) sposoby naruszenia właściwych dla danego dobra prawnego reguł postępowania¹⁵⁹⁴. Trzeba tu uwzględnić również, że czyn jako pewna zmiana zachodząca w rzeczywistości, może rozgrywać się nie tylko w sferze ontycznej (bytu), ale także normatywnej (powinności), w związku z czym szereg znamion ustawowej określoności ma charakter normatywny, tkwiąc – jak to określił M. Mayer – „jedną nogą w istocie czynu, a drugą w bezprawności”¹⁵⁹⁵. Konsekwencją tego jest „splątanie struktur”, z powodu którego

¹⁵⁹³ Za niemożliwy do realizacji uważam więc postulat W. Mainhofera by czyn, jako przedmiot dalszych prawnokarnych wartościowań, pozostawał wolny od ustaleń i ocen konstytutywnych dla dalszych kategorii systemowych, tj. bezprawności i winy (W. Mainhofer, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 8; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 8).

¹⁵⁹⁴ Ta kategoria była traktowana przez K. Bindinga jako znamiona „przekroczenia normy”, a tym samym bezprawności (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 77).

¹⁵⁹⁵ M.E. Mayer, *Der allgemeine...*, op. cit., s. 182 i nast.; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 118. Dotyczy to zwłaszcza tych znamion, które wprost stanowią klauzulę bezprawności, np. „wbrew prawu”, „wbrew przepisom”, „wbrew przepisom ustawy”, „przekraczając uprawnienia”, „wbrew obowiązкови”, „nadużywając udzielonych uprawnień”. Osobliwy z tego punktu widzenia jest zwłaszcza typ czynu zabronionego zawarty w art. 231 § 1 k.k., który składa się przede wszystkim z klauzuli bezprawności, a w razie przyjęcia (w myśl jednej z konkurencyjnych linii interpretacyjnych znamienia „działa na szkodę”), że jest to przestępstwo formalne – wyłącznie z takiej klauzuli (zob. R. Dębski, *O „działaniu na szkodę”, „dopuszczeniu” do zabronionego skutku i zasadzie ustawowej określoności czynu*, [w:] *Aktualne problemy...*, red. Ł. Pohl, op. cit., s. 83-97; J. Giezek, P. Kardas, *Sporne...*, op. cit., s. 7 i nast.; P. Kardas, *Przestępstwo*

rozbiór elementów na część faktyczną i normatywną jest niemożliwy do zrealizowania¹⁵⁹⁶. Poważne komplikacje pojawiają się więc także przy próbie przeprowadzenia linii rozgraniczającej płaszczyznę bezprawności czynu od jego karalności. Proponowane rozwiązania sytuują się pomiędzy, wywodzącym się od E. Belinga poglądem o pełnej samodzielności obu płaszczyzn¹⁵⁹⁷, stanowiskiem, zgodnie z którym ustawowa określoność czynu stanowi typizację bezprawności¹⁵⁹⁸, a wspomnianą już teorią negatywnych znamion czynu zabronionego, która w istocie rzeczy czyni zbytecznym posługiwanie się pojęciem bezprawności, zachowuje ono bowiem użyteczność wyłącznie przy założeniu jej odrębności od zgodności z ustawową określonością¹⁵⁹⁹. Uznanie samodzielności i swoistości normatywnej obu płaszczyzn struktury przestępstwa automatycznie rodzi jednak pytanie o przynależność poszczególnych elementów charakteryzujących czyn sprawcy do normy sankcjonowanej albo sprzężonej z nią normy sankcjonującej¹⁶⁰⁰.

działania na szkodę spółki – konkretne czy abstrakcyjne narażenie na niebezpieczeństwo, PiP 2006, z. 6, s. 58 i nast.).

¹⁵⁹⁶ E. Wolf, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, Breslau 1931, s. 58; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 118. Z uwagi na przedmiot i ramy niniejszej rozprawy nie jest możliwe przedstawienie tu szczegółowej analizy problemu wzajemnych relacji obu płaszczyzn w przypadku typów wyposażonych w klauzule bezprawności, wydaje się jednak, że jednym ze skutków decyzji legislacyjnej o jej inkorporowaniu do typu czynu jest to, że sprzeczność zachowania z porządkiem prawnym albo konkretnym jego wycinkiem ujętym w ustawowej określoności staje się – przynajmniej w niektórych przypadkach – przedmiotem, do którego musi relacjonować się zamiar sprawcy. Rodzi to daleko idące konsekwencje w przypadku błędu co do takich okoliczności, sprowadzające się – ogólnie rzecz ujmując – do zawężenia pola penalizacji. Słuszne jest też spostrzeżenie, że klauzule te z zasady nie oznaczają przeniesienia do ustawowej określoności „kompletnej” bezprawności jako sprzeczności z całym porządkiem prawnym, ale mają jedynie charakter odesłań do określonych jego fragmentów i poszczególnych regulacji. Nadają więc przepisom karnym charakter blankietowy, a poza zakresem odesłań leżą w szczególności kontratypy (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 279, a przede wszystkim Z. Cwiakalski, *Błąd...*, op. cit., s. 69-94).

¹⁵⁹⁷ Dla E. Belinga czyny bezprawne i czyny urzeczywistniające *Tatbestand* pozostawały ze sobą w stosunku przecinających się kół, ale w sensie klas desygatów tych pojęć, natomiast sama bezprawność oraz zgodność z istotą czynu, jako cechy, nie miały ze sobą żadnych punktów stycznych (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 224).

¹⁵⁹⁸ Tak w literaturze polskiej początkowo W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 83-86; w niemieckiej: (również początkowo) H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grünzugen*, Berlin 1947, s. 46; ponadto W. Sauer, *Grundlagen...*, op. cit., s. 307 i nast. oraz idem, *Zur Grundlegung...*, op. cit., s. 463, a podobnie również E. Schmidt [w:] F. v. Liszt, E. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin-Lipsk 1927, s. 308 (obu autorów cytuję za: A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 65), który w ustawowej określoności widział abstrakcyjny typ bezprawia. Ujęcia te nie wykluczały jednak sytuacji, w której czyn spełniający znamiona ustawowej określoności nie jest bezprawny, ponieważ zawarta w nich charakterystyka typu bezprawia wskazuje na bezprawność wypadków normalnych, nie wyklucza zaś sytuacji wyjątkowych (analogicznie: W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 131).

¹⁵⁹⁹ Tak A. Baumgarten, *Die Aufgab der Verbrechenslehre*, Tübingen 1913, s. 234-235; cyt. za: A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 70, a także F. Schaffstein, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*, ZStW 1960, Bd. 72, s. 393-395; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 238.

¹⁶⁰⁰ Już na przedpolu tego problemu trzeba przyznać rację Z. Jędrzejewskiemu, że poszczególne warstwy w strukturze przestępstwa nie tylko są zbudowane w pewnym stopniu z tych samych elementów, ale do tego przenikają się i współokreślają (Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 148-149). Nie jest więc tak, że albo uda się „upakować” poszczególne elementy dogmatycznej struktury przestępstwa w strukturach norm sprzężonych (zakresach zastosowania i normowania normy sankcjonowanej i sankcjonującej) w taki sposób, by miały swoje stałe miejsce i nie trzeba było ich przekładać z jednej do drugiej „suzufladki”, albo –

Po trzecie, atak na dobro prawne i naruszenie reguł postępowania z nim to jednak przede wszystkim sprawa normy sankcjonowanej i bezprawności, są to bowiem podstawowe składniki zakazu zawartego w zakresie normowania tej normy, natomiast w przypadku pozostałych dwóch rozważanych płaszczyzn mają one charakter albo podrzędny, związany z koniecznością uwzględnienia ich w ramach askrypcji czynu dla wydzielenia przedmiotu prawnokarnego wartościowania z ontycznej rzeczywistości, albo uboczny, wynikający z faktu, że ustawowa określoność to zgeneralizowana charakterystyka typowych naruszeń normy sankcjonowanej.

Po czwarte, jak się wydaje, reguły postępowania z określonym dobrem prawnym nie tworzą wąskiego i homogenicznego zbioru równorzędnych wskazań. Składa się na niego natomiast znaczna często liczba zróżnicowanych reguł o kontekstowym charakterze, które odnoszą się do określonych, typowych lub atypowych, kategorii postępowań wobec dobra¹⁶⁰¹. Szczególne miejsce wśród nich zajmują te, które dotyczą działań podejmowanych w celu ratowania dobra w sytuacji jego zagrożenia. Działania te wymagają niekiedy stworzenia dodatkowego zagrożenia dla dobra, a nawet jego naruszenia w mniejszym zakresie, które jest jednak niezbędne dla zapobieżenia dalej idącym skutkom. Nie mamy tu do czynienia, rzecz jasna, z kontratypem, ponieważ kolizja nie zachodzi pomiędzy różnymi dobrami prawnymi, nie ulega jednak wątpliwości, że szczegółowe reguły postępowania dotyczące tego rodzaju zachowań wyłączają reguły o bardziej ogólnym charakterze, które odnoszą się do typowych postaci obrotu dobrem prawnym. Zachowanie, które służy

dla zachowania modelu przestępstwa – trzeba będzie odrzucić koncepcję norm sprzężonych (tak J. Giezek, *Metoda...*, op. cit., s. 52-54). Nieuchronny, moim zdaniem, brak powodzenia stale ponawianych, zwłaszcza w nauce niemieckiej, esencjonalistycznych prób ścisłej separacji poszczególnych płaszczyzn struktury przestępstwa, nakazuje uznać, że w pewnym stopniu mogą one być zbudowane z tych samych elementów, które ze względu na specyficzną funkcję danej płaszczyzny prawnokarnego wartościowania uzyskują na niej swoiste zabarwienie.

¹⁶⁰¹ Inne reguły postępowania z życiem i zdrowiem obowiązują w ramach działań podejmowanych w przypadkach tzw. dozwolonego ryzyka dnia codziennego, a inne ryzyka sportowego, ryzyka ruchu drogowego, ryzyka wykonywania określonych prac, zawodów, obsługi różnych urządzeń czy też zabiegów leczniczych (zob. np. J. Giezek, *Przyczynowość...*, op. cit., s. 137 i nast.; A. Gubiński, *Glosa do wyroku z 8 maja 1963 r. [IV K 673/61]*, PiP 1964, z. 3, s. 530 i nast.; idem, *Wyłączenie...*, op. cit., s. 84-85; idem, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1986, s. 96-100). Inne dobra prawne także mają swoje specyficzne systemy reguł postępowania, które mogą być bardzo rozbudowane i niesłychanie niekiedy złożone (paradygmatycznym przykładem jest tzw. dozwolone ryzyko gospodarcze), a do tego niektóre spośród tych reguł mogą być bardzo rygorystyczne i precyzyjne, nie tolerujące żadnych odchyłeń, a inne przeciwnie – bardziej zrębowe i elastyczne (zob. np. G. Rejman [w:] *Kodeks...*, red. G. Rejman, op. cit., s. 450-455). Trzeba też pamiętać, że wraz z postępem nauki i techniki reguły postępowania z dobrami prawnymi ulegają ciągłej zmianie, pojawiają się nowe obszary ich zagrożenia, a także nowe dziedziny, w których toleruje się obciążanie tych dóbr ryzykiem (zob. na ten temat K. Buchała, *Bezprawność przestępstw...*, op. cit., s. 139-142). Oznacza to, że zarówno norma sankcjonowana (bezprawność czynu), jak i ustawowe zespoły znamion mają charakter dynamiczny, także wtedy, gdy wysławiające je przepisy prawne nie ulegają zmianie. Prawnokarne wartościowania, w tym askrypcja czynu, są przy tym zrelatywizowane zarówno do aktualnego stanu wiedzy, z perspektywy której identyfikuje się dobra prawne i ustala reguły postępowania z nimi, jak i do społecznej aksjologii.

utrzymaniu dobra prawnego, nie może być przecież jednocześnie sprzeczne z normą, która jest powołana do ochrony tego dobra¹⁶⁰².

Uwzględniając powyższe założenia w pierwszej kolejności zaznaczyć trzeba, że funkcją askrypcji czynu nie jest poddanie zachowania wszechstronnej ocenie z perspektywy reguł postępowania z dobrem prawnym, a jedynie wydrębnienie z całokształtu przejawów ludzkiego funkcjonowania w rzeczywistości ontycznej przedmiotu nadającego się do dalszego prawnokarnego wartościowania poprzez powiązanie fragmentu tego *continuum* ze zmianą do jakiej doszło w rzeczywistości. Wystarczy do tego, jak sądzę, związek dostrzegalny *prima facie*, oparty na wstępnym stwierdzeniu naruszenia przez psychicznie sterowane zachowanie jakiegokolwiek reguły postępowania z określonym dobrem prawnym. Ustalenie takie pozwala na dokonanie askrypcji czynu, a zarazem uprawdopodobnia jego pierwotną bezprawność, jednak jej nie przesądza, ponieważ stwierdzenie bezprawności czynu wymaga szczegółowej analizy całokształtu reguł postępowania z określonym dobrem, uwzględniającej dokładny kontekst konkretnego zachowania i wszelkie jego okoliczności. Zaproponowane tu stanowisko można zobrazować wspomnianym przykładem zabiegu chirurgicznego. Skoro jedną z podstawowych reguł postępowania z życiem i dobrem ludzkim jest nakaz powstrzymania się od naruszania ciągłości tkanek człowieka za pomocą ostrych przedmiotów, z natury rzeczy powodujących uszczerbek na zdrowiu, to sam fakt wykonania takiej czynności wystarcza do przypisania czynu. Dopiero na dalszym etapie prawnokarnego wartościowania uwzględnia się fakt, że czynność tę wykonał kompetentny chirurg w ramach ratującej życie operacji jamy brzusznej, zachowując wszelkie reguły sztuki lekarskiej, i stwierdza, że mimo wszystko nie doszło do naruszenia normy sankcjonowanej, brak było bowiem w ogóle ataku na dobro prawne, a zastosowanie się do zasad sztuki lekarskiej, tj. wyspecjalizowanych reguł postępowania z życiem i zdrowiem ludzkim w warunkach ich zagrożenia, wyłączyło ogólną regułę zakazującą przecinania ludzkich tkanek za pomocą ostrych narzędzi¹⁶⁰³. Taki czyn jest pierwotnie legalny.

Odrębne wartościowanie czynu polega na jego zestawieniu z ustawowym zespołem znamion określonego typu. Zasadniczy problem, który ujawnia się na tym etapie polega na konieczności rozstrzygnięcia, czy brak ataku na dobro prawne i naruszenia reguł

¹⁶⁰² A. Dohna, *Recht und Irrtum*, Mannheim-Berlin-Leipzig 1925, s. 9-15; cyt. za: A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 79.

¹⁶⁰³ Podobnie należy ocenić kasus podany przez Ch. Jägera, w którym B chciał wybić C oko ostrym przedmiotem, ale A, chcąc temu zapobiec, sparował pchnięcie tak, że C doznał tylko lekkiej rany ucha (Ch. Jäger, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, Heidelberg 2006, s. 5; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 298).

postępowania z dobrem prawnym oznacza jedynie wyłączenie bezprawności, czy też dodatkowo powoduje, że czyn nie realizuje znamion typu czynu zabronionego. Drugie stanowisko reprezentuje m. in. A. Zoll¹⁶⁰⁴, a początkowo zajmował je także H. Welzel¹⁶⁰⁵, który jednak wraz z przejściem na pozycje finalizmu, ostatecznie uznał, że społeczna adekwatność (*sozialadäquat*) zachowania nie wyłącza istoty czynu, a jedynie bezprawność¹⁶⁰⁶.

Swoją koncepcję społecznej adekwatności (*Sozialadäquanz*) H. Welzel przedstawił na wczesnym etapie działalności naukowej, w ramach krytyki paradygmatu dogmatycznego opartego na założeniach naturalistyczno-kausalnego ujęcia czynu, wolnej od wartościowania istoty czynu oraz obiektywnej, opartej wyłącznie na naruszeniu dobra, bezprawności¹⁶⁰⁷. Zdaniem Welzla, gdyby wszelkie naruszenie dóbr prawnych było zabronione jako obiektywne bezprawie, całe życie społeczne musiałoby ulec paraliżowi¹⁶⁰⁸. Dostrzeżenie tego społecznego kontekstu, związanego z wymianą i interakcją dóbr prowadzi do wniosku, że zachowania mieszczące się w granicach społecznej adekwatności (*sozialadäquat*) – społecznej akceptacji ryzyka dla dobra prawnego, nie stanowią bezprawia¹⁶⁰⁹. Społeczna adekwatność rzutuje jednak nie tylko na bezprawność zachowania: czyn sam w sobie stanowi jedynie abstrakcję, o ile nie jest ujęty jako społecznie znaczący fenomen, również istota czynu musi więc uwzględniać tylko te zachowania, które nie są społecznie adekwatne¹⁶¹⁰, ponieważ w innym przypadku przestałyby być typizacją bezprawia¹⁶¹¹. Gdy samo stwierdzenie pozytywnych znamion istoty czynu wystarczająco wskazuje na bezprawność mamy do czynienia z „zamkniętą”, wolną od luk istotą czynu¹⁶¹². Najczęściej jednak materia zakazu nie jest wszechstronnie i wyczerpująco opisana przy pomocy znamion przedmiotowych, nie wskazując jednoznacznie na bezprawność, a wobec tego wymaga dopełnienia. Tak skonstruowane istoty czynu mają charakter

¹⁶⁰⁴ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 99-101.

¹⁶⁰⁵ H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Ein systematische Darstellung*, Berlin 1949, s. 36 i nast.; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 236.

¹⁶⁰⁶ H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Ein systematische Darstellung*, Berlin 1958, s. 149; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 242-243. Jest to o tyle zaskakujące, że to właśnie poglądy finalistów na temat istoty i usytuowania w strukturze przestępstwa podmiotowych korelatów czynu – przy uwzględnieniu nie dostrzeżonych pierwotnie ich implikacji – uzasadniają trafność przeciwnego stanowiska reprezentowanego przez A. Zolla.

¹⁶⁰⁷ H. Welzel, *Studien...*, op. cit., s. 514 i nast.; idem, *Das deutsche...* [1947], op. cit., 34-37; oba dzieła cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 235-237.

¹⁶⁰⁸ H. Welzel, *Studien...*, op. cit., s. 516; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 236.

¹⁶⁰⁹ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 236.

¹⁶¹⁰ H. Welzel, *Das deutsche...* [1949], s. 36 i nast.; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 236.

¹⁶¹¹ H. Welzel, *Das deutsche...* [1949], s. 46; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 236-237.

¹⁶¹² H. Welzel, *Anmerkung zum Beschluß des Großen Senats des BGH vom 18.03.1952*, „Juristenzeitung” 1952, s. 344; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 232.

„otwarty”¹⁶¹³. Znaczenie takich znamion jak np. „zabijać”, „naruszać” czy „uszkadzać” wynika dopiero z ich społecznej funkcji: jedynie takie czyny, które przekraczają stopień społecznej adekwatności, są zgodnymi z istotami czynu zabójstwami, naruszeniami czy uszkodzeniami¹⁶¹⁴. Stanowisko to Welzel ujmował bardzo szeroko, a do tego równie ekstensywnie pojmował społeczną adekwatność (akceptowalność) zachowania, zacierając w ten sposób granice pomiędzy pierwotną legalnością, a wtórnym usprawiedliwieniem zamachu na dobro prawne (np. za absurd uważał możliwość zakwalifikowania zabójstwa wroga dokonanego przez żołnierza na polu walki jako zachowania zgodnego z istotą czynu)¹⁶¹⁵. Podobnie wszystkie akty państwowego stosowania prawa, zgodnie z jego poglądami prezentowanymi w tym czasie, nie realizują w ogóle znamion np. zabójstwa czy pozbawienia wolności¹⁶¹⁶.

Choć H. Welzel sprzeciwiał się uznawaniu za przypadki społecznie adekwatne wszystkich okoliczności usprawiedliwiających, to jednak granica ta – jak zauważył F. Schaffstein – przedstawiała się nader płynnie¹⁶¹⁷. Pojęcie adekwatności zachowania służyło generalnemu ograniczeniu istoty czynu¹⁶¹⁸, skoro zaś ustawowe istoty czynu w swoim językowym brzmieniu rozciągają się często na zachowania społecznie adekwatne i dla osiągnięcia rezultatów proponowanych przez Welzla wymagają ograniczającej interpretacji poszczególnych znamion to stanowisko, że społeczna adekwatność zachowania wyłącza nie tylko bezprawność, ale równocześnie dekomponuje istotę czynu, zbliża się do teorii negatywnych znamion¹⁶¹⁹.

Koncepcja społecznej adekwatności zachowania oraz implikowane przez nią relacje pomiędzy poszczególnymi płaszczyznami struktury przestępstwa uległy znacznej modyfikacji w związku z rozwinieniem przez H. Welzla finalnego ujęcia czynu, które – w założeniu autora – odwoływać miało się do pozaprawnych i wiecznych ontologicznych struktur logiczno-rzeczowych¹⁶²⁰. W związku z uznaniem czynu za ontyczną, „nierozzerwalną syntezę strony obiektywnej i subiektywnej”, również istota czynu musiała zostać uwolniona od wartościowania¹⁶²¹ i zredukowana do ścisłej superdeterminacji procesami kauzalnymi¹⁶²².

¹⁶¹³ H. Welzel, *Das deutsche...* [1958], s. 72; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 233.

¹⁶¹⁴ H. Welzel, *Studien...*, op. cit., s. 516; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 237.

¹⁶¹⁵ H. Welzel, *Studien...*, op. cit., s. 529; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 237.

¹⁶¹⁶ H. Welzel, *Studien...*, op. cit., s. 529; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 237.

¹⁶¹⁷ F. Schaffstein, *Soziale...*, op. cit., s. 383; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 238.

¹⁶¹⁸ F. Schaffstein, *Soziale...*, op. cit., s. 395; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 238.

¹⁶¹⁹ F. Schaffstein, *Soziale...*, op. cit., s. 393-394; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 238.

¹⁶²⁰ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 238-239.

¹⁶²¹ H. Welzel, *Anmerkung zu BGHSt 3, 248*, „Juristenzeitung” 1953, s. 120; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 242.

Sozial adäquanz nie wyłączał już realizacji znamion istoty czynu, ale stał się okolicznością wyłączającą jedynie jego bezprawność¹⁶²³. Równoległej zmianie uległ też sposób rozumienia samej społecznej adekwatności czynu – tak jak wcześniej podawane w kolejnych wydaniach podręcznika H. Welzla jej przykłady odwoływały się przede wszystkim do typów umyślnych, tak po zwrocie ontologicznym dotyczyły już niemal wyłącznie czynów nieumyślnych. W nowym ujęciu społeczna adekwatność oznaczała to samo, co działanie w ramach dozwolonego ryzyka czy przestrzeganie zasad ostrożności¹⁶²⁴.

Słabości teorii finalnej szybko wykazał C. Roxin, podkreślając, że nie da się stwierdzić czy zachowanie jest finalne czy nie, bez odwołania się do świata wartości społecznych i norm prawnych¹⁶²⁵. Skoro zaś społeczna adekwatność ma wpływ na istotę czynu to musi ona prowadzić jednocześnie do zaprzeczenia zamiaru czy finalności, a wobec tego są one zrelatywizowane do zmiennej rzeczywistości społecznej¹⁶²⁶. Z kolei próba ograniczenia roli społecznej adekwatności do typów nieumyślnych, które w ten sposób stały się „otwarte”, prowadzi do rozbicia jednolitego pojęcia istoty czynu, na dwie odrębne kategorie¹⁶²⁷.

Tych mankamentów koncepcji H. Welzla nie wykazuje model struktury przestępstwa autorstwa A. Zoll, który odwołuje się do zmodyfikowanych założeń finalizmu. Po pierwsze A. Zoll przyjął, że znamiona podmiotowe, jako tzw. znamiona uzupełniające, przynależą do ustawowej określoności, a tym samym stanowią składnik płaszczyzny karalności, nie zaś winy. Po drugie natomiast wykazał, że naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym jest uniwersalnym elementem charakteryzującym zarówno typy umyślne i nieumyślne.

Uwzględniając te bez wątpienia trafne założenia, a także wcześniej zaprezentowane stanowisko w sprawie normatywnych elementów obiektywnego przypisania, możliwe jest podjęcie próby przedstawienia relacji bezprawności i karalności czynu na tle naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym.

Funkcją typizacji jest selekcja (odcięcie z określoną ostrością, wymaganą dla zapewnienia realizacji funkcji gwarancyjnej) takiego stopnia bezprawia, które jest godne

¹⁶²² C. Roxin, *Zur Kritik...*, op. cit., s. 538; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 240.

¹⁶²³ H. Welzel, *Das deutsche...* [1958], s. 149; ; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 242-243.

¹⁶²⁴ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 243.

¹⁶²⁵ C. Roxin, *Zur Kritik...*, op. cit., s. 515 i nast.; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 63. Sam H. Welzel nigdy nie zdołał oczyścić swoich konstrukcji ze związków socjologiczno-normatywnych, jego koncepcje pozostały więc wewnętrznie niekonsekwentne (C. Roxin, *Zur Kritik...*, op. cit., s. 542; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 240).

¹⁶²⁶ C. Roxin, *Zur Kritik...*, op. cit., s. 534; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 239.

¹⁶²⁷ C. Roxin, *Offene Tatabstände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg 1959, s. 46; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 241.

ukarania¹⁶²⁸. Może ona być jednak częściowo realizowana także na innych, niż karalność poziomach struktury przestępstwa.

W niektórych przypadkach problem ten zostaje wstępnie rozstrzygnięty już podczas askrypcji czynu. Nie jest czynem, a wobec tego nie może także realizować znamion typu takie zachowanie, choćby było warunkiem *sine qua non* naruszenia dobra prawnego, które w stopniu oczywistym nie narusza jakiegokolwiek reguły postępowania z dobrem prawnym (sytuacja tzw. braku prawnie relewantnego ryzyka, np. nakłonienie innej osoby do podróży koleją, która zakończyła się jej śmiercią w katastrofie kolejowej, rzecz jasna przy zastrzeżeniu braku wiedzy po stronie nakłaniającego na temat okoliczności wskazujących na zwiększone ryzyko katastrofy)¹⁶²⁹. Z uwagi na przyjętą koncepcję askrypcji czynu oraz stanowisko sytuujące znamię skutku na płaszczyźnie karalności (w zakresie zastosowania normy sankcjonującej)¹⁶³⁰, dopiero przy jej ustalaniu eliminowane mogą być pozostałe

¹⁶²⁸ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 16.

¹⁶²⁹ Zbliżone do prezentowanego w tej rozprawie stanowisko zajął J. Giezek, który odnosząc się do kwestii pierwotnej-wtórnej legalizacji, przyjął, że właściwie można by mówić o legalności I, II i III stopnia, przy czym w tej pierwszej mieści się Welzłowskie zabicie komara oraz inne najprostsze czynności dnia codziennego, które nie powodują ani naruszenia, ani nawet abstrakcyjnego narażenia dobra na niebezpieczeństwo. Charakter tego rodzaju okoliczności czyni zresztą wątpliwym sens ich rozważania w kontekście bezprawności, dziwne byłoby bowiem prowadzenie takiego wartościowania np. w odniesieniu do zachowania polegającego na wyjściu na spacer (zob. J. Giezek [w:] *Zapis dyskusji...*, op. cit., s. 89). Natomiast finaliści wykluczają w tym przypadku umyślność, wskazując, że nie ma możliwości przyjęcia zamiaru (finalnej superdeterminacji), w przypadku braku panowania nad przebiegiem przyczynowym (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 299).

¹⁶³⁰ Według A. Zolla odrębne zakazy, a tym samym odrębne normy sankcjonowane, odnoszą się sytuacji potencjalnej możliwości zagrożenia dobra prawnego (tzw. przestępstwa narażenia potencjalnego [*Eigungsdelikte*] – zob. A. Spotowski, *Funkcja...*, op. cit., s. 168 i nast.), jego zagrożenia oraz naruszenia (zob. A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 82). Stanowisko to nie wydaje się trafne. Uważam, że zakaz zawarty w normie sankcjonowanej jednolicie dotyczy podejmowania zachowań naruszających reguły postępowania z dobrem prawnym, natomiast ewentualne znamię skutku (także w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo) z zasady sytuuje się już w zakresie zastosowania normy sankcjonującej, stanowiąc konstytutywny element płaszczyzny karalności, a nie bezprawności (podobnie P. Kardas, *Przypisanie...*, op. cit., s. 84; W. Wróbel, *Relacyjne...*, op. cit., s. 10; J. Majewski, *przypisywanie skutku przy zaniechaniu [zagadnienia węzłowe]*, Kraków 1997, s. 89-91; odmiennie M. Rodzyńkiewicz, *Usiłowanie – aspekt aksjologiczny*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, red. J. Giezek, s. 525). Wydaje się, że wyodrębnianie norm sankcjonowanych z uwagi na skutek, do jakiego doprowadziło zachowanie naruszające reguły postępowania z dobrem prawnym, byłoby sztucznym mnożeniem bytów ponad miarę. Każdorazowo mielibyśmy bowiem do czynienia z co najmniej trzema normami sankcjonowanymi, konkurencyjnymi dla oceny tego samego czynu, które w istocie rzeczy zakazują tego samego zachowania. Słusznie też G. Łabuda zwrócił uwagę, że zaliczenie możliwości stworzenia zagrożenia dla dobra prawnego do zakazu zawartego w normie sankcjonowanej stanowi istotne ograniczenie zakresu tej normy, eliminuje bowiem z niej czyny oparte na konstrukcji zagrożenia abstrakcyjnego (zob. G. Łabuda, *O kształcie norm charakteryzujących bezprawność i karalność przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2004, t. 15, s. 80-84). Przyjęte w rozprawie stanowisko nie tylko upraszcza wartościowanie na poziomie bezprawności, ale pozwala również oceniać każde zachowanie podjęte wobec dobra prawnego na podstawie jednolitych kryteriów. Ponadto, jak trafnie wskazał Z. Jędrzejewski, oparcie zakazu na co najmniej abstrakcyjnym narażeniu dobra na niebezpieczeństwo, akcentuje jego prewencyjny charakter (Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 137), co konweniuje z zasadniczą funkcją bezprawności, natomiast karanie za spowodowanie skutku silniej zaznacza element odpłaty (ibidem). Z tego względu bardziej stosownym adresem

przypadki, w których na gruncie teorii obiektywnego przypisania skutku, do przypisania takiego nie dochodzi¹⁶³¹.

W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy powstały skutek nie jest objęty celem ochronnym naruszonej normy¹⁶³², a także gdy hipotetycznej przyczynowości dla tego skutku w przypadku zachowania zgodnego z regułami postępowania z dobrem prawnym nie dałoby się wykluczyć z prawdopodobieństwem zbliżonym do pewności¹⁶³³, ewentualnie – w węższym ujęciu alternatywnym – z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością skutek taki by nie wystąpił w przypadku zachowania zgodnego z regułami postępowania¹⁶³⁴. Uważam, że w obu sytuacjach zachowanie polegające na naruszeniu określonej reguły postępowania z dobrem prawnym stanowi czyn, do tego bezprawny, nie realizuje on natomiast znamion typu czynu zabronionego z uwagi na brak podstaw do obiektywnego przypisania skutku, co nie wyklucza – rzecz jasna w razie istnienia stosownego typu – przypisania jego sprawcy realizacji znamion innego typu z narażenia konkretnego lub abstrakcyjnego.

W szeregu przypadków na konieczność oceny zachowania z perspektywy całokształtu reguł postępowania z dobrem prawnym wprost wskazywać będzie już sama konstrukcja znamion trzonu ustawowej określoności, co dotyczy – jak to już wskazywano – np. czasownikowych wyrażień przyczynowości. Zwrócił na to uwagę również A. Zoll wskazując, że z ustaleniem zgodności zachowania z ustawową określonością łączy się wartościowanie czynu jako prawnokarnie relewantnego, przy czym ta ocena nie zawsze

normatywnym dla tego znamienia wydaje się być zakres zastosowania normy sankcjonującej, który określa (m. in. z uwagi na potrzebę realizacji funkcji sprawiedliwościowej), jakie kategorie zachowań naruszających zakaz wymagają wymierzenia kary kryminalnej (podobnie A. Spotowski, który podkreślał, że na identyfikacji odpowiednio wysokiego natężenia niebezpieczeństwa opiera się decyzja ustawodawcy o sięgnięciu po sankcję karną – zob. A. Spotowski, *Funkcja...*, op. cit., s. 156 i nast.).

¹⁶³¹ Brak możliwości obiektywnego przypisania skutku wyłącza realizację znamion obiektywnej istoty czynu (J. Giezek, *Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego*, PiP 1992, z. 1, s. 66).

¹⁶³² Często podawany jest tu przykład z orzecznictwa Sądu Rzeszy: dwóch rowerzystów poruszało się drogą, jeden za drugim, nieoświetlonymi rowerami. Najeżdżający z naprzeciwka rowerzysta C zderzył się z poruszającym się jako pierwszy rowerzystą A i doznał poważnych obrażeń. Sąd uwolnił od odpowiedzialności za nieumyślne spowodowanie tego skutku rowerzystę B, jadącego za A, pomimo, że gdyby miał włączone światło, to do wypadku prawdopodobnie by nie doszło, ponieważ C dostrzegł by A. Sąd uznał, że celem obowiązku używania światła rowerowego jest unikanie własnych, a nie cudzych wypadków (J. Giezek, *Przyczynowość...*, op. cit., s. 201-204).

¹⁶³³ Także i tę sytuację obrazuje przykład z orzecznictwa niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości: kierowca samochodu ciężarowego nie zachował wymaganej odległości od wyprzedzanego, jak się okazało nietrzeźwego, rowerzysty, który stracił równowagę i przewrócił się pod koła samochodu ginąc na miejscu. Sąd przyjął, że z uwagi na stan nietrzeźwości i wynikający z niego sposób poruszania się rowerzysty nie można wykluczyć, że identyczny przebieg wydarzeń nastąpiłby również wtedy, gdyby kierowca zachował wymagany odstęp (zob. J. Giezek, *Przyczynowość...*, op. cit., s. 182-184).

¹⁶³⁴ J. Giezek, *Przyczynowość...*, op. cit., s. 172.

wynika bezpośrednio ze znamion ustawowej określoności, ponieważ to zależy od adekwatności opisu w stosunku do normy, od możliwości skodyfikowania reguł postępowania w stosunku do danego dobra itp.¹⁶³⁵. Nawiązując do koncepcji H. Welzla, A. Zoll podkreślił przy tym, że jest to problem tzw. otwartych i zamkniętych ustawowych określoności, który trzeba wyraźnie odróżniać od problemu kontratypów, tj. sytuacji, w których zachowanie jest sprzeczne z obowiązującą normą, lecz oparte jest jednocześnie na zezwoleniu na zachowanie sprzeciwiające się normie¹⁶³⁶.

Jeszcze inaczej sytuacja przedstawia się, gdy prawnokarnemu wartościowaniu poddawane jest zachowanie, które polega na spowodowaniu mniejszego uszczerbku w celu zapobieżenia większemu w tym samym dobru prawnym (przypadki tzw. zmniejszenia ryzyka np. zabieg chirurgiczny lub wspomniany wcześniej przykład podany przez Ch. Jägera), a także gdy mamy do czynienia z tzw. umyślnym samonarażeniem się pokrzywdzonego na niebezpieczeństwo¹⁶³⁷. Zachowania takie wiążą się z naruszeniem jednej z reguł postępowania z dobrem prawnym i byłyby sprzeczne z normą sankcjonowaną, gdyby nie dodatkowe elementy układu sytuacyjnego. Z tej perspektywy nawet „zamknięte” typy czynów zabronionych są na swój sposób „otwarte”, co wynika z faktu, że systemy reguł postępowania z dobrem prawnym nie mają charakteru logicznego, lecz teleologicznego.

Ustalając zgodność zachowania z ustawową określonością trzeba w końcu uwzględnić, że naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym jest elementem strony podmiotowej czynu zabronionego, tak w przypadku przestępstw umyślnych, jak i nieumyślnych. Ponieważ zachowanie, które spełnia znamiona trzonu ustawowej określoności, ale subiektywnie i obiektywnie nie narusza reguł postępowania z dobrem prawnym nie jest ani umyślne, ani nieumyślne, to brak naruszenia tych reguł wyłącza nie tylko bezprawność, ale przy okazji również jego karalność.

¹⁶³⁵ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 77.

¹⁶³⁶ Ibidem.

¹⁶³⁷ Zob. J. Giezek, *Przyczynowość...*, op. cit., s. 147-149. W teorii obiektywnego przypisania obie sytuacje traktuje się jako ograniczenia formuły *conditio sine qua non*, a więc rozwiązuje właśnie na płaszczyźnie obiektywnego przypisania. Moim zdaniem, zarówno w przypadku działania w celu ochrony dobra, jak i w przypadku samonarażenia się, istnieją zarówno podstawy do askrypcji czynu (zachowania naruszającego dowolną regułę postępowania z dobrem prawnym), jak i obiektywnego przypisania skutku, tym niemniej jednak zachowania te nie naruszają normy sankcjonowanej i nie są bezprawne (nie są przy tym również karalne z przyczyn dalej przedstawionych). Nie wymaga to, jak sądzę, bliższego uzasadnienia w przypadku zachowań podjętych w celu ochrony dobra, natomiast w przypadku tzw. samonarażenia się (do tej kategorii zaliczyć można np. podawane w literaturze przykłady świadomego współżycia z nosicielem wirusa HIV czy wizyty duszpasterskiej u osoby zakażonej chorobą zakaźną) uznać wypada, że z punktu widzenia społecznej aksjologii, życie i zdrowie ludzkie w pewnych szczególnych kontekstach ma charakter dobra o względnym i rozporządzalnym charakterze, zaś całokształt reguł postępowania z tymi dobrami dopuszcza ich narażenie lub nawet unicestwienie za zgodą dysponenta dobra w niektórych społecznie adekwatnych sytuacjach.

Stwierdzenie pełnej zgodności zachowania z ustawowym zespołem znamion, w tym odsyłającymi do naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym znamionami podmiotowymi, nakazuje przyjąć, że mamy do czynienia z czynem karalnym (czynem zabronionym, o którym mowa w art. 115 § 1 k.k.). Ustalenie to jest niezbędne do urzeczywistnienia się nakazu zawartego w zakresie normowania normy sankcjonującej, nie jest jednak do tego wystarczające, ponieważ w jej zakresie zastosowania, obok warunku realizacji znamion ustawowego typu czynu zabronionego, mieszczą się kolejne – stwierdzenie naruszenia normy sankcjonowanej (bezprawności), ustalenie supraminimalnej społecznej szkodliwości *in concreto* (karygodności) oraz przypisanie winy.

Bezprawność i karalność są więc logicznie niezależnymi od siebie, choć treściowo silnie powiązanymi, płaszczyznami prawnokarnego wartościowania, a konkretny czyn może mieścić się zarówno na wspólnym obszarze ich zakresów, jak i spełniać wyłącznie model czynu bezprawnego albo karalnego. Ponieważ ustawowa określoność jest tylko i wyłącznie pewnym szablonem czynu typowo bezprawnego, to choć z reguły zgodność taka zachodzi również *in concreto*¹⁶³⁸, możliwe są jednak sytuacje, w których konkretne zachowanie pomimo, że w pełni temu wzorcowi odpowiada, nie narusza normy sankcjonowanej i nie jest w związku z tym bezprawne¹⁶³⁹.

Poważna trudność przy rozgraniczaniu płaszczyzn bezprawności i karalności jest związana dodatkowo z koniecznością rozstrzygnięcia czy bezprawność ma czysto przedmiotowy charakter, czy też jest subiektywnie zabarwiona. Ten drugi pogląd reprezentują finaliści¹⁶⁴⁰. Na przykład według H. Welzla ujemna wartość zachowania wynika przede wszystkim z zamiaru dokonania zmiany nieakceptowanej przez porządek prawny albo z błędu w sterowaniu własnym zachowaniem, a ujemna wartość samej zmiany ma znaczenie drugorzędne¹⁶⁴¹. Włączenie znamion podmiotowych do istoty czynu wiąże się, według finalistów, z koniecznością przyjęcia, że umyślne i nieumyślne urzeczywistnienie znamion przedmiotowych to dwa różne typy bezprawia¹⁶⁴².

¹⁶³⁸ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 164.

¹⁶³⁹ Odmiennie A. Zoll, który uważa, że „zachowanie, które by odpowiadało określonym w przepisie karnym znamionom karalności, lecz wyjątkowo nie atakowałoby dobra lub nie naruszałoby reguł postępowania z tym dobrem, nie jest zachowaniem odpowiadającym znamionom typu czynu zabronionego” (A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 85).

¹⁶⁴⁰ Przypomnieć trzeba, że skrajnie subiektywnie bezprawność pojmowali przedstawiciele szkoły kilońskiej w hitlerowskich Niemczech. Z. Jędrzejewski zauważył, że znacznie bardziej umiarkowany finalizm H. Welzla był mimo wszystko mocno osadzony w głównym nurcie dogmatyki tamtej epoki (Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 109).

¹⁶⁴¹ H. Welzel, *Das deutsche...* [1969], op. cit., s. 130-136.

¹⁶⁴² W. Mąciór, *Problem...*, op. cit., s. 24-25.

Zdecydowanym zwolennikiem antyfinalistycznego, przedmiotowego rozumienia bezprawności, jest natomiast A. Zoll¹⁶⁴³, który w konsekwencji sytuuje elementy podmiotowe w hipotezie normy sankcjonującej¹⁶⁴⁴. Norma sankcjonowana zakazuje jakiegokolwiek naruszenia dobra prawnego, natomiast kwestia nastawienia psychicznego sprawcy to już tylko i wyłącznie problem karalności zachowania sprzecznego z tą normą¹⁶⁴⁵.

Usytuowanie znamion podmiotowych w hipotezie normy sankcjonującej implikuje konieczność przyjęcia, że jednej normie sankcjonowanej może odpowiadać więcej niż jedna norma sankcjonująca¹⁶⁴⁶, skoro w przypadku decyzji o pełnej kryminalizacji naruszeń normy sankcjonowanej naruszenia umyślne i nieumyślne są z zasady sankcjonowane przez dwie różne normy sankcjonujące. Możliwe jest oczywiście znacznie większe rozbudowanie grupy norm sankcjonujących jedną normę sankcjonowaną, z uwagi na zróżnicowane kryteria nie tylko podmiotowe, ale i przedmiotowe, jak to na przykład ma miejsce w przypadku przestępstw spowodowania śmieci człowieka¹⁶⁴⁷. Przykład ten uwiadamia przewagę stanowiska zakładającego samodzielność i znaczny stopień zgeneralizowania normy

¹⁶⁴³ Autor ten podkreśla, że zbieżność pomiędzy jego stanowiskiem a finalistyczną koncepcją podmiotowego bezprawia, polegająca na uwzględnieniu w ujemnej ocenie zarówno ujemnej wartości skutku, jak i ujemnej wartości samego czynu, ma jedynie pozorny charakter. Dla finalistów bowiem ujemna wartość czynu wynika z nastawienia podmiotu, tymczasem dla A. Zolla – wyłącznie z faktu naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym (A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 81).

¹⁶⁴⁴ A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 88-89 (zob. też idem, *Okoliczności...*, op. cit., s. 58-59). Podobnie K. Binding (zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 32), W. Patryas (W. Patryas, *Interpretacja...*, op. cit., s. 18-19; idem, „Norma sankcjonowana w prawie karnym...” – kilka uwag do artykułu Łukasza Pohla, RPEiS 2006, z. 1, s. 66), P. Kardas (P. Kardas, *Przestępstwo ciągle...*, op. cit., s. 101-101; idem, *Przypisanie...*, op. cit., s. 84) i J. Majewski (J. Majewski, *Prawnokarne...*, op. cit., s. 83-84). Odmienne Ł. Pohl, który sytuuje je w zakresie normowania normy sankcjonowanej, a więc na płaszczyźnie bezprawności (zob. Ł. Pohl, *Podmiotowe...*, op. cit., s. 62 i nast.); idem, *Struktura...*, op. cit., s. 110-134), a wcześniej m. in. H. Kelsen (zob. H. Kelsen, *Podstawowe...*, op. cit., s. 190-191 i 365-366) oraz K. Buchała (K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 231). Zasadniczym argumentem mającym według Ł. Pohla przemawiać za takim stanowiskiem jest *de lege lata* treść przepisu art. 115 § 1 k.k., który – jego zdaniem – za ustawowe wyznaczniki zabronienia uznaje wszystkie znamiona typu czynu, w tym podmiotowe (Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 120). Wniosek ten oparty jest jednak na błędnej przesłance: jak to już wyjaśniono, przepis art. 115 § 1 k.k. określa zespół znamion karalności, a nie bezprawności.

¹⁶⁴⁵ A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 80-89; idem, *Okoliczności...*, op. cit., s. 43; analogicznie K.H. Gössel, który stwierdził, że zamiar i nieumyślność są znamionami karalności i decydują jedynie o różnej karalności za naruszenie tej samej normy (zob. R. Maurach, K.H. Gössel, H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg-Karlsruhe 1978, t. 2, s. 55; cyt. za: A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 52). Do pewnego stopnia podobnie ujmował to wcześniej W. Wolter stwierdzając, że „(...) w dziedzinie prawa karnego dojść musi jeszcze pewien plus, aby zaistniało przestępstwo, to uzasadnia właśnie różnicę między bezprawiem cywilnym, a bezprawiem kryminalnym jako przestępstwem; w obrębie jednak tego przestępstwa odróżnić należy przedmiotową bezprawność od tego plus, jakim jest umyślność czy nieumyślność” (W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 77). W stanowisku tym dostrzec można refleks poglądów Iheringa, który wskazywał, że delikt cywilny to bezprawie obiektywne, do którego może, choć nie musi dołączyć się subiektywne zawinienie tworząc przestępstwo (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 66).

¹⁶⁴⁶ A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 89.

¹⁶⁴⁷ Nie można też pominąć, że tej samej normie sankcjonowanej mogą odpowiadać różne normy sankcjonujące odmiennych gałęzi prawa, istnieć mogą też oczywiście normy sankcjonowane, dla których brak jest norm sankcjonujących na obszarze prawa karnego (zob. K. Engisch, *Die Einheit...*, op. cit., s. 58; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 99).

sankcjonowanej¹⁶⁴⁸, o ile bowiem intuicyjnie zrozumiała wydaje się norma sankcjonowana o treści: „Zakazane jest pozbawić życia człowieka”¹⁶⁴⁹, o tyle nie można tego samego powiedzieć o normach sankcjonowanych, które brzmiałyby np. „Zakazane jest umyślnie pozbawić życia człowieka za pomocą materiałów wybuchowych”, „Zakazane jest umyślnie pozbawić życia człowieka w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie”, czy w końcu „Zakazane jest umyślnie pozbawić życia człowieka nie w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, bez szczególnego okrucieństwa, nie będąc matką i nie działając w okresie porodu pod wpływem jego przebiegu, nie pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami, bez użycia broni palnej lub materiałów wybuchowych, nie w związku z rozbojem itd.”¹⁶⁵⁰.

W konsekwencji już do zakresu zastosowania poszczególnych norm sankcjonujących zaliczyć należy wszelkie wpływające na zróżnicowane kwalifikacje prawne elementy podmiotowe (nie tylko zamiar albo nieumyślność, ale również np. działanie w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, pod wpływem silnego wzburzenia, współczucia wobec żądającej uśmiercenia ofiary, działanie pod wpływem przebiegu porodu itp.), właściwości osobiste podmiotu (np. bycie matką w okresie porodu, osobą prawomocnie skazaną za zabójstwo)¹⁶⁵¹, czy w końcu także liczne okoliczności o charakterze

¹⁶⁴⁸ Podobne stanowisko zajął również P. Kardas. Jakkolwiek wprost dotyczyło ono innego zagadnienia (problemu jedności – wielości norm sankcjonowanych w przypadku różnych postaci zjawiskowych czynu zabronionego), wydaje się jednak, że ma ono walor bardziej ogólny i dlatego warto je przytoczyć *in extenso*: „(...) treść normy sankcjonowanej jest stosunkowo syntetycznie ujęta, wyraża ona bowiem co do zasady sam zakaz / nakaz określonego zachowania, nie określając zarazem precyzyjnie relevantnych prawnie sposobów przekroczenia tego zakazu (...)” (P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 461).

¹⁶⁴⁹ A ściślej: „Zakazane jest wykonać czyn, który choćby potencjalnie, stwarza zagrożenie dla życia człowieka”.

¹⁶⁵⁰ Zob. A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 74-75. Również Z. Ćwiąkalski podkreśla, że typowe myślenie o zakazie (bezprawności) odnosi się do bardziej ogólnych kategorii, takich jak zakaz zabijania człowieka, zabierania cudzego mienia itp., a nie zróżnicowanych postaci, pod jakimi ten zakaz został ujęty w przepisach prawa, a więc zakazu zabijania umyślnego, nieumyślnego, pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami itp. (Z. Ćwiąkalski, *Błąd...*, op. cit., s. 126-127). Nie widzę przy tym żadnych powodów, dla których kłopotliwe miałyby być pytanie o to, która z wielu norm sankcjonujących przesądza obowiązywanie normy sankcjonowanej (tak Ł. Pohl, według którego przyjęcie, że przesądza to jedna z tych norm, pozbawia pozostałe statusu norm sankcjonujących – zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 130). Pytanie to jest źle postawione, opiera się bowiem na założeniu, że obowiązywanie normy sankcjonowanej jest zależne od istnienia normy ją sankcjonującej, tymczasem norma zakazująca określonego zachowania może obowiązywać samoistnie, niezależnie od tego czy sprzężona jest z nią jakakolwiek norma sankcjonująca. Oczywiście nie można w takim przypadku określić tej pierwszej mianem normy sankcjonowanej, ale nie znaczy to, że dopiero ustanowienie normy sankcjonującej nadaje jej moc obowiązującą. Oznacza to jedynie, że norma zakazująca określonego zachowania staje się normą sankcjonowaną w takich granicach, w jakich jej naruszenie mieści się w zakresie zastosowania normy sankcjonującej.

¹⁶⁵¹ Zob. P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe...*, op. cit., s. 101. W niektórych przypadkach kwalifikacje podmiotowe sprawy przypisać należy jednak do zakresu zastosowania normy sankcjonowanej, ponieważ – jak to słusznie zauważył P. Kardas – niektóre reguły postępowania z dobrem prawnym odnoszą się do specyficznych oddziaływań na nie, które są zastrzeżone przez te reguły dla określonego kręgu podmiotów (lekarzy, określonych kategorii funkcjonariuszy publicznych, menadżerów itp.). Mimo to autor ten stoi na stanowisku,

przedmiotowym: zarówno te, które uzupełniają wspomniane elementy podmiotowe (okoliczności uzasadniające szczególne potępienie motywacji sprawcy, usprawiedliwiające silne wzburzenie, przebieg porodu, okoliczności wywołujące współczucie sprawcy zabójstwa eutanatycznego), o charakterze mieszanym (szczególne okrucieństwo), jak i całkowicie samodzielne (np. dokonanie zabójstwa w związku z innym przestępstwem określonym w art. 148 § 2 pkt 2 k.k. bądź za pomocą broni palnej lub materiałów wybuchowych)¹⁶⁵².

Za przedmiotowym, co do zasady, ujęciem normy sankcjonowanej dodatkowo przemawia perspektywa ewolucyjna, a konkretnie fakt, że przez znaczną część dziejów prawa karnego dominowała odpowiedzialność za obiektywny skutek, która nie różnicowała umyślnych i nieumyślnych (a początkowo nawet przypadkowych) naruszeń dobra prawnego. Dyspozycja do karania za obiektywny skutek nie jest bynajmniej zjawiskiem już jedynie historycznym, a przeciwnie, wynika ona z silnej i uniwersalnej skłonności, która również obecnie determinuje treść powinnościowych przeżyć ludzkich i prowadzi do napięć związanych z brakiem społecznej akceptacji dla przesycanych subiektywizmem instytucji współczesnego prawa karnego. Tym samym „centralny kontrargument” filozoficzno-aksjologiczny przedstawiony przez Ł. Pohla przeciwko przedmiotowej koncepcji bezprawności A. Zolla, który sprowadza się do wyeksponowania, że na gruncie aksjologii etycznej treść wartościowania moralnego determinowana jest nie tylko przez czynniki natury przedmiotowej, ale i przez czynniki podmiotowe¹⁶⁵³ nie ma takiej wagi, jak by to się *prima facie* mogło wydawać, znajduje on bowiem swoją przeciwwagę w opartej na zasadzie odpowiedzialności obiektywnej tradycji reakcji karnej¹⁶⁵⁴. Pomimo nasycenia współczesnego prawa karnego elementami subiektywnymi, nie może budzić wątpliwości, że punktem wyjścia dla wartościowania prawnokarnego jest zawsze jakość samego czynu (jego rezultatu), a dopiero na jej tle znaczenia nabierają motywy i zamierzenia podmiotu¹⁶⁵⁵.

że w sensie strukturalnym właściwości podmiotu przestępstwa indywidualnego stanowią elementy zakresu zastosowania normy sankcjonującej (zob. P. Kardas, *Przestępstwo ciągle...*, op. cit., s. 106-108).

¹⁶⁵² Stanowisko to nawiązuje do poglądów K. Bindinga, który odróżniał znamiona „przekroczenia normy” (bezprawności) od innych znamion decydujących już tylko o karalności (zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 77).

¹⁶⁵³ Zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 114-116 i literatura tam powołana.

¹⁶⁵⁴ Ustalenie relacji bezprawności jest zresztą tylko jednym z etapów prawnokarnego wartościowania konkretnego zachowania, stąd też pominięcie na nim elementów subiektywnych nie oznacza, że ostateczny rezultat tego wartościowania nie będzie uwzględniał całokształtu czynników determinujących osąd moralny, a jedynie to, że niektóre z nich usytuowane są na innych płaszczyznach struktury przestępstwa (karalności, karygodności, a także winy).

¹⁶⁵⁵ Tak, cytowany przez Ł. Pohla (ibidem, s. 115), Ł. Ślipko (Ł. Ślipko, *Zarys etyki ogólnej*, Kraków 2004, s. 166).

Rozumiana przedmiotowo bezprawność wyraża ujemną ocenę obiektywnych właściwości czynu w relacji do dobra prawnego i reguł postępowania z nim.

Te ostatnie w zasadzie nie mają charakteru prawnego¹⁶⁵⁶, ale wynikają z praw przyrody, ludzkiego doświadczenia oraz znajomości natury dobra¹⁶⁵⁷. W konsekwencji co do zasady mają one właśnie charakter przedmiotowy: właściwy albo niewłaściwy sposób postępowania w stosunku do dobra prawnego z reguły nie zależy od nastawienia podmiotu¹⁶⁵⁸. W szeregu jednak przypadków zachowanie nieumyślne lub nie wykazujące szczególnego zabarwienia zamiaru sprawcy w ogóle nie może zostać uznane za niezgodne z normą sankcjonowaną¹⁶⁵⁹. Problem ten nie jest nowy: na istnienie subiektywnych wyznaczników bezprawności w literaturze niemieckiej zwrócono uwagę już na początku XX w., gdzie zaproponowano nazwę „przestępstwa z przeważającą wewnętrzną tendencją” na określenie takich typów, w których dla społecznej szkodliwości (naruszenia interesu) nie wystarczy tylko zewnętrzne zachowanie, lecz potrzebne jest dodatkowo określone nastawienie sprawcy¹⁶⁶⁰.

Choć nad trudnościami z jednoznacznym przyporządkowaniem elementów subiektywnych do określonych obszarów w strukturze przestępstwa (czy też usytuowaniem ich w określonych miejscach układu norm sprzężonych) można by przejść do porządku, uznając je za kolejny dowód niemożności rozłącznego zrekonstruowania przez uproszczony ze swej istoty model struktury przestępstwa złożonej rzeczywistości normatywnej, to jednak akurat w tym przypadku nie wydaje się to konieczne. Rozwiązanie przedstawionego problemu może dać właściwe odczytanie konkretnych reguł postępowania z określonymi dobrami prawnymi. Nie można przecież zaprzeczyć, że istnieją takie dobra prawne, których naruszenie jest społecznie akceptowane, o ile nie następuje umyślnie, ewentualnie – dodatkowo – ze specyficznym zabarwieniem zamiaru. Dotyczy to z reguły dóbr o charakterze względnym, w przypadku których przedmiotem ochrony jest właściwie prawo dysponenta

¹⁶⁵⁶ Tak np. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 117; odmiennie Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 98.

¹⁶⁵⁷ A. Zoll, *Aksjologiczne...*, op. cit., s. 306. Analogicznie jak w przypadku obiektywnego przypisania skutku czy oceny szkodliwości społecznej czynu należy zaznaczyć, że ta obiektywizacja ma jedynie względny charakter, jest bowiem uwarunkowana stanem wiedzy na danym poziomie rozwoju cywilizacyjnego. Dobrze ilustruje to przykład podany przez T. Kotarbińskiego: przed pojawieniem się wiedzy o drobnoustrojach chorobotwórczych przeprowadzenie zabiegu lekarskiego bez zachowania warunków aseptycznych nie naruszało obowiązujących wówczas reguł sztuki lekarskiej i było rzeczowo racjonalne, polegało bowiem na doborze środków, które były zgodne ze wskazaniami dostępnej wówczas wiedzy (zob. T. Kotarbiński, *Traktat o dobrej robocie*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1982, s. 123-125).

¹⁶⁵⁸ Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 149.

¹⁶⁵⁹ Na przykład w ogóle nie może być mowy o kradzieży bez uwzględnienia celu działania sprawcy (zob. T. Kaczmarek, *Materiałna...*, op. cit., s. 25).

¹⁶⁶⁰ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 45-46; G. Rejman, *Teorie...*, op. cit., s. 108-110.

dobra do decydowania o sposobie rozporządzania nim, albo dóbr o niewielkiej wadze dla społeczeństwa. Jeżeli chodzi o te ostatnie, wydaje się, że na pierwszy plan wysuwa się tu nie tyle bezwzględna ochrona tego dobra w każdym czasie i miejscu, ale niejako samo poszanowanie dla niego jako zasada, która nie doznaje uszczerbku w wyniku nieostrożnych naruszeń, godzi natomiast w nią umyślny atak na dobro. W takiej sytuacji, jak to ujął A. Zoll¹⁶⁶¹, „(...) czyn narusza dobro tylko w sensie czysto »fizykalnym«, a nie narusza interesu społecznego będącego podstawą ochrony prawnokarnej”. W istocie rzeczy punkt ciężkości przesuwają się tutaj z ochrony samego dobra na egzekwowanie podporządkowania regułom społecznym, które same w sobie również stanowią wartość społeczną wymagającą ochrony.

Można więc uznać, że o ile podmiotowe korelaty zachowania uniwersalnie przynależą do płaszczyzny karalności (zakresu zastosowania normy sankcjonującej), o tyle w niektórych, wcale nierzadkich, przypadkach, jako składnik reguł postępowania z dobrem prawnym, dodatkowo zagnieżdżone są one również w zakresie normowania normy sankcjonowanej, gdzie współdecydują o bezprawności czynu. Takiej specyfiki niektórych typów czynów zabronionych nie podważa zresztą sam A. Zoll, który podkreśla, że od wystąpienia znamienia subiektywnego niekiedy zależy ujemna ocena czynu z punktu widzenia porządku prawnego, zależy też jego bezprawność, jak to ma miejsce np. w sytuacji zabrania cudzej rzeczy bez zamiaru przywłaszczenia, co po prostu nie jest kradzieżą¹⁶⁶². I dalej: „Dla karalności ustalenie umyślności lub nieumyślności jest sprawą istotną, o tyle elementy te nie mogą, w każdym razie we wszystkich wypadkach [podkr. własne], być warunkami dla przyjęcia bezprawności”¹⁶⁶³. Choć najczęściej zagrożenie dobra przez naruszenie reguły postępowania wobec danego dobra nie jest uzależnione od nastawienia psychicznego sprawcy, istnieją jednak takie sytuacje, kiedy dobro prawne zostaje zagrożone dopiero wtedy, gdy jakaś działalność ludzka podjęta zostaje w określonym celu lub przy wystąpieniu u działającego podmiotu określonego nastawienia. Dotyczy to na przykład własności, która jako dobro mające wartość społeczną zostaje zagrożona, jeśli przedmiot własności zostanie zabrany spod władztwa osoby uprawnionej przez inną osobę w c e l u

¹⁶⁶¹ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 93. Cytowana wypowiedź wprost dotyczyła nieco innego kontekstu, to jest zgody dysponenta dobra na jego naruszenie, tym niemniej jednak w obu przypadkach podłoże wyłączenia bezprawności wydaje się być tożsame.

¹⁶⁶² Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 45.

¹⁶⁶³ Ibidem, s. 52. A. Zoll dokładniej wyjaśnił to stanowisko w późniejszej pracy, zaznaczając, że choć o ujemnej ocenie czynu decydują w zasadzie wyłącznie elementy przedmiotowe, to jednak wyjątkowo może ona być ona uzależniona od wystąpienia określonego stanu psychicznego, w sytuacji gdy tylko taki stan, w powiązaniu z zewnętrznym zachowaniem, stanowi zagrożenie dla dobra prawnego (zob. A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 80-89).

przywłaszczenia¹⁶⁶⁴. Pomimo takiego personalnego zabarwienia – w niektórych przypadkach – ujemnego osądu zachowania, nie ulega wątpliwości, że jego źródłem zawsze jest naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym¹⁶⁶⁵.

Bezprawność jest tą płaszczyzną w strukturze przestępstwa, na której przede wszystkim realizuje się ochrona dóbr prawnych, a tym samym funkcja ochronna prawa karnego. Norma zawierająca zakaz zachowania powodującego zagrożenie dla określonego dobra prawnego mającego wartość społeczną jest ograniczona do zachowań naruszających reguły postępowania wobec danego dobra i tylko do tych wypadków, w których obiektywnie można było uniknąć jego zagrożenia. Można w związku z tym normę tę, bez zmiany jej treści, wyrazić jako nakaz zachowania zgodnego z tymi regułami¹⁶⁶⁶.

3.5. Płaszczyzna bezprawności i jej funkcje z perspektywy ewolucyjnej

Nie ulega wątpliwości, że cofając się ku początkom prawa karnego napotkamy coraz bardziej uproszczone i spontaniczne postacie karzącej reakcji społecznej. Wielu autorów wyraża przekonanie, że u jej źródła zobaczylibyśmy już tylko nieuporządkowaną, przypadkową i spontaniczną reakcją *a casu ad casum*¹⁶⁶⁷. Jak podkreślał B. Malinowski, w społeczeństwie triobriandzkim „(...) zasady, na podstawie których zbrodnia podlega karze, są bardzo nieokreślone”, a „metody wymierzania sprawiedliwości są przypadkowe i bardziej rządzi nimi przypadek i osobista namiętność, aniżeli jakiś system ustalonych sankcji”. Również sama zbrodnia „może być określona tylko w najogólniejszych zarysach – czasem jest nią wybuch namiętności, czasem złamanie określonego tabu, czasem zamach na osobę

¹⁶⁶⁴ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 36.

¹⁶⁶⁵ Szczególnie wyraźnie jest to dostrzegalne w eksponowanych przez Ł. Pohla – na poparcie tezy o usytuowaniu znamion podmiotowych już na płaszczyźnie normy sankcjonowanej – tzw. czynach wtórnie kwalifikowanych, takich jak przygotowanie lub usiłowanie, które dla kwalifikacji wymagają odwołania się do czynników wolicjonalno-intelektualnych (Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 128). Rzec w tym, że – jak nietrudno dostrzec – uzewnętrznienie zamiaru naruszenia dobra prawnego, polegające na podjęciu zachowania stanowiącego przygotowanie albo zmierzającego bezpośrednio do dokonania ataku na to dobro, niewątpliwie narusza reguły postępowania z nim właśnie z tego względu, że polega na sterowaniu przebiegiem kauzalnym w taki sposób, by doprowadzić do jego naruszenia. Niektóre czyny kwalifikowane wtórnie, w szczególności przygotowanie, po usunięciu elementu podmiotowego okazują się zbiorem czynności całkowicie neutralnych z punktu widzenia bezpieczeństwa dobra prawnego (nie dotyczy to jednak usiłowania, które granicząc z dokonaniem, z zasady stwarza dla dobra prawnego obiektywne zagrożenie). Specyfika tych czynów potwierdza, że zakres normowania normy sankcjonowanej w niektórych przypadkach jest pośrednio zabarwiony subiektywnie, wbrew stanowisku Ł. Pohla, nie przesądza to jednak, że znamiona podmiotowe stanowią uniwersalny i stały składnik tej normy.

¹⁶⁶⁶ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 33-35.

¹⁶⁶⁷ Tak na przykład – o czym już wspomniano – J. Makarewicz, J. Witort i J. Kurczewski, a także W. Makowski (W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 40) i B. Sygit (B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 24-25).

lub własność (morderstwo, kradzież, napaść), czasem pobłażanie sobie w wygórowanych ambicjach lub bogactwie, nie sankcjonowane przez tradycję i pozostające w konflikcie z prerogatywami wodza lub kogoś ze starszyzny”¹⁶⁶⁸. Według L. Lernella kara stanowi *prius* w odniesieniu do przestępstwa traktowanego jako pewnego rodzaju zjawisko („makroprzestępstwo”), a nie jednostkowy fakt („mikroprzestępstwo”), i w życiu społecznym oraz społecznej świadomości pojawiła się nawet wcześniej, aniżeli skryształizowało się pojęcie przestępstwa¹⁶⁶⁹.

Choć teza o zupełnej przypadkowości i nieprzewidywalności pierwotnej reakcji karnej wydaje się iść zbyt daleko, to nie budzi wątpliwości zależność, że im mniej rozwinięte jest prawo karne, tym większą rolę odgrywa w nim następca reakcja społeczna na jednostkowy przypadek wyrządzenia szkody w stanie rzeczy pozytywnie wartościowanym w danej grupie. Gdy moralne oburzenie osiąga odpowiednio wysoki poziom, jego rozładowanie następuje przez zastosowanie ostrych środków, to jest kary¹⁶⁷⁰. Dominacja elementów afektywnych w pierwotnej reakcji karzącej, eksponująca odwet jako reakcję na coś co już się wydarzyło, powoduje, że w nauce prawa karnego z reguły uznaje się funkcję sprawiedliwościową (represyjną) za najstarszą i najbardziej pierwotną spośród funkcji prawa karnego¹⁶⁷¹. Przyjmuje się też, że w odróżnieniu od zwróconej ku przyszłości funkcji ochronnej, funkcja sprawiedliwościowa ukierunkowana jest przede wszystkim na przeszłość¹⁶⁷².

Rację miał J. Makarewicz, że istotą prawa karnego jest odwet, który ma charakter zemsty publicznej¹⁶⁷³. Kara jest reakcją grupy na to, co uważa ona za zachowanie aspołeczne (zemstą społeczną¹⁶⁷⁴). W swej genezie nie jest więc ona wytworem racjonalnego myślenia, ale przejawem zbiorowej psychologii, faktem społecznym, w związku z czym pozbawione

¹⁶⁶⁸ B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj*..., op. cit., s. 75.

¹⁶⁶⁹ Znalazło to swe odbicie nawet w kompozycji wykładu prawa karnego (wielu autorów, w tym np. E. Krzymuski i S. Budziński, zaczynało swój wywód prawa karnego właśnie od problematyki kary) (zob. L. Lernell, *Podstawy*..., op. cit., s. 47).

¹⁶⁷⁰ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład*..., s. 16.

¹⁶⁷¹ Tak np. K. Buchała, *Prawo*... [1980], op. cit., s. 24; L. Gardocki, *Prawo*..., op. cit., s. 7; P. Kozłowska-Kalisz, *Funkcje*..., op. cit., s. 28.

¹⁶⁷² K. Buchała, *Prawo*... [1980], op. cit., s. 24-25; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie*..., op. cit., s. 13; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie*..., op. cit., s. 43.

¹⁶⁷³ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład*..., s. 15; J. Makarewicz, *Klasycyzm*..., op. cit., s. 714; zob. także Z. Papierkowski, *Socjologiczne i filozoficzne oblicze kary*, Lublin 1947, s. 11; B. Wróblewski, *Wstęp do polityki kryminalnej*, Wilno 1922, s. 145; S. Glaser, *Polskie*..., op. cit., s. 20 i nast. Również W. Makowski genezy kary dopatrywał się „w najpierwotniejszych formach reakcji rodowej przeciwko krzywdzicielom zbiorowości”, przy czym uważał on, że ta pierwotna reakcja społeczna stała się karą dopiero wtedy, gdy jej treść wzbogaciła władza państwowa „drogą długiego łańcucha przeobrażeń” (zob. W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 312; W. Makowski, *Podstawy*..., op. cit., s. 400 i nast.).

¹⁶⁷⁴ Za nadzwyczaj znamieny J. Makarewicz uznał fakt, że grecki wyraz *Τῷ* jeszcze za czasów nowożytnych oznaczała jednocześnie pomoc, zemstę i karę (J. Makarewicz, *Ewolucja*..., op. cit., s. 141).

sensu jest poszukiwanie dla niej filozoficznych uzasadnień¹⁶⁷⁵. Przestępstwem w najszerszym tego słowa znaczeniu jest więc wszystko to, co w określonej grupie społecznej uaktywnia instynkt odwetu – wywołuje przeżycie afektywne, którego treścią jest potrzeba wymierzenia kary jako wyrazu publicznego potępienia, przy czym reakcję taką mogło wywoływać zachowanie się człowieka, jego właściwości, zachowanie się zwierzęcia, czy nawet wystąpienie zjawiska przyrodniczego.

To paradoks, że nauka prawa karnego z zasady uważa funkcję ochronną tej gałęzi prawa za podstawową, ale zarazem ewolucyjnie i chronologicznie późniejszą, aniżeli funkcja sprawiedliwościowa (odwetowa). Tymczasem już E. Krzymuski zauważył, że „(...) cały świat obchodzi prawo tylko o tyle, o ile człowiek może zapanować nad jego żywiołami i uczynić z nich siły sprzyjające lub też szkodzące interesom społecznym”¹⁶⁷⁶. Podstawową funkcją normy jest funkcja pragmatyczna (wpływająca), realizowana poprzez tzw. oddziaływanie stanowcze, polegające na kierowaniu ludzkim zachowaniem za pomocą sugestywnie oddziałujących norm nakazujących lub zakazujących im określonego postępowania¹⁶⁷⁷. Normy te muszą więc w sposób praktycznie jednoznaczny wskazywać podmiotom powinno zachowanie oraz okoliczności, w jakich jest ono nakazane (zakazane)¹⁶⁷⁸. Skoro prawo to system norm – wypowiedzi, których znaczeniem jest wystarczająco sprecyzowany wzór powinno, obiektywnie możliwego do podjęcia zachowania, mającego – z natury rzeczy – nastąpić w przyszłości, to przyjmując czysto odwetowy, skierowany wyłącznie ku przeszłości, charakter rudymen tarnej reakcji karnej przesądziłibyśmy zarazem, że nie miała ona prawnego charakteru¹⁶⁷⁹.

Byłby to jednak, jak sądzę, wniosek błędny, wynikający z nadmiernie uproszczonego sposobu postrzegania pierwotnej reakcji karnej. Relacje pomiędzy poszczególnymi funkcjami prawa karnego w rzeczywistości są znacznie bardziej złożone i wielostronne, aniżeli wynika to z ich omówień w nauce prawa karnego. Perspektywa ewolucyjna na prawo karne zdaje się

¹⁶⁷⁵ J. Makarewicz, *Klasycyzm...*, op. cit., s. 713; zob. także Z. Papierkowski, *Socjologiczne...*, op. cit., s. 20.

¹⁶⁷⁶ E. Krzymuski, *Wykład...*, op. cit., s. 145.

¹⁶⁷⁷ J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1990, s. 9 i nast.; K. Opalek, J. Wróblewski, *Prawo...*, op. cit., s. 192; S. Wronkowska [w:] A. Michalska, S. Wronkowska, *Zasady tworzenia prawa*, Poznań 1980, s. 6.

¹⁶⁷⁸ S. Wronkowska [w:] A. Michalska, S. Wronkowska, *Zasady...*, op. cit., s. 6.

¹⁶⁷⁹ Doskonale, choć w nieco innym kontekście, wyjaśnił to J. Giezek, którego słowa warto wobec tego przytoczyć tu *in extenso*: „(...) normy postępowania, których naruszenie stanowiłoby podstawę jakiegokolwiek negatywnej jego oceny, spełniać muszą skierowaną ku przyszłości funkcję sterującą i określającą. Realizacja obu funkcji możliwa jest tylko wówczas, gdy zawarty w normie zakaz lub nakaz relacjonujemy do momentu czasowego, w którym sprawca decyduje się na podjęcie określonej aktywności. Norma opierająca się na ocenie zachowania formułowanej ze stanowiska *ex post* byłaby funkcjonalnie nieuzasadniona, bowiem nie zawierałaby żadnej wskazówki co do tego, jak powinno wyglądać zachowanie prawnie dopuszczalne” (J. Giezek, *Przyczynowość...*, op. cit., s. 69; zob. też W. Wróbel, *Zmiana...*, op. cit., s. 297-304).

przy tym pokazywać, że odwet jako chronologiczny i strukturalny *prius* dla zjawiska kary i przestępstwa ma swoje „drugie dno”, a pierwotną i podstawową funkcją prawa karnego jest w rzeczywistości ochrona uznanych społecznie wartości przed przyszłymi zagrożeniami, natomiast takie funkcje reakcji karnej, jak sprawiedliwościowa czy nawet gwarancyjna, wydają się być w dużej mierze sposobami, za pomocą których realizuje się właśnie funkcja ochronna.

O ile trafnie – co potwierdzają badania Quervaine’a i Sanfey’a – J. Makarewicz podkreślał, że „instynktowna reakcja społeczna wobec jego niewiernego członka, który narusza jego normy, zagraża jego dobrom”, miała na celu przede wszystkim zaspokojenie potrzeby zemsty i poprawę nastroju, o tyle chybia jest, powtórzone za Steinmetzem, założenie, że nie służyła ona jednocześnie zastraszeniu i unieszkodliwieniu winowajców¹⁶⁸⁰.

Współczesna wiedza o tym, jak działa mechanizm doboru naturalnego nakazuje postawić pytania o powód, dla którego w warunkach presji selekcyjnej doszło do wykształcenia się takich właśnie produktów mentalnych, jak moralne oburzenie i chęć zemsty z powodu naruszenia norm obowiązujących w grupie oraz uczucie przyjemności wynikające z ich rozładowania. Każda adaptacja, także behawioralna czy mentalna, jest przecież odpowiedzią na istniejące warunki środowiskowe, w tym społeczne, służącą zwiększeniu szans jednostki doboru na osiągnięcie w przyszłości sukcesu ewolucyjnego.

Prawo karne, jak każdy inny system normatywny, jest mechanizmem wpływania na przyszłe zachowania ludzkie. Z tego powodu, choć zakotwiczone jest w tym, co się już wydarzyło, zawsze zwraca się ku przyszłości. Publiczna kara, dzięki powtarzalności wymierzania dolegliwości, w tym potępienia, w uznawanych za jednakowe sytuacjach faktycznych oraz społecznej świadomości obowiązywania tej powtarzalności, zawsze stanowiła mechanizm oddziaływania na przyszłe zachowania członków grupy. Z perspektywy teorii gier jest ona niczym innym, jak komunikatem o konsekwencjach „zdrady” w rozgrywanej w ramach grupy iterowanej gry o sumie niezerowej, który ma wpłynąć na podejmowane przez jej członków decyzje co do wyboru strategii. Z funkcją sprawiedliwościową prawa karnego nierozdzielnie związana jest więc funkcja ochronna¹⁶⁸¹, choć oczywiście myśl o tym, że prawo karne ma służyć ochronie dóbr składających się na porządek społeczny jest historycznie późniejsza i pojawiła się dopiero na pewnym etapie rozwoju refleksji na temat prawa karnego i karania¹⁶⁸².

¹⁶⁸⁰ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 233-234.

¹⁶⁸¹ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 43.

¹⁶⁸² L. Gardocki, *Prawo...*, op. cit., s. 7.

Stosowanie agresji jako instrumentu wpływania na przyszłe zachowania nie jest skądinąd domeną wyłącznie naszego gatunku, o czym świadczą przytoczone już wcześniej relacje J. van Lawick-Goodall na temat jej interakcji z szympanсами w dolinie Gambe. Fizyczny atak na badaczkę, po przekroczeniu przez nią granic szympansięgo terytorium i zignorowaniu bardziej subtelnych sposobów przekonania jej by się stamtąd wycofała, miał wyraźnie prewencyjny charakter, ustał bowiem natychmiast po przybraniu przez nią postawy wyrażającej podporządkowanie się „karze”¹⁶⁸³.

W przypadku człowieka – istoty funkcjonującej w unikalnej perspektywie intertemporalnej, posiadającej przeszłość, teraźniejszość i przyszłość, zdolnej do prognozowania i planowania, a także postrzegania świata w kategoriach przyczynowości – nieuniknione było rozwinięcie się na szeroką skalę adaptacji mentalnych i behawioralnych, a z czasem również i kulturowych, umożliwiających oddziaływanie na przyszłe przebiegi wydarzeń¹⁶⁸⁴. Stopniowy wzrost ich skuteczności był zwykłym następstwem presji selekcyjnej w ramach doboru naturalnego, oczywiste jest przecież, że większa skuteczność, jednostki czy grupy, w przewidywaniu i kształtowaniu przyszłych wydarzeń, a zwłaszcza zachowania innych ludzi, daje ogromną korzyść w kategoriach darwinowskich. O przenikaniu tej prospektywnej funkcji fenotypów przez całokształt ludzkiej umysłowości i kultury świadczą rozliczne uniwersalia kulturowe zawierające w sobie element prognozy lub prób wpływania na przyszłość, w tym za pomocą mechanizmu normatywnego. Nie zaskakuje też, że ponadprzeciętne zdolności w tym zakresie są dla jednostki źródłem prestiżu oraz wymiernych korzyści, a przede wszystkim pozwalają jej osiągnąć wysoki status w hierarchii społecznej¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁸³ Zob. S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., s. 40

¹⁶⁸⁴ Taką właściwość ludzkiej perspektywy czasowej dobrze odczytał Pascal pisząc: „Nie myślimy prawie zupełnie o teraźniejszości: a jeśli myślimy, to jeno aby zaczerpnąć z niej treść do snucia przyszłości” (B. Pascal, *Myśli* [tyt. oryg. *Pensées*], tłum T. Żeleński [Boy], Warszawa-Poznań 1921 [wyd. oryg. Paris 1670] s. 61).

¹⁶⁸⁵ K.V. Flannery zwrócił uwagę na fakt, że w społecznościach na niskim poziomie rozwoju, w których brak sformalizowanego przywództwa, pojawiają się liderzy, których status wynika w dużej mierze z umiejętności gromadzenia i rozpowszechniania istotnych informacji, np. o źródłach pożywienia (zob. K.V. Flannery, *The Cultural...*, op. cit., s. 411). Ten aspekt przywództwa uwiadamiają niekiedy same nazwy przyjęte w danej społeczności na określenie lidera (np. u różnych grup Eskimosów: „ten, który myśli o innych”, „ten, który wie wszystko najlepiej”, „ten, którego się wszyscy słuchają”, czy w końcu po prostu „ten, który myśli” – zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 81). Bardzo cenione są zwłaszcza umiejętności kształtowania przyszłości za pomocą działań w świecie powinności. Pozytywny społeczny odbiór powodzenia w mediacji skłaniał jednostki ambitne do angażowania się w tego rodzaju inicjatywy, skuteczne jej przeprowadzenie było bowiem jednym z pewniejszych środków do uzyskania osobistego prestiżu i związanych z nim korzyści (J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 164, 173), co z czasem prowadziło do wykształcenia się załóżków władzy sądowniczej. Również i to zjawisko ma przedludzkie korzenie – zdolność do rozstrzygnięcia sporów przez osobnika dominującego i dobrowolne odwoływanie się do jego autorytetu przez skonfliktowanych członków grupy obserwowane były u szympanсів (zob. F.B.M. de Waal, *Chimpanzee...*, op. cit., s. 56).

Groźba odwetu, godzącego w podstawowe, darwinowskie interesy jednostki (życie, zdrowie, wolność, dobrostan w sensie wolności od cierpień fizycznych i psychicznych, godność, pozycja w hierarchii społecznej, dobra materialne itp.) to potężna siła wpływająca na jej decyzje co do wyboru własnego zachowania. Towarzyszące presji społecznej zjawiska psychiczne należą do podstawowego wyposażenia biologicznego człowieka, a ich uniwersalny charakter wskazuje, że nie wykształciły się one w krótkim, z perspektywy procesów ewolucyjnych, okresie istnienia rozwiniętej cywilizacji ludzkiej, lecz w wyniku bardzo długiej presji selekcyjnej, oddziałującej najprawdopodobniej u źródeł ludzkiej natury – w środowiskach ancestralnych.

Świadczą o tym przytaczane już wcześniej wyniki różnych badań, w których posługiwano się scenariuszami iterowanych gier niezerowych, takich jak Ultimatum czy gry zaufania, w wymianę podarunków, o wspólne zasoby albo o dobro wspólne. Możliwość ukarania nielojalności jest tym czynnikiem, który zwiększa prawdopodobieństwo odwzajemnienia zaufania, wyraźnie sprzyja też angażowaniu się w kooperację, a przy tym powoduje, że na podejmowane decyzje w mniejszym stopniu wpływa racjonalna kalkulacja doraźnych zysków i strat, w większym natomiast poczucie lojalności jako uzasadnienia dla współpracy. Samo zaś ukaranie partnera, które w grze w Ultimatum wiąże się z pozbawieniem jakiejkolwiek korzyści również karzącego (a więc jest nieracjonalne z perspektywy ekonomicznej), wyraźnie wynika z dążenia do sprawiedliwego podziału oraz skłonienia osób działających intencjonalnie niesprawiedliwie do zmiany takiego zachowania¹⁶⁸⁶. Nietrudno dostrzec w tym zarysy prewencyjnej oraz afirmacyjno-motywacyjnej funkcji karania.

Wychowawczo-prewencyjna oraz profilaktyczno-zabezpieczająca funkcja kary nie jest kulturową innowacją, ale wynika wprost – na co wskazywał przytaczany wcześniej R. Trivers – z samego instynktu odwetu, który jest adaptatywny, bo wpływa wychowawczo na niekooperującą jednostkę oraz na otoczenie, ukazując skutki odmowy współpracy (a w niektórych przypadkach służy po prostu darwinowskiej eliminacji niekooperantów). Wymierzenie kary, wiążące się z wydatkiem energii oraz ryzykiem doznania obrażeń, o ile nie stanowi trudnej do wytłumaczenia egzaptacji, musi przecież przynosić karzącemu jakąś wymierną korzyść na przyszłość, inną niż sama poprawa nastroju. Towarzyszące karaniu fenotypowe korelaty mentalne, w tym doznanie przyjemności w związku z rozładowaniem negatywnych emocji wynikających z poczucia niesprawiedliwości czy

¹⁶⁸⁶ T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 382-385.

nielojalności, mają zapewne charakter wtórny i ukształtowały się jako wyposażenie wspomagające podejmowanie adaptatywnych decyzji behawioralnych. Dotyczy to w jeszcze większym stopniu karania altruistycznego, nie może być przecież przypadkiem, że altruści penalni w społeczeństwach pierwotnych korzystali z różnych przywilejów oraz sytuowali się wysoko na drabinie społecznej, a przejęcie funkcji karania często było dla nich drogą do uzyskania wpływu na grupę, a w końcu zdobycia w niej władzy politycznej.

Ukierunkowane na przyszłość karanie nie jest właściwe wyłącznie człowiekowi, o czym świadczą wspomniane już wcześniej przykłady odwetu odroczonego czy instrumentalnego obserwowane wśród zwierząt. Rola odwetu przy podejmowaniu decyzji zdaje się wykraczać nawet poza biologię. Wystarczy przypomnieć przeprowadzone przez R. Axelroda turnieje oparte na rozgrywaniu iterowanej gry Dylemat Więźnia przez matematyczne strategie zapisane w postaci programów komputerowych. Przewagę uzyskiwały w nich strategie kooperatywne, ale zarazem nienaiwne (zdolne do odwzajemnienia negatywnego) oraz wybaczące. Kilka kluczowych elementów świadczy, że wyniki turniejów R. Axelroda obrazują uniwersalne, matematyczne przyczyny adaptatywnego znaczenia kary. Po pierwsze, odnoszą się one do relacji powtarzalnych (iterowanych) i dają się przedstawić w ujęciu ewolucyjnym, w którym jednostką wypłaty jest replikacja strategii (jeden z turniejów R. Axelroda został właśnie w taki sposób przeprowadzony). Po drugie, wskazują, że darwinowska korzyść nie wynika z faktu wymierzenia dolegliwości, ale z potencjalnej możliwości jej wymierzenia jako funkcji wbudowanej w strategię nastawioną na kooperację. Adaptatywne jest więc samo istnienie mechanizmu obrony przed nadużyciem kooperatywnej natury strategii. Po trzecie, co wydaje się szczególnie istotne, już na tym przedbiologicznym poziomie presja selekcyjna sprzyja instrumentalnej, a nie czysto odwetowej, funkcji odwzajemnienia negatywnego. Podczas gdy strategie niewybaczące po pierwszym nadużyciu ich zaufania (które może wynikać także z błędu partnera) wklajają się w niekończące się pasmo obustronnego, destrukcyjnego odwetu, to strategie wybaczące, zdolne są do jego przerwania i podjęcia współpracy, co w ostatecznym rozrachunku obopólnie przynosi większe korzyści. W najgłębszej warstwie oddziaływanie prewencyjne znajduje więc wyjaśnienie, które odwołuje się nie do kategorii celowości, ale do praw matematycznych.

Odnalezienie przejawów oddziaływania ochronnego i prewencyjnego na obszarze pierwotnego prawa karnego nie stwarza większych trudności.

Karnoprawny odwet ze swej natury nie jest czysto destrukcyjną agresją, lecz wyrównaniem zaburzonego poczucia sprawiedliwości: odwzajemnieniem negatywnym będącym jednym ze sposobów realizowania się zasady „wet za wet”. Nieprzypadkowo jedną z najbardziej rozpowszechnionych form reakcji karnej na przestrzeni dziejów prawa karnego było wygnanie, a także wyjęcie spod prawa, które wprost oznaczają pozbawienie jednostki, która dopuściła się czynu antyspołecznego, statusu uczestnika wewnątrzgrupowych relacji altruizmu wzajemnego¹⁶⁸⁷. Taka kara ma jednak również swój oczywisty aspekt pozytywny: ukazuje, że warunkiem dopuszczenia do korzyści wynikających z przynależności do grupy jest współpraca z innymi jej członkami oraz podporządkowanie się obowiązującym w niej regułom.

Na nierozzerwalne splatanie się funkcji sprawiedliwościowej i ochronnej już od najwcześniejszych początków prawa karnego, poza przykładem publicznego odwetu wobec „kulturowego recydywisty”¹⁶⁸⁸, wskazuje cały szereg właściwości pierwotnej reakcji karnej, w tym np. postrzeganie kary jako ekspiacji umożliwiającej odbudowanie normalnych stosunków wewnątrz grupy, jak również naruszonych przez przestępstwo relacji z siłami nadprzyrodzonymi, czy też pierwotność paradygmatu prawa karnego sprawcy i jego uporczywe nawroty w historii prawa karnego, co – jak można sądzić – jest konsekwencją silnego zakorzenienia takiej percepcji sensu karania w psychice ludzkiej.

Czysto utylitarne źródło, związane z ochroną grupy egzystującej w trudnych warunkach, często na granicy fizycznego przetrwania jej członków, miała rozpowszechniona w społeczeństwach prymitywnych całego świata, praktyka wypędzania lub pozbawiania życia starców, osób ułomnych¹⁶⁸⁹, a także zabijania dzieci kalekich lub takich, które jako odbiegające od szablonu były pozbawiane prawa do życia (np. bliźnięta)¹⁶⁹⁰. J. Makarewicz podkreślał, że praktyki takie stosowane wobec starców i osób ułomnych nie były jedynie zabiegiem społeczno-politycznym, uzasadnianym wprost np. potrzebą zachowania żywności

¹⁶⁸⁷ W staropolskim prawie karnym charakter taki miała kara wywołania (proskrypcji), która była równoznaczna ze śmiercią cywilną, oznaczała bowiem utratę wszelkich praw publicznych i prywatnych (np. żona skazanego mogła ponownie wyjść za mąż, a jego majątek był konfiskowany), z czym dodatkowo wiązał się powszechny obowiązek chwywania wywołańców i wydawania ich starostom w celu uśmiercenia (J. Bardach, J. B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2009, s. 183; W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 365).

¹⁶⁸⁸ J. Makarewicz przytoczył w tym kontekście przykład Eskimosów, którzy wprawdzie nie znają co do zasady kary za kradzież czy zabójstwo, uznając pomszczenie takiego czynu za prywatną sprawę pokrzywdzonego, jednak jeżeli z jakiegoś powodu czyn taki staje się uciążliwy dla większości, zleca ona komuś dokonanie zabójstwa sprawcy. Podobne zwyczaje obserwowano u Indian oraz tubylczej ludności Australii (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 158; zob. też J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 12-14).

¹⁶⁸⁹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 159-160; T.E. Kuczma, *Genetyczne...*, op. cit., s. 181-182.

¹⁶⁹⁰ B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 27-28.

dla produktywnych członków grupy, ale właśnie reakcją karzącą opartą na potępieniu, którego podstawą były właściwości osobiste winowajcy, takie jak np. zrzędlivość, nie angażowanie się w przydatne dla społeczności przedsięwzięcia czy uciążliwość.¹⁶⁹¹ Osoby wyłamujące się z konformizujących reguł życia zbiorowego, obok kary doczesnej, czekało – o czym już wspomniano – również potępienie w życiu pozagrobowym¹⁶⁹².

Rzeczywista przyczyna takiego negatywnego wartościowania, często pozostaje nieuświadomiona, skrywa się bowiem pod powierzchnią sądów moralnych, które spełniają rolę bezpośredniego uzasadnienia dla reakcji karnej. Sprzyjają temu niektóre spośród heurystyk składających się na neuropsychologiczny mechanizm ludzkich procesów decyzyjnych, a zwłaszcza tzw. podstawowy błąd atrybucji polegający na skłonności do wyjaśniania zachowania innych osób w kategoriach subiektywnych i niezmiennych, przy jednoczesnym niedocenianiu czynników zewnętrznych i sytuacyjnych. W związku z tym droga od obiektywnie ujemnej oceny zachowania określonej osoby do jej potępienia, a w konsekwencji ukarania, jest bardzo krótka, pomija bowiem całą złożoność kontekstu sytuacyjnego, przebiega natomiast wprost od stwierdzenia obiektywnej szkodliwości zachowania do zarzucenia jego autorowi zawinionego „zła” przypisywanego mankamentom jego charakteru.

Rację, choć niepełną, miał K. Marks twierdząc, że świadomość zawsze jest zdeterminowana sytuacją materialną¹⁶⁹³. Potwierdza to zresztą doświadczenie dnia codziennego: z upowszechnionych w partykularnych grupach społecznych czy zawodowych przekonań czy sądów normatywnych bez trudu da się przecież wypreparować konkretne interesy klasowe lub korporacyjne. Przedstawiciele nauki prawa karnego, poszukując genezy przedmiotu swoich badań, koncentrowali uwagę na instynkcie odwetu, przez co przeoczyli przyczynę, z powodu której instynkt ten wyewoluował. Jest nią natomiast przewaga, jaką w procesie selekcji naturalnej daje możliwość wzmacniania wewnątrzgrupowej kooperacji za pomocą wzorów zachowań, które mają wymiar obowiązywania i są sankcjonowane reakcją karną.

Dowodów pierwotności funkcji ochronnej prawa karnego dostarczają także właściwości zjawiska kary. Zarówno Liszt, jak i Makarewicz definiując karę nie ograniczali jej istoty do samej w sobie dolegliwości, ale podkreślali jeszcze dwie jej kluczowe cechy: wyrażenie

¹⁶⁹¹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 159-160.

¹⁶⁹² G. Minois, *Historia...*, op. cit., s. 9-14.

¹⁶⁹³ A. Sylwestrzak, *Historia...* [1999], op. cit., s. 333. Niekompletność obrazu świata wyrażonego słowami „byt określa świadomość” wynika z pominięcia oddziaływania w przeciwnym kierunku (*downward causation*).

potępienia dla czynu i jego sprawcy oraz publiczny charakter tego potępienia. Równie trafnie Liszt w definicyjnych cechach kary (dolegliwość oraz namacalne potępienie) dopatrywał się oddziaływania prewencyjnego¹⁶⁹⁴.

Sama istota normatywności polega na regularnym praktykowaniu określonych zachowań, którym towarzyszy upowszechnione w danej społeczności wewnętrzne poczucie, że przyczyną ich podejmowania jest to, że są zgodne z obowiązującym wzorem. Normatywność jest więc oparta na pełnym dostępnym człowiekowi zakresie funkcjonowania intertemporalnego: choć skierowana jest na sterowanie przyszłymi zachowaniami, to zarazem zakotwiczona jest w pamięci o przeszłości, ponieważ aspekt internalny powinności wymaga takiego jej utrwalenia by mogła aktywizować się w świadomości odpowiednio dużej części populacji. Współcześnie służą temu wypracowane na przestrzeni dziejów innowacje z dziedziny technologii informacji, pozwalające oderwać treść normatywną od substratu psychicznego konkretnych ludzi, takie jak pismo, akty normatywne, ich publikatory itp. W społeczeństwach przedsiębiorczych, jak zauważył B. Malinowski, problem utrwalenia w pamięci powinności w ramach relacji altruizmu wzajemnego, związanych zarówno z transakcjami cywilnoprawnymi, jak i stosunkami rodzinnymi, rozwiązywano głównie za pomocą nadzwyczajnej (często teatralnej i przejawionej), a przez to zapadającej w pamięć, formy¹⁶⁹⁵. Relikty tego rodzaju metod utrwalania w pamięci uczestników czynności o charakterze performatywnym przetrwały do naszych czasów w postaci uroczystych form niektórych czynności prawnych.

Z punktu widzenia prowadzonych tu rozważań istotne jest, że w przypadku reakcji karnej, już od najbardziej pierwotnych jej postaci bez trudu dostrzec można analogiczny sposób utrwalania w pamięci społecznej odwzajemnienia negatywnego. Bez wątpienia

¹⁶⁹⁴ F. v. Liszt, *Lehrbuch...*[1912], op. cit., s. 252. Błędne było natomiast jego założenie, że znaczenie indywidualnoprewencyjne ma przede wszystkim sama dolegliwość, a sens publicznego potępienia ogranicza się do działania ogólnoprewencyjnego. Podobnie odrzucić należy tezę, że kara jako celowa ochrona dóbr prawnych pojawia się dopiero na zaawansowanym etapie rozwoju prawa karnego (by uniknąć nieporozumień należy przypomnieć, że celowość działania nie wymaga jej świadomości, ponieważ proces psychicznego sterowania własnym zachowaniem i wpływania za jego pomocą na przebiegi przyczynowe zachodzące w rzeczywistości odbywa się w bardzo dużej części poza kontrolą świadomości).

¹⁶⁹⁵ Zob. B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 29-34. Wyrazistym przykładem jest odkryty w indiańskich społecznościach północno-zachodniego wybrzeża Ameryki Północnej, a później udokumentowany także na innych kontynentach w społecznościach znajdujących się na podobnym poziomie rozwoju cywilizacyjnego (zob. F. Fukuyama, *Historia...*, op. cit., s. 183), tzw. potłacz, który polegał na demonstracyjnym rozdawaniu lub niszczeniu dóbr materialnych (np. wrzucanie wartościowych, ręcznie tkanych koców do ognia). Zwyczaj ten służył – jak zauważył sam F. Boas – między innymi utrwaleniu w pamięci społeczności altruistycznych zachowań pomiędzy wsiami (zob. Ch. Bracken, *The Potlach Papers: A Colonial Case History*, Chicago 1997, s. 140-142; F. Boas, *The Northwest Tribes of British Columbia*, London 1899, s. 681-682; zob. także J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 66-68 oraz B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 34).

publiczne, ceremonialne i powiązane z religijnymi obrzędami ekspiacyjnymi, wykonywanie kar kryminalnych spełniało, obok innych, również funkcję informacyjną, wiążąc reakcję karną z naruszeniem normy społecznej i zapewniając jej przewidywalność. Także i okrucieństwo kary, obok prewencyjnego elementu zastraszenia, poprzez swoją spektakularność i siłę z jaką poruszało wyobraźnię obserwatorów, bezspornie sprzyjało utrwaleniu się w pamięci powiązania pomiędzy czynem sprawcy, a jego prawnokarnymi konsekwencjami. Prewencyjny cel wystawiania na widok publiczny głowy oraz części zwłok straconego przestępcy, co przewidywały przepisy staropolskiego prawa karnego, był oczywisty dla J. Makarewicza¹⁶⁹⁶.

Wydaje się, o czym już wspomiano, że również talion symboliczny, spełniał taką właśnie rolę, równoległą do funkcji profilaktyczno-zabezpieczającej, związanej z pozbawieniem przestępcy „narzędzia”, za pomocą którego mógłby popełnić kolejne przestępstwa (np. ucięcie ręki złodziejowi czy oślepienie go, wyrwanie języka oszczercy, obcięcie ręki sprawcy pobicia czy wykastrowanie gwałciciela)¹⁶⁹⁷.

Rzecz jasna, publiczna, ceremonialna forma wymierzania kar, innych niż kara śmierci, służyła nie tylko wytworzeniu przekonania o obowiązywaniu określonych zakazów (nakazów) oraz sankcji za ich nieprzestrzeganie, ale również społecznemu naznaczeniu przestępcy jako osoby niebezpiecznej, mogącej dopuścić się czynów antyspołecznych także w przyszłości¹⁶⁹⁸. Wraz z rozwojem demograficznym, w konsekwencji którego społeczeństwa w coraz większym stopniu zaczęły się składać z ludzi sobie nawzajem nieznanych, zwiększała się rola fizycznego oznaczenia przestępcy. J. Makarewicz trafnie zidentyfikował dominujący aspekt prewencyjny piętnowania oraz kar mutilacyjnych (np. szelmowania – obcięcie ucha, czy też obcięcie nosa¹⁶⁹⁹), związany z widocznym dla innych oznaczeniem osoby jako przestępcy. Unieszkodliwieniu sprawcy poprzez spektakularne, publiczne poniżenie służyć miały też inne kary hańbiące, związane z wystawieniem sprawcy na widok publiczny, np. ogolenie głowy, pręgierz, przejazd na ośle¹⁷⁰⁰ czy też stygmatyzowanie ubiorem¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁶ Zob. J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 221.

¹⁶⁹⁷ Takie sposoby unieszkodliwiania przestępcy powszechnie występowały w przedwspółczesnym prawie karnym różnych epok i kultur na każdym z kontynentów (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 249-251).

¹⁶⁹⁸ Zob. J. Makarewicz, *Polskie...*, op. cit., s. 298.

¹⁶⁹⁹ Sposób karania i oznaczania przestępców w starożytnych Chinach: znak *tsumi* (*han-zai*), oznaczający człowieka, któremu cesarz kazał obciąć nos, używano na określenie zarówno przestępstwa, jak i grzechu (zob. J. Widacki, *Przestępczość...*, op. cit., s. 109).

¹⁷⁰⁰ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 249-251; idem, *Ewolucja...*, op. cit., s. 148-149; idem, *Polskie...*, op. cit., s. 298; zob. też J. Warylewski, *Kara*, op. cit., s. 219-220.

¹⁷⁰¹ J. Warylewski, *Kara*, op. cit., s. 217.

Szczególnie istotne są tu jeszcze dwa spostrzeżenia B. Malinowskiego, które co prawda poczynione zostały w odniesieniu do pierwotnego prawa cywilnego, tym niemniej są w pełni adekwatne także, jeśli chodzi o reakcję karną. Po pierwsze, uroczysty sposób wykonywania transakcji wzmacnia ich moc wiążącą, ponieważ pociąga za sobą publiczną kontrolę i możliwość jawnej krytyki¹⁷⁰². Publiczny, solenny charakter zarówno czynności cywilnoprawnej, jak i wymierzanej kary, nadaje im normatywny charakter właśnie przez to, że umożliwia intersubiektywną krytykę konkretnych zachowań oraz jej odnoszenie ku przyszłości jako racji dla decyzji co do sposobu przyszłego zachowania. Publiczna kontrola i jawność są warunkiem wykształcenia się obowiązujących reguł zachowania.

Przedstawione w rozprawie teorii normatywności Ch. M. Korsgaard i B. Brożka kładą nacisk na jej racjonalne podłoże. Wytyczany przez nie kierunek wyjaśniania normatywności bez wątpienia jest trafny, choć zbyt jednostronny, właśnie ze względu na pominięcie złożonego, opartego w zasadniczej części na procesach afektywnych, podłoża aspektu internalnego i eksternalnego. Niezmiernie doniosłe w związku z tym jest drugie spostrzeżenie B. Malinowskiego, który podkreślał, że wystawny i ceremonialny sposób realizowania zobowiązań prawnych wzmacnia pierwotne prawo poprzez odwołanie się do próżności i zarozumiałości stron, pasji wyróżniania się przez pokaz: „W ten sposób wiążąca moc tych reguł wynika z naturalnych sprężyn psychicznych egoizmu, ambicji i próżności, puszczonej w ruch przez specjalny mechanizm społeczny, w który wplecione są obowiązkowe czynności”¹⁷⁰³.

Także i tę myśl można w pełni odnieść do działań o charakterze karnoprawnym, z tym, że w tym przypadku publiczne oddziaływanie na owe „sprężyny psychiczne” ma znak ujemny – odbywa się przez publiczne pohańbienie. Szerszy wywód w tej sprawie przynależy do problemu winy i przy okazji jej omawiania zostanie przedstawiony, natomiast już w tym miejscu – jest to bowiem istotne także z perspektywy ogólnoprewencyjnej – zwrócić uwagę należy na fakt, że normatywność prawa nie wynika wyłącznie z intersubiektywnej, racjonalnej krytyki rzeczywistych czy potencjalnych zachowań, ale również, a może nawet w głównej mierze, opiera się na emocjach, które one wywołują.

Wyjaśnia to hipoteza markera somatycznego, zaproponowana przez A. Damasio. Jest to mechanizm, który w procesie uczenia kojarzy wtórne emocje o charakterze repulsywnym lub apulsywnym z przewidywalnymi skutkami pewnych scenariuszy rozwoju

¹⁷⁰² B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 45.

¹⁷⁰³ Ibidem, s. 53.

wypadków¹⁷⁰⁴. Gdy wyborowi określonej opcji zachowania, która prowadzi do niekorzystnego dla jednostki skutku, towarzyszy kara i fizyczny dyskomfort z nią związany, do układu markerów somatycznych dołączane zostają ukryte reprezentacje dyspozycyjne powstałych na podstawie doświadczenia, niedziedzicznych i arbitralnych połączeń. Ponowne narażenie organizmu na wybór tej opcji, albo sama myśl o niej i jej skutkach, powoduje, że kora przedczołowa i ciało migdałowe wzbudza stan o takim samym profilu, który jest natychmiast sygnalizowany korze somatosensorycznej, wywołując za jej pośrednictwem przykre doznania fizyczne, których związek z rozważaną opcją może być uświadomiony lub pozostać nieświadomy, w obu jednak przypadkach ostrzegają one przed złymi skutkami decyzji¹⁷⁰⁵. Ten podstawowy mechanizm ma pierwszorzędne znaczenie w początkowym okresie rozwoju osobniczego (niemowlęctwie i wczesnym dzieciństwie), natomiast wraz z dojrzewaniem i postępującą wraz z nim kategoryzacją powtarzających się typowych sytuacji, związanych z wyborem i jego konsekwencjami w postaci kary lub nagrody, coraz większe znaczenie zdobywa mechanizm alternatywny, w którym pominięte zostają odczucia cielesne, a na proces decyzyjny wpływają już same „symbole” stanów somatycznych w korze somatosensorycznej¹⁷⁰⁶.

Repulsywny marker somatyczny działa więc jak automatyczny sygnał alarmowy, który ostrzega przed negatywnymi skutkami określonych decyzji, umożliwiając natychmiastowe jej odrzucenie przed dokonaniem świadomej analizy potencjalnych zysków i strat. Markery somatyczne, redukując liczbę scenariuszy uwzględnianych w świadomych procesach decyzyjnych, prawdopodobnie zwiększają ich trafność i efektywność¹⁷⁰⁷. Oczywiście samo zadziałanie takiego markera nie wyklucza możliwości świadomego podjęcia decyzji przeciwnej, nie zastępuje ono bowiem rozumowania, a jedynie uwypukla niektóre, szczególnie niekorzystne opcje, pozwalając na natychmiastowe ich odrzucenie na podstawie samych emocji towarzyszących wyobrażeniu o nich, co oszczędza czas i energię, które trzeba by poświęcić na ich analizę¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰⁴ A. Damasio, *Bląd...*, op. cit., s. 197.

¹⁷⁰⁵ Analogiczny jest mechanizm oddziaływania na OUN nagrody i przyjemnych doznań towarzyszących podjęciu dobrej decyzji (ibidem, s. 204-209).

¹⁷⁰⁶ Ibidem, s. 208.

¹⁷⁰⁷ Ibidem, s. 197.

¹⁷⁰⁸ Ibidem, s. 198. Wyższy poziom automatyzacji procesu predecyzyjnego stanowi mechanizm „zastępczy”, w którym rzeczywiste odczucia somatyczne zastępowane są ich reprezentacjami w korze czuciowej (zob. ibidem, s. 208).

Z kolei pozytywne (apulsywne) markery somatyczne mogą sprzyjać podejmowaniu decyzji racjonalnych intertemporalnie¹⁷⁰⁹, ponieważ uaktywnienie markera związanego z przewidywanymi korzyściami w przyszłości, może przeważać negatywne emocje, jakie wywołuje konieczność niezbędnych poświęceń w bliższej perspektywie czasowej¹⁷¹⁰. Dzięki opisanym właściwościom markery somatyczne (zarówno pozytywne, jak i negatywne), pod warunkiem ich wykształcenia w prawidłowych warunkach biologicznych (brak odchyłeń od normy, jeżeli chodzi o funkcjonowanie mózgu) oraz kulturowych (niepatologiczne środowisko społeczne), stanowią istotny element wyposażenia wspierającego relacje altruizmu wzajemnego, wiązą bowiem pozytywne odczucia somatyczne ze współpracą, a negatywne z konsekwencjami jej odmowy¹⁷¹¹.

Prewencyjne oddziaływanie publicznej kary – ostrego potępienia ze strony ogółu, któremu towarzyszą większe lub mniejsze dolegliwości w sferze podstawowych interesów jednostki – polega, jak sądzę, właśnie na wytwarzaniu określonych, pożądanых z punktu widzenia społecznego, markerów somatycznych. Perspektywa potępienia i poniesienia innych dolegliwości w wyniku powtarzalnej percepcji publicznej kary kojarzona jest – zarówno u karanego, jak i u obserwatorów – z markerem negatywnym, u tych ostatnich wykształcają się ponadto markery pozytywne, związane z wyrównaniem pogwałconego w wyniku przestępstwa poczucia sprawiedliwości.

Z przytoczonych powodów kara, jako sposób ochrony wartości społecznych, musi być publiczna oraz powtarzalna, w czym mieści się jej przewidywalność, zarówno co do przyczyn wymierzenia, jak i samego rodzaju dolegliwości. Stąd też ewolucja prawa karnego na różne sposoby zmierza między innymi właśnie ku coraz większej obiektywizacji odpowiedzialności. Dzięki niej system wytwarzania u adresatów norm pożądanых markerów somatycznych może być efektywny, pomimo mniejszego natężenia używanych do tego bodźców (stopniowe łagodzenie represji karnej), co samo w sobie również zdaje się mieć wartość adaptatywną.

Ten złożony proces niewątpliwie nie przebiega jednak według prostego schematu wpisującego się w optymistyczny progresywizm. Jak się wydaje zasadnicze znaczenie ma tu łączna „masa” wynikająca z sumowania się różnego rodzaju czynników wpływających na efektywność wykształcania u członków społeczeństwa pożądanых markerów somatycznych. Najogólniej mówiąc, jeżeli reakcja karna jest przypadkowa (karana jest niewielka część

¹⁷⁰⁹ Na temat racjonalności intertemporalnej zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 28-32.

¹⁷¹⁰ A. Damasio, *Bląd...*, op. cit., s. 198-199.

¹⁷¹¹ Ibidem, s. 199-201.

faktycznie popełnionych przestępstw) i mało stabilna (praktyka karania opiera się na poważnych błędach poznawczych, poziom techniki prawniczej jest niski, co znacząco osłabia siłę przekazu informacyjnego kierowanego do adresatów norm), a do tego mechanizm pozaprawnej kontroli społecznej jest osłabiony z uwagi na rozkład struktury społecznej w wyniku regresu albo – przeciwnie – bardzo dynamicznego rozwoju cywilizacyjnego, prewencyjne oddziaływanie prawa karnego opiera się przede wszystkim na jednostkowych aktach okrucieństwa. Ich widowiskowość służy niwelowaniu wspomnianych niedostatków, z powodu których systematyczne i umiarkowane oddziaływanie na internalny aspekt obowiązywania nie jest wystarczająco skuteczne. Ponieważ niedostatki te są zarazem przyczyną powszechnego poczucia zagrożenia, w społeczeństwie powstaje zapotrzebowanie na tego rodzaju mocną reakcję, tylko ona bowiem odczuwana jest jako adekwatna i niezbędna dla utrzymania społecznego ładu¹⁷¹².

Funkcji ochronnej prawa karnego, również z ewolucyjnej perspektywy biologicznie ukształtowanych właściwości ludzkiego umysłu, nie można jednak postrzegać wyłącznie przez pryzmat eliminowania i odstraszenia. Człowiek jest małą dwubiegunową, zdolną do instrumentalnej agresji, ale zarazem moralną i empatyczną, zaś to, w którym miejscu tego *continuum* usytuują się jednostkowe zachowania i towarzyszące im przeżycia psychiczne, a także norma społeczna, zależy od konkretnych warunków środowiska przyrodniczo-kulturowego. Siła prospektywnego oddziaływania kary jest największa, kiedy nie ogranicza się do wytwarzania wyłącznie negatywnych markerów somatycznych, lecz gdy kara stanowi jednocześnie „nagrodę” dla społeczeństwa odczuwającego moralne oburzenie wywołane czynem społecznie szkodliwym. Gdy prawodawca „strzeli poza cel” karając zachowania nie odbierane w ten sposób w powszechnym odczuciu albo stosując represję karną jaskrawo nieadekwatną do subiektywnych potrzeb społecznych, zostanie ona zapamiętana, lecz nie jako przejaw „rządów prawa”, ale krzywda wyrządzona przestępcy¹⁷¹³. W przypadkach skrajnych czysto odstrasząca represja niezdolna do oddziaływania afirmacyjno-motywacyjnego przestaje być prawdziwą naganą społeczną, a staje się w powszechnym odczuciu jedynie sposobem egzekwowania „rozkazu bandyty”.

¹⁷¹² Jak to już wspomniano, za chronologicznie pierwszy znany przykład wprowadzonej w okresie zakłóceń społeczno-gospodarczych regulacji prawnej odwołującej się do odstraszącej prewencji ogólnej uznać można kodeks Hammurabiego. Innym przykładem tego rodzaju oddziaływania karnoprawnego oraz warunków, w jakich dochodzi ono do głosu jest wczesnonowożytne europejskie ustawodawstwo karne, z *Caroliną* na czele.

¹⁷¹³ Zob. na ten temat np. Z. Cwiakalski, *Nadzwyczajne złagodzenie kary w praktyce sądowej*, Warszawa 1982, s. 26.

Wszystkie dotychczasowe wywody nieuchronnie prowadzą do wniosku, że wpływająca funkcja odwzajemnienia negatywnego z natury rzeczy może realizować się o tyle tylko, o ile odwet wynika z realizacji dostatecznie wyraźnie sprecyzowanego wzoru zachowania zakazanego. O karze można więc mówić jedynie wtedy, gdy sankcjonuje ona uprzednio istniejącą normę wyrażającą powinność (w tym zakaz) określonego zachowania. Jak to ujął H.L. Günther, przestępstwo i kara pozostają w stosunku wzajemnej, obustronnej zależności odpowiadającej podstawowej strukturze hermeneutycznego procesu rozumienia¹⁷¹⁴.

Istnienie tej nierozrwalnej więzi potwierdzają badania empiryczne: eksperyment polegający na przeprowadzeniu gry o dobro wspólne przez kilka grup w konwencji „jedna grupa po drugiej” z przekazywaniem na różne sposoby informacji pomiędzy nimi, wykazał, że istnienie normy społecznej nakazującej kooperację skutecznie skłania do niej ludzi, ale pod warunkiem, że norma ta jest wyraźnie sprecyzowana i jednoznacznie podana do publicznej wiadomości (w przypadku badania czytana na głos przez eksperymentatora), co nasila jej znaczenie emocjonalne. Wyniki te odczytywać trzeba łącznie z rezultatami uzyskanymi w innych scenariuszach, które wskazują, że istnienie kary sankcjonującej zachowania niekooperatywne zwiększa skłonność do współpracy w grupie¹⁷¹⁵. Kara i chroniony przez nią wzór zachowania stanowią więc nierozrwalną całość także na poziomie biologicznie uwarunkowanych funkcji ludzkiego mózgu.

We *Wstępie do filozofii prawa karnego* J. Makarewicz zestawiał informacje dotyczące zjawiska tabu w wielu różnych kulturach¹⁷¹⁶, zwracając uwagę na fakt, że najbardziej pierwotna forma myśli o ogólnych normach porządku społecznego miała charakter wierzeń religijnych, określających jakiś przedmiot jako nietykalny¹⁷¹⁷. Przedmiotem tym mogło być miejsce (np. kultu religijnego albo pochówku), przedmiot materialny, konkretna osoba, określone osoby w ramach wzajemnej relacji (np. osoby, których małżeństwo jest zakazane), kategoria osób (warstwa społeczna, np. arystokracja czy kapłani albo wszyscy mężczyźni), a w określonych sytuacjach nawet cała ludność, w końcu zaś określona sytuacja społeczna

¹⁷¹⁴ Zob. H.L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit...*, op. cit., s. 164; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 102. Co do hermeneutyki jako filozofii interpretacyjnej oraz natury hermeneutycznego poznania zob. zwłaszcza J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, op. cit., s. 221-280 oraz H. Leszczyńska, *Hermeneutyka prawnicza. Rozumienie i interpretacja tekstu prawnego*, Warszawa 1996.

¹⁷¹⁵ Zob. T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 411-412.

¹⁷¹⁶ Podane przykłady dotyczyły m. in. społeczeństw Polinezji, Mikronezji, Madagaskaru, Malajów, Nowej Zelandii, Brazylii, Karaibów, Wysp Salomona, południowej Syberii, Afryki, starożytnego Egiptu, Grecji, Izraela, Rzymu oraz plemion germańskich i skandynawskich (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 177-181).

¹⁷¹⁷ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 177; zob. też I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 48.

(np. zgromadzenie czy targ)¹⁷¹⁸. Ochrona tych wszystkich przedmiotów następowała właśnie poprzez nadanie religijnego uświęcenia, nietykalności, świętości, statusu miejsca zasiedlonego przez bogów itp.¹⁷¹⁹

Przenikanie się sfery wiedzy i wierzeń było nieuniknione, skoro religia jako taka stanowiła pierwszą ogólną teorię rzeczywistości, substytuującą niedostatki wiedzy o zachodzących w przyrodzie przebiegach kauzalnych¹⁷²⁰. Nie może przy tym budzić wątpliwości ochronny sens zjawiska tabu, jako sposobu zabezpieczenia społecznie wartościowego przedmiotu przed uszkodzeniem. Wymownym przykładem jest uznanie wszystkich mieszkańców wsi za mieszkanie bogów, gdy doszło do zdziesiątkowania jej ludności przez choroby¹⁷²¹. Istotnych informacji dostarcza również, przeprowadzona przez J. Makarewicz porównawcza analiza lingwistyczna, z której wynika, że regularnie – u nie mających ze sobą żadnej styczności kultur – w nazewnictwie dotyczącym zjawiska tabu, obok pierwszoplanowego zabarwienia sakralnego, pojawiają się elementy eksponujące sam zakaz, jego związek z moralnością¹⁷²², wagę oraz ścisłość, a także publiczną formę jego wyrażenia¹⁷²³. Powszechnie stosowano przy tym zabiegi mające na celu wyrażne i charakterystyczne oznaczenia przedmiotu tabu¹⁷²⁴.

O ile w ogóle kiedykolwiek karano bez świadomości, choćby mglistej, że służy to przyszłej ochronie konkretnych wartości społecznych, to bez wątpienia zrozumienie tego faktu nastąpiło szybko. Przyjmuje się, że po raz pierwszy myśl o prewencyjnym znaczeniu kary wyraził Platon, dla którego miała ona dwa aspekty: naprawczy względem złoczyńcy oraz

¹⁷¹⁸ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 177-183.

¹⁷¹⁹ Ibidem, s. 177.

¹⁷²⁰ Wydaje się natomiast, że nie miał racji J. Makarewicz przyjmując, że zjawisko tabu, łączące sferę sakralną i prawnokarną, pojawiło się dopiero na drugim etapie ewolucji prawa karnego, który nazwał fazą teokratyczną. W rzeczywistości nigdy odkryto społeczności, w której nie występowały by zarówno wierzenia religijne, jak i zjawisko tabu (zakazy) (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 620).

¹⁷²¹ Ogólnie rzecz ujmując ochronę – poprzez nadanie statusu świętości – w pierwszej kolejności uzyskiwały te części ludności, które były ważne dla całej grupy, np. wojownicy przed wyprawą wojenną lub rybacy przygotowujący się do połowu (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 177 i 202).

¹⁷²² Np. jawajskie słowo *pamali* oznacza „zakaz”, przy czym karnoprawny sens to tylko fragment zakresu znaczeniowego tego słowa, dominujący zaś jego obszar odnosi się do czegoś, co jest niemoralne (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 178).

¹⁷²³ Przykładem może być nowozelandzkie słowo *tapu*, które znaczy „bardzo (surowo) określony”, a jednocześnie „pomalowany korzeń”, to zaś podwójne znaczenie jest konsekwencją faktu, że to, co zabronione zaznaczano przez wbicie pomalowanej na czerwono strzały (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 178-179).

¹⁷²⁴ Obok wspomnianej czerwonej strzały na Nowej Zelandii, oznaczenia dokonywano np. za pomocą bawełnianych lub jedwabnych nici (w Grecji, u pierwotnych mieszkańców Brazylii, w Afryce, Skandynawii, na Hawajach czy u Germanów), wstążki z liści kokosu (plemię Palau, na Markizach), białej chorągiewki umieszczonej na drzewie (na Hawajach, u Germanów), rzeźb (na Taiti, u Germanów, w Rzymie), bukietów ziół (na Markizach, Fidżi), liści palmowych (na Timorze), krzyży z dwóch belek (na Wyspach Salomona), łaski zakazu (Afryka), przystrojonych słupów (u Burjatów) albo poprzez ogrodzenie murem (np. w Rzymie) (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 179-180).

odstraszający dla jego potencjalnych naśladowców¹⁷²⁵. Refleksja na temat prewencyjnego działania kary mogła pojawić się jednak już wcześniej, a ślady na to wskazujące odnaleźć można w archaicznym prawie chińskim, zawartym w zbiorze „Pięciu kar” z czasów mitycznego cesarza Seinu. Prawodawstwo to, spełniające kryteria prawa prymitywnego, przepojone sakralnością i odwetem, z przenikaniem się elementów kary ziemskiej i pozagrobowej, przewidywało karę śmierci, w tym kwalifikowaną (ćwiartowanie, pogrzebanie żywcem), którą wymierzano publicznie, dla przestrogi i oczyszczenia. Późniejsze zbiory praw obowiązujące pomiędzy XXIII a XI w. p.n.e. dodatkowo wzmocniły odstraszający charakter kary, przewidując obowiązek publicznego wystawiania głów ściętych przestępców¹⁷²⁶. Wśród kar mitycznych prawo starożytne w przypadku wielu przestępstw przewidywało między innymi odcięcie nosa, co jak się wydaje, świadczy o stosowaniu prewencji indywidualnej za pomocą fizycznego oznaczania sprawców przestępstw¹⁷²⁷. Jak już kilkakrotnie wspomniano, także kodeks Hammurabiego z przełomu XVIII i XVII w. p.n.e. był wyrazem polityki karnej opartej na odstraszającej prewencji generalnej, wszechstronnie wykorzystującej mechanizm tworzenia negatywnych markerów somatycznych (spektakularność kwalifikowanych kar śmierci, w tym wykonywanych na miejscu popełnienia przestępstwa¹⁷²⁸, stosowanie kar mitycznych, właściwego oraz symbolicznego talionu¹⁷²⁹, czy w końcu kary śmierci połączonej ze zbezczeszczeniem zwłok przestępcy¹⁷³⁰). Warto tu dodać, że wszystkie te okrucieństwa służyć miały ochronie bezpieczeństwa osobistego oraz majątku członków warstwy panującej¹⁷³¹, a dla realizacji tego celu stosowano także metody z zakresu prewencji indywidualnej, zarówno eliminacyjnej¹⁷³², jak i rejestracyjnej¹⁷³³. Ta pierwsza została zresztą

¹⁷²⁵ J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa* [tyt. oryg. *A Short History of Western Legal Theory*], tłum. Ł. Słoniowski i in., Kraków 2006 [wyd. oryg. Oxford 1992], s. 52; B. Wróblewski, *Penologia*, t. 1, op. cit., s. 203.

¹⁷²⁶ W. Bojarski, *Kara śmierci w prawach państw antycznych*, [w:] *Kara śmierci w starożytnym Rzymie*, red. H. Kowalski i M. Kuryłowicz, Lublin 1996, s. 10-11.

¹⁷²⁷ J. Gąsiorowski, *Kryminalistyczna identyfikacja człowieka – rys historyczny*, Katowice 2004, s. 11.

¹⁷²⁸ Zakopanie sprawcy włamania w jamie lub zamurowanie w dziurze wybitej w murze okradzionego domu (§ 21) (zob. J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 265).

¹⁷²⁹ Na przykład wyparcie się przybranego ojca lub przybranej matki przez syna eunucha lub syna mniszki karane było wycięciem języka (§ 192) (zob. K. Sojka-Zielińska, *Historia...*, op. cit., s. 21).

¹⁷³⁰ Zgodnie z § 256 wobec zarządcy, który dopuścił się sprzeniewierzenia, a nie mógł naprawić szkody, stosowana była kara śmierci w postaci włóczenia bydłem po polu (J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 265).

¹⁷³¹ Ibidem.

¹⁷³² Na przykład § 195 przewidywał ucięcie ręki synowi, który uderzył ojca, a także § 218, zgodnie z którym w ten sam sposób karano lekarza, który popełnił błąd podczas operacji pełnoprawnego obywatela, w wyniku czego pacjent zmarł lub stracił oko (J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 266; K. Sojka-Zielińska, *Historia...*, op. cit., s. 21).

wprost wysłowiona we wstępie kodeksu, w którym jako jedno z głównych zadań prawodawcy wskazano by „wytracił bezbożnych i złoczyńców”¹⁷³⁴.

Odstraszająca i eliminacyjna funkcja karania, realizowana czasami nieco łagodniej, a niekiedy jeszcze bardziej drastycznie niż w kodeksie Hammurabiego (np. w prawie perskim), dominowała w całym świecie antycznym¹⁷³⁵. Już jednak Tukidydes zauważył, że drastyczna represja karna nie jest środkiem, który skutecznie odstrasza od popełniania przestępstw, zadziwiająco trafnie diagnozując przy tym złożone przyczyny przestępczości: „Z wielu powodów ludzie narażają się na niebezpieczeństwo; biedaka rozzuchwala nędza i konieczność, bogacza zaś buta i zarozumiałość napędzają żądzą krzywdzenia drugih; poza tym i w innych przypadkach pcha ludzi na niebezpieczną drogę namiętność jako coś od nich silniejszego i nie do opanowania, zależnie od tego czym kto jest opanowany. Najwięcej szkody przynosi żądza i nadzieja: (...) pierwsza obmyśla plan, druga łądzi widokami powodzenia (...). A do nich jako trzeci, nie mniej ważny moment popychający do ryzyka dołącza się los: bywa bowiem, że zjawia się on niespodziewanie i gna ludzi do ryzykownych działań nawet w warunkach niezbyt sprzyjających”¹⁷³⁶.

Wszystkie przytoczone wcześniej przykłady obrazują archaiczną praktykę prewencyjną realizowaną poprzez odwet. Jest raczej mało prawdopodobne, by nie towarzyszyła jej jakakolwiek refleksja dotycząca jej celów. Przy poszukiwaniu rudymenarnych przejawów płaszczyzny bezprawności jeszcze silniejszą wymowę ma fakt, że już na przełomie XV i XIV w. p.n.e. twórcy tzw. kodeksu hetyckiego wyraźnie uświadamiali sobie, że systematyzacja materiału prawnego może być dokonywana poprzez jego odniesienie do pewnych pozytywnych wartości (dóbr), do których poszczególne przepisy się odnoszą (w zbiorze tym wyodrębniono kolejno grupy przepisów dotyczących ochrony życia ludzkiego, małżeństwa, lenna, inwentarza żywego, budynków)¹⁷³⁷.

¹⁷³³ Ucięcie ucha niewolnikowi, który uderzył w twarz pełnoprawnego obywatela (§ 205). W tym przypadku nie stosowano bezpośredniego odwetu eliminacyjnego (ucięcia ręki), ponieważ w jego wyniku doszłoby do utraty wartości niewolnika jako siły roboczej (J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 266).

¹⁷³⁴ Ibidem, s. 245.

¹⁷³⁵ W. Bojarski, *Kara...*, op. cit., s. 11-19.

¹⁷³⁶ Tukidydes, *Wojna...*, op. cit., s. 175.

¹⁷³⁷ S. Estreicher, *Najstarsze...*, op. cit., s. 28. Ponownie trzeba przywołać przykład kodeksu Hammurabiego, którego nie można postrzegać wyłącznie jako przykładu socjotechniki realizowanej poprzez okrucieństwo represji karnej. By się o tym przekonać wystarczy zapoznać się uważnie z jego wstępem a także epilogiem, w których „wytracenie bezbożnych i złoczyńców” wskazywane jest jedynie jako jedno spośród wielu zadań prawodawcy. W istocie rzeczy zawarte w nich motywy prawodawcy zdominowane są przez odniesienia o charakterze pozytywnym: Hammurabi został „zawołany po imieniu przez Anuma i boga Enlila dla dobra ludzi”, po to by „sprawiedliwości dał wejść na ziemi, aby silny słabego nie krzywdził (...),” zaś znaczna część następującego po tym wprowadzeniu wywodu poświęcona jest wyliczeniu konkretnych korzyści,

Nie ma zresztą powodu by przeceniać, jak to często czynią autorzy badający początki zjawiska przestępstwa i kary, wagę momentu, w którym podjęto trud znalezienia racjonalnego wytłumaczenia dla praktyki odwetu karnego¹⁷³⁸. W istocie rzeczy, spojrzenie Platona na cel kary było odkrywcze, jednak nie w sensie postulatycznym, ale raczej deskryptywnym, jako pierwsze dokładne wysłowienie przyczyn, dla których w życiu społecznym wykształciło się zjawisko karania. Chwila ta nie oznaczała jednak narodzin funkcji prewencyjnej prawa karnego, a jedynie moment włączenia myśli na jej temat do trwałego dorobku ludzkiej kultury. Potrzebę takiego rozróżnienia dostrzegał skądinąd sam J. Makarewicz, który po wyrażeniu poglądu, że pierwotna reakcja karna nie zmierza ku żadnemu celowi, natychmiast złagodził jego wymowę, dodając zastrzeżenie, że tego celu „przynajmniej nie jest świadoma”¹⁷³⁹. W innym miejscu swojego epokowego dzieła, polemizując z twierdzeniem R. Schmidta, jakoby „tłumienie przestępczych skłonności w sprawcy lub wytwarzanie strachu i respektu współmieszkańców miało tylko przypadkowe, a nie podstawowe znaczenie dla powstania najstarszego stanu prawnego”¹⁷⁴⁰, lwowski uczoney wyraźnie podkreślił, że jego zdaniem było wręcz przeciwnie: „Pierwotne prawo karne, wprowadzając kary na »ciele, skórze i głowie«, bardziej było świadome celu takiej polityki karnej (choć odbywało się to w brutalny sposób) niż późniejsza bardziej humanitarna epoka”¹⁷⁴¹.

Niewątpliwie słusznej konstatacji J. Makarewicza, że „kara z istoty swej jest odpłatą i niczym innym”¹⁷⁴² nie powinno się przeciwstawiać innemu jego spostrzeżeniu, zgodnie z którym „(...) tkwiąca w karze odpłata ma się regulować pożytkiem społecznym przyszłym, a nie szkodą społeczną przeszłą”¹⁷⁴³. Przywołany w drugiej kolejności postulat nie może być bowiem odczytywany jako sprzeczny z odwetową istotą reakcji karnej, w ostatecznym bowiem rozrachunku zarówno odwet, jak i prewencja indywidualna, czy w końcu generalna o charakterze pozytywnym (umacnianie poszanowania prawa poprzez wychowawcze oddziaływanie na sprawcę przestępstwa oraz całe społeczeństwo), służą temu

jakie panowanie Hammurabiego przyniosło jego poddanym, jeżeli chodzi o zaspokajanie ich podstawowych potrzeb, zarówno materialnych, jak i niematerialnych (zob. J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 71-74 i 106-111).

¹⁷³⁸ Tak J.M. Kelly, *Historia...*, op. cit., s. 52. Żartobliwie można by zauważyć, że nieświadomość fizjologicznej roli ojca w prokreacji (B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Życie...*, op. cit., s. 291-303) nie przeszkadzała Triobriandczykom skutecznie rozmnażać się, wystarczające do tego było bowiem pozaświadome wyposażenie behawioralne i mentalne, które otrzymali oni jako wynik długiego oddziaływania mechanizmu doboru naturalnego.

¹⁷³⁹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 294.

¹⁷⁴⁰ R. Schmidt, *Die Aufgaben der Strafrechtspflege*, Leipzig 1895, s. 149; cyt. za: J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 251.

¹⁷⁴¹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 251-252.

¹⁷⁴² I dalej: „Wszystko inne, co z karą się faktycznie łączy lub też łączyć ma, jest nieistotnym dodatkiem” (J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, op. cit., s. 17; J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 19).

¹⁷⁴³ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 176.

samemu, zaś ich wzajemne proporcje w prawie karnym konkretnego społeczeństwa zależą od warunków, w których ono funkcjonuje. Rozpowszechniony pogląd, że represja i prewencja są wobec siebie fundamentalnie przeciwstawne¹⁷⁴⁴ jest bez wątpienia błędny.

Współzależność funkcji sprawiedliwościowej i ochronnej trafnie oddał F. Liszt wskazując w Programie marburskim: „Represja i prewencja nie stoją w sprzeczności. Czy pływam, bo wpadłem do wody, czy po to, aby nie utonąć? Czy biorę lekarstwo, ponieważ jestem chory, czy żeby wyzdrowieć? (...) Kara jest prewencją poprzez represję; albo, jak możemy równie dobrze powiedzieć: represją przez prewencję”¹⁷⁴⁵.

Rudymentarne przejawy poczucia sprawiedliwości można zaobserwować już u zwierząt, zwłaszcza naczelnych. Wystarczy tu przypomnieć eksperyment z udziałem kapucynek, podczas którego kawałek ogórka jako nagroda za wykonanie zadania był akceptowany, dopóki inna małpa za jego wykonanie nie została nagrodzona lepiej – kawałkiem banana lub winogronem¹⁷⁴⁶.

Skoro karygodność jest miarą sprawiedliwego odwzajemnienia negatywnego, a w pojęcie sprawiedliwości nieusuwalnie wpisana jest zasadnicza równość, którą można wyrazić poprzez maksymę: „Traktuj podobne przypadki tak samo”, to pojęciowo niemożliwa jest reakcja karna oparta wyłącznie na następczej ocenie zachowania, bez jakiegokolwiek stałego układu odniesienia obejmującego standard istotnego podobieństwa i kryteria różnicowania. Również więc i w tym, co akcentuje nazwa „funkcja sprawiedliwościowa”, karnoprawny odwet ma podłoże przedkulturowe, które nie sprowadza się do czysto aposteriorycznej reakcji, ale odwołuje się do intertemporalnych modeli o charakterze normatywnym. Błąd stanowisk przyjmujących, że do pewnego etapu rozwoju cywilizacyjnego warunkiem przestępności czynu nie była jego bezprawność¹⁷⁴⁷, wynikał z utożsamienia jej z prawem stanowionym – „wyraźnym prawnym zakazem”, podczas gdy – jak to wielokrotnie już wskazywano – norma sankcjonowana mogła mieć swe źródło w upowszechnionych przekonaniach i praktykach

¹⁷⁴⁴ Zob. W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 56-57.

¹⁷⁴⁵ F. v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, ZStW 1883, Bd. 3, s. 44-45; cyt. za: D. Janicka, *Makarewicz...*, op. cit., s. 119. Nadmiernym uproszczeniem było natomiast wyodrębnienie przez Liszta trzech etapów w ewolucji kary: impulsywnego, zobiektywizowanego i celowego (zob. D. Janicka, *Makarewicz...*, op. cit., s. 119). Nie kwestionując oczywistego faktu, że reakcja karna na przestrzeni rozwoju cywilizacyjnego ulegała daleko idącym przemianom, stwierdzić należy po pierwsze, że także pierwotna reakcja karna najprawdopodobniej była celowo, choć niekoniecznie świadomie, zorientowana na ochronę dóbr prawnych, z drugiej zaś strony ostrość przytoczonego podziału opiera się na utopijnym, sprzecznym ze współczesną wiedzą o człowieku, założeniu, któremu uległ też J. Makarewicz, że prawo karne da się przekształcić w czysto racjonalne narzędzie resocjalizacyjnej terapii, co wymagałoby wyeliminowania z niego tych elementów, poprzez które jest ono zakotwiczone w emocjonalnej stronie ludzkiej psychiki (instynkcie odwetu).

¹⁷⁴⁶ Przykładowy przebieg eksperymentu dostępny w formie audiowizualnej online np. pod adresem: <https://m.youtube.com/watch?v=meiU6TxysCg> [data dostępu: 6 kwietnia 2021 r.].

¹⁷⁴⁷ W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 348.

normatywnych społeczeństwa. Nie ma więc przestępstwa bez naruszenia uprzednio obowiązującej normy zachowania, choćby była ona określona jedynie w zarysie, a nawet opierała się na błędnych sądach na temat praw przyrody. Przyjętego tu stanowiska nie podważa fakt, że na przestrzeni dziejów prawo karne często, jak to w innym kontekście obrazowo określił W. Wolter, „strzelało poza cel”, stosując karę w przypadkach, w których obiektywnie nie mogła ona służyć ochronie dobra prawnego, a przynajmniej nie w taki sposób, jak czyni to prawo karne adresując swoje normy do podmiotów zdolnych do sensownej autodeterminacji (np. wielokrotnie już wspomniane praktyki karania zwierząt, przedmiotów czy zjawisk przyrodniczych).

Oczywiste słabości przedwspółczesnego prawa karnego uznać można za przejaw typowego dla procesu ewolucyjnego „mechanizmu prób i błędów”, w ramach którego często wykształcają się nieadaptatywne, a czasem wręcz autodestrukcyjne formy, jednak w długim ciągu pokoleń dzięki presji selekcyjnej potrafi on doprowadzić do powstania niezwykle wyrafinowanych i wysoce adaptacyjnych cech fenotypowych.

Inna sprawa, że praktyki, które są zupełnie bezsensowne z perspektywy aktualnej wiedzy przyrodniczej, mogły jednak przynosić wymierne korzyści, jeżeli były stosowane w społeczeństwie, które takiej wiedzy nie posiadało. W rozdziale poświęconym płaszczyźnie czynu wskazywano już, że reakcje odwetowe wobec zwierząt, roślin, zwłok ludzkich czy elementów przyrody nieożywionej, nie były dla ówczesnych społeczeństw tym samym, czym są one dla człowieka współczesnego, który dysponując nawet minimalnym poziomem wiedzy ogólnej, na ogół uświadamia sobie, a przynajmniej wyczuwa, że sterowanie przyszłymi wydarzeniami za pomocą norm jest możliwe tylko wtedy, gdy ich adresatami są istoty żywe, charakteryzujące się odpowiednio wysoko rozwiniętymi wyższymi czynnościami psychicznymi. Subiektywnie nie karano bowiem wówczas martwych ogniw przebiegów przyczynowych zachodzących w przyrodzie, ale – w wyniku błędu antropomorfizacji – podmioty mające w przekonaniu społecznym podobną do ludzi zdolność wyboru własnego zachowania¹⁷⁴⁸. Z tego powodu, choć praktyki te były obiektywnie całkowicie daremne, jeżeli chodzi o ich wpływ na „ukarany” przedmiot, ich oddziaływanie na społeczeństwo, nie dysponujące wiedzą niezbędną do zrozumienia ich nieracjonalności, mogło być podobne

¹⁷⁴⁸ Świadczy o tym nie tylko samo posłużenie się potępiającym odwetem karnoprawnym, czy też jego przeprowadzenie z zachowaniem wszelkich form (ceremonialnych i publicznych) przewidzianych dla karania ludzi, ale przede wszystkim w pełni analogiczne traktowanie „oskarżonych” (np. przypisywanie im określonych cech charakteru, ocenianie dotychczasowego trybu życia, rodzaj okoliczności uznawanych za obciążające lub łagodzące), wobec czego po usunięciu z dokumentów samej tylko informacji, że oskarżonym było zwierzę, trudno byłoby się zorientować, że nie był to proces prowadzony przeciwko człowiekowi (zob. W. Gogłoza, *Nieme...*, op. cit., s. 63-70; zob. też J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 384).

jak w przypadku kary wymierzonej człowiekowi. Ponadto, co dotyczy zwłaszcza karania zwłok, taki odwet mógł oddziaływać ogólnoprewencyjnie, i to ze znaczną siłą, ponieważ pozbawienie zmarłego należnych obrzędów czy zbezczeszczenie zwłok było ze względu na wierzenia religijne postrzegane jako szczególnie drastyczna dolegliwość, co mogło skutecznie powstrzymać przed podejmowaniem zachowań podobnych do tego, za jakie „ukarany” został zmarły¹⁷⁴⁹.

Nie ma też powodów by sakralną racjonalizację kary jako środka służącego prześlągnięciu obrażonego bóstwa w celu odzyskania jego przychylności, uznawać za coś rodzajowo odmiennego niż racjonalizacja prewencyjna, i w jednym i w drugim przypadku, cel kary jest bowiem taki sam, różnica dotyczy tylko wyobrażenia na temat natury otaczającej rzeczywistości i mechanizmu zachodzących w niej przemian, a w konsekwencji drogi do tego celu prowadzącej. Dokładnie na takiej samej zasadzie karając za naruszenie norm obowiązujących w grupie, obok kary społecznej, albo zamiast niej, wykorzystywano sankcje nadprzyrodzone, zarówno doczesne (sprawiedliwość immanentna¹⁷⁵⁰), jak i pozagrobowe. Różnego rodzaju klątwy, nieraz niezwykle drastyczne, stosowano w wielu różnych kulturach jako klauzule kontraktowe mające na celu zabezpieczenie wykonania przez strony zobowiązań wynikających z zawieranych umów¹⁷⁵¹. Również zemsta prywatna mogła polegać na sprowadzeniu na winowajcę gniewu sił nadprzyrodzonych (np. wezwanie duchów zmarłych krewnych pokrzywdzonego)¹⁷⁵².

Choć próby rozwiązywania rzeczywistych problemów za pomocą zabiegów magicznych z perspektywy współczesnej wiedzy przyrodniczej są bezsensowne, to jednak mają one swą niekwestionowaną wartość społeczną, uświadamiają bowiem uczestnikom wagę współpracy, konieczność podporządkowania się pewnym regułom i przestrzegania tradycji plemiennych¹⁷⁵³. Służą więc bezpośrednio ochronie podstawowej wartości, jaką jest sam ład społeczny, a w jego ramach organizujące życie społeczne powinności.

Podłożem represji karnej, w każdej jej postaci, nawet najbardziej rudymen tarnej, zawsze jest ochrona jakiejś wartości społecznej, która jest zagrożona naruszeniem w przyszłości. Rozważania na temat bezprawności jako płaszczyzny struktury przestępstwa nie byłyby

¹⁷⁴⁹ Wykonanie kary na trupie przestępcy przewidywała jeszcze *Theresiana* (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 337), a w pewnym stopniu nawet *Josephina*, zgodnie z którą w przypadku samobójstwa ciało samobójcy miał zakopać oprawca, chyba że samobójca przed śmiercią okazał skruchę, dzięki czemu pochówek był dopuszczalny, choć bez orszaku i na odległym polu (ibidem, s. 338).

¹⁷⁵⁰ G. Minois, *Historia...*, op. cit., s. 25.

¹⁷⁵¹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 403-404.

¹⁷⁵² Ibidem, s. 212.

¹⁷⁵³ B. Malinowski, *Dziela*, t. 7, *Totemizm...*, op. cit., s. 126-127.

wobec tego kompletne bez choćby kilku uwag na temat dobra prawnego uczynionych z perspektywy teorii ewolucji.

Warto zacząć je od spostrzeżenia, że to właśnie ten element struktury przestępstwa wydaje się być najbardziej naturalnym przedmiotem zabiegów integrujących nauki prawne z naukami przyrodniczymi. Bezprawność to przecież obszar, na którym sfera normatywna styka się z rzeczywistością społeczną właśnie poprzez dobro prawne jako pozytywnie wartościowany, a w konsekwencji podlegający prawnocarnej ochronie stan rzeczy. F. Liszt, co do zasady trafnie, podkreślał, że przestępstwo ma dwoistą naturę – z punktu widzenia techniczno-prawnego jest ono niczym innym jak pojęciem, natomiast z perspektywy naturalistycznej stanowi materialną rzeczywistość – zjawisko patologii społecznej możliwe do rozpatrywania w kategoriach nauk przyrodniczych. Oba te spojrzenia na zjawisko przestępstwa nie były dla Liszta całkowicie odseparowane, łączy je bowiem realne dobro prawne, które ze sfery naturalistycznej zostało wprowadzone do pojęcia przestępstwa, stając się pierwotnym wobec normy prawnej, prawnie chronionym interesem. Wynikiem tego połączenia sfery ontycznej z normatywną jest materialna bezprawność, związana z naruszeniem albo narażeniem dobra prawnego, która uzupełnia bezprawność formalną wynikającą z naruszenia normy prawnej¹⁷⁵⁴. Cele ustawodawstwa karnego wynikają więc, jak wywodził w Programie marburskim, z analizy społeczeństwa w jego rozwoju, co – jak słusznie skonstatował I. Andrejew – jest równoznaczne z przyjęciem, że z bytu mogą wynikać powinności¹⁷⁵⁵.

W nauce polskiej podobną myśl wyraził W. Wolter, według którego uwypuklenie przedmiotu ochrony (dobra prawnego rozumianego nie w znaczeniu formalnym, ale jako dobro kulturowe, do którego przywiązane są pewne wartości) stanowi łącznik pomiędzy formalizmem zakazu, a treścią, sensem normy prawnej¹⁷⁵⁶. Ten obszar, na którym zbiega się rzeczywistość ontyczna i sfera normatywna był dotychczas zaniedbywany zarówno przez kierunki naturalistyczne, skoncentrowane na przestępczości i osobie przestępcy, jak i przez klasycznie zorientowaną dogmatykę prawa karnego, która programowo interesując się niemal wyłącznie normatywnym aspektem przestępstwa, dobro prawne rozpatruje przede wszystkim jako pewną ogólną kategorię strukturalną, pozostawiając poza obszarem swoich dociekań szczegółową analizę materialnej, społecznej treści konkretnych dóbr prawnych chronionych przez poszczególne typy przestępstw. Taki sposób refleksji nad prawem karnym

¹⁷⁵⁴ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 110.

¹⁷⁵⁵ Ibidem, s. 21.

¹⁷⁵⁶ W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 82.

powoduje jej zawieszenie w teoretycznej próżni, pomija bowiem, że każdy typ przestępstwa ma swój funkcjonalny wymiar wynikający z faktu, że chroni on określone dobro prawne¹⁷⁵⁷. Skoro każda norma sankcjonowana chroni konkretną pozytywną wartość społeczną, nakazując powstrzymanie się od jej naruszenia, to aksjologiczny i społeczny charakter dobra chronionego karnoprawnie powoduje, że metoda dogmatyczna, biernie odtwarzająca treść karnoprawnej powinności, niedostatecznie albo wręcz wcale nie oddaje wskazanej istoty czynu zabronionego¹⁷⁵⁸, prowadząc na manowce jałowej, abstrakcyjnej spekulacji¹⁷⁵⁹. Bez wątpienia miał więc rację również E.St. Rappaport, który uważał, że konieczne jest uwzględnienie w badaniach nad prawem karnym także „zaniedbywanego na rzecz zasad części ogólnej, rozbioru postaci szczególnych przestępstwa”, uwydatniającego „wartości materialne i duchowe” jakie chroni określone prawo karne, który przy okazji pozwala też na „wyrobienie sobie pełnej opinii o obliczu kulturalnym epoki”¹⁷⁶⁰. Jak z kolei zauważył J. Makarewicz, postulatem nowożytnej nauki prawa powinno być tworzenie monografii poszczególnych instytucji w ich rozwoju „od najskromniejszych początków pierwotnych grup społecznych aż do stadium nowożytnych społeczeństw kultury”, co pozwoli poznać nie tylko ich przeszłość i stosunek do teraźniejszości, ale także prognozować ich przyszły rozwój¹⁷⁶¹. Tego rodzaju badania poszczególnych instytucji prawnych czy nawet pojęć powinny sięgać do empirii koncentrując się na specyficznych dla nauki prawa karnego ich funkcjach, jako całokształcie wynikających z nich skutków pozytywnych i negatywnych¹⁷⁶². Aplikacja metod stosowanych w przyrodoznawstwie może pomóc w zrozumieniu przyczyn, dla których określony przedmiot stał się chronioną wartością społeczną, a także jakie funkcje spełnia jego karnoprawna ochrona¹⁷⁶³.

¹⁷⁵⁷ R. Zawłocki, *O metodzie...*, op. cit., s. 86-88.

¹⁷⁵⁸ Ibidem. Na poparcie tej słusznej tezy autor przytoczył jeden z przykładów, wokół którego toczył się spór o metodę pomiędzy W. Wolterem a I. Andrejewem, dotyczący „zabiegu chirurgicznego amputacji zgangrenowanej ręki”. Wyabstrahowana od materialnej treści chronionego dobra prawnego metoda statystyczno-logiczna zastosowana przez W. Woltera nie pozwalała oddać społecznej doniosłości zachowania lekarza, a tym samym odróżnić zachowań godzących w ludzkie zdrowie od takich, które ze swej istoty służą jego ochronie. W konsekwencji wytyczyła ona zbyt szerokie granice zachowania karalnego, nie pozwalając na właściwe odzwierciedlenie „relatywizmu określonych zdarzeń faktycznych”.

¹⁷⁵⁹ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 34.

¹⁷⁶⁰ E.St. Rappaport, *Media...*, op. cit., s. 10-11.

¹⁷⁶¹ J. Makarewicz, *Metoda...*, op. cit., s. 3.

¹⁷⁶² I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 34-35.

¹⁷⁶³ Na temat potrzeby badania funkcji prawa karnego jako obszaru styku treści norm prawnych z rzeczywistością społeczną oraz konieczności odwołania się w takim przedsięwzięciu do „danych mniej lub więcej wymiernych, dostarczanych przez doświadczenie” zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 34-35 i 148-149.

Nie jest celem niniejszej rozprawy przedstawienie szczegółowej ewolucyjnej analizy dóbr prawnych chronionych przez poszczególne przepisy prawa karnego czy ich zespoły, choć nie da się zaprzeczyć, że tego rodzaju badania byłyby niezwykle interesujące. Nauki przyrodnicze, a w tym szeroko rozumiany ewolucjonizm, niewątpliwie mogą zaproponować nauce prawa karnego wyjaśnienia pozwalające na lepszy wgląd w funkcje, które spełnia kryminalizacja poszczególnych typów przestępstw. Oczywiście ich waga i przydatność przedstawia się niejednolicie w zależności od tego, jakie przestępstwo takiej analizie poddamy: w przypadku tych, które godząc w dobra bezpośrednio związane z biologicznie ukształtowaną naturą człowieka (takie jak życie, zdrowie, prokreacja, wolność, godność, relacja władzy itp.) odniesienia przyrodnicze i ewolucyjne będą obszerne i pierwszoplanowe. Natomiast w przypadku przestępstw atakujących dobra wykształcone w ramach rozwoju cywilizacyjnego wpływ czynników biologicznych będzie mniej wyraźnie dostrzegalny, a w ewolucyjnym spojrzeniu na nie dominować będzie kulturowa komponenta procesu koewolucyjnego.

Nie rozstrząsając kwestii szczególnych (bezpośrednich) czy rodzajowych przedmiotów ochrony poszczególnych typów przestępstw lub ich grup, warto jednak postawić pytanie, czy z perspektywy współczesnej wiedzy o człowieku można odnaleźć bardziej ogólny przedmiot ochrony, wspólny dla każdego przestępstwa w ramach partykularnego systemu prawnego albo wręcz uniwersalny niezależnie od kręgu kulturowego czy stopnia rozwoju cywilizacyjnego.

Na przedpolu należy zasygnalizować, że przytoczona klasyfikacja przedmiotów ochrony (zamachu) przejęta została do polskiej nauki o przestępstwie z nauki sowieckiej, a w niej pojęcie ogólnego przedmiotu ochrony (zamachu) definiowano jako stosunki społeczne chronione przez cały aparat przymusu karnoprawnego¹⁷⁶⁴, względnie socjalistyczne stosunki społeczne, odpowiednie normy prawne państwa socjalistycznego regulujące te stosunki oraz sprzyjające ich rozwojowi na drodze do komunizmu¹⁷⁶⁵. Pomimo tego niezachęcającego pochodzenia, jak również czysto ideologicznej treści przytoczonych definicji, nie da się zaprzeczyć, że klasyfikacja ta ma dużą przydatność teoretyczną, zaś pojęcie ogólnego przedmiotu ochrony (zamachu) – po jego uwolnieniu z balastu ideologicznego – wykazuje wyraźny związek z wywodzącą się od J. Makarewicza wizją przestępstwa jako czynu antyspołecznego. Jeżeli weźmiemy pod uwagę wszystko to, co do tej pory powiedziano

¹⁷⁶⁴ B. Nikiforow, *Ob. Obiektie priestuplenija*, „Sowietskoje Gosudarstwo i Prawo” 1948, s. 13 i nast.; cyt. za: I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 114-116.

¹⁷⁶⁵ A.A. Piontkowski [w:] *Prawo...*, red. A.A. Giercenzon, op. cit., s. 269-270.

o psychologicznym podłożu reakcji karnej oraz przebiegu ewolucji prawa karnego, nie może budzić wątpliwości, że ogólnym przedmiotem ochrony każdego typu przestępstwa, w każdym miejscu i czasie, jest samo społeczeństwo jako mechanizm kooperacji przebiegającej na zasadach altruizmu wzajemnego oraz normy społeczne mechanizm ten regulujące. Tezie tej nie przeczy fakt, że w bardzo licznych przypadkach szczegółowymi czy grupowymi przedmiotami ochrony są dobra indywidualne (życie, zdrowie, wolność, mienie itp.). Wystarczy przypomnieć, że na początkowych etapach rozwoju prawa karnego ochronę tych dóbr traktowano jako sprawę samego pokrzywdzonego, natomiast do reakcji grupowej dochodziło w takich przypadkach, gdy zbiorowości zagrażał albo sprawca (np. recydywista kulturowy) albo sam w sobie konflikt pomiędzy nim a pokrzywdzonym (jawność występku, wyniesienie sporu na forum publiczne itp.). Z czasem, wraz z rozwojem złożoności społecznej, prawidłowe jej funkcjonowanie nie było możliwe bez rozciągnięcia społecznej ochrony na dobra indywidualne jej członków¹⁷⁶⁶. Fakt, że na obecnym etapie rozwoju cywilizacyjnego na pierwszy plan wysuwa się w tych przypadkach indywidualny charakter dobra prawnego, nie przeczy temu, że ma ono również społeczny sens. Oczywiście nie należy tego rozumieć w ten sposób, że interes społeczny jest nadrzędny nad interesami jednostek, ani że dobra indywidualne podlegają ochronie prawnokarnej wyłącznie ze względu na arbitralną decyzję o jej przyznaniu z uwagi na wartość społeczną. Tym bardziej nie wynika z tego, że ochrona ta uzależniona jest, a w konsekwencji może być wartościowana, ze względu na stopień społecznej użyteczności dysponenta dobra prawnego. Chodzi tu tylko i wyłącznie o to, że ochrona takich dóbr jak życie i zdrowie ludzkie, wolność i godność jednostek, ich mienie, prywatność itp. z perspektywy interesów społeczeństwa jako całości zawsze jest korzystna (choć poziom tej ochrony może być różny w zależności od konkretnych warunków środowiska społecznego), a wobec tego także w przypadku tych dóbr można mówić o dodatkowym przedmiocie ochrony jakim są, oparte na poszanowaniu i wspieraniu dóbr indywidualnych, stosunki społeczne.

Na tym można by rozdział na temat bezprawności właściwie zakończyć, konstatując, że J. Makarewicz trafnie uchwycił istotę reakcji karnej, widząc w niej środek ochrony grupy przed antyspołecznymi zachowaniami jej członków. Problem jednak w tym, że w zidentyfikowanych przez tego badacza „niciach przewodnich” ewolucji prawa karnego,

¹⁷⁶⁶ Znamienny przykład tego procesu przedstawił J. Makarewicz, pokazując jak rozwój form zbiorowej współpracy, w tym zwłaszcza wymiany handlowej, wymagającej zapewnienia bezpieczeństwa jej uczestników w miejscu jej dokonywania (targu), poprzez instytucję pokoju bożego, stopniowo pojmowanego coraz bardziej ekstensywnie, doprowadził ostatecznie do rozciągnięcia prawnokarnej ochrony na życie ludzkie jako takie (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 197-202).

występuje anomalia, która w pierwszym oglądzie wydaje się jaskrawo niespójna z dostarczaną przez współczesną naukę wiedzą o człowieku.

Postawić należy bowiem pytanie, dlaczego tak długo w procesie rozwoju prawa karnego dominowała odpowiedzialność obiektywna i zbiorowa, skoro jedną z najbardziej podstawowych i najistotniejszych funkcji ludzkiego mózgu jest wykrywanie stanów mentalnych, a zwłaszcza procesów wolicjonalnych innych ludzi, zaś adaptatywna wartość tej funkcji jest tak znaczna, że – jak się przypuszcza – to właśnie w wyniku jej rozwoju doszło do wykształcenia się zjawiska świadomości refleksyjnej. Poczucie indywidualnej odpowiedzialności należy do uniwersaliów kulturowych¹⁷⁶⁷, podobnie jak klasyfikacja stanów wewnętrznych¹⁷⁶⁸ oraz rozróżnianie między działaniami podlegającymi samokontroli a zachowaniami niekontrolowanymi¹⁷⁶⁹. Te ogólne obserwacje potwierdzają, przytaczane już wielokrotnie, badania rzeczywistych procesów decyzyjnych, prowadzonych przy wykorzystaniu scenariuszy opracowanych na gruncie teorii gier, np. przetargu ultymatywnego. Jednoznacznie świadczą one o wrodzonej tendencji do różnicowania reakcji w zależności od tego, czy uszczerbek wyrządzony został przez zdarzenie losowe, czy przez człowieka, a w dalszej kolejności od tego czy konsekwencje tej reakcji miałyby ponieść intencjonalny sprawca krzywdy, czy też osoba, która wprawdzie odniosła z niej korzyść, ale nie miała na jej wyrządzenie wpływu¹⁷⁷⁰. Sama skłonność do dokonywania atrybucji intencji jest przy tym tak silna, że jednym z uniwersalnych błędów poznawczych jest błąd antropomorfizacji prowadzący do przypisywania intencjonalności również obiektom nie będącym ludźmi.

Wielce zaskakujący jest wobec tego fakt, że na początkowych etapach ewolucji prawa karnego dominującą zasadą była odpowiedzialność za obiektywny skutek, oderwana od subiektywnego stosunku sprawcy do czynu. Rozwój pojęć etycznych, który sprawił, że zaczęto przy ocenie ludzkiego postępowania brać pod uwagę momenty subiektywne następował szybciej w dziedzinie moralności niż prawa, zapewne ze względu na mniejszą doniosłość dóbr społecznych naruszanych przez działania jedynie niemoralne¹⁷⁷¹. W proces ten włączyła się religia, tworząc pojęcia sumienia i grzechu, a w wyniku oddziaływania obu tych systemów normatywnych na prawo, z czasem również i w nim

¹⁷⁶⁷ Kategoria „Ja, obarczone odpowiedzialnością” (S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 617).

¹⁷⁶⁸ Ibidem, s. 618.

¹⁷⁶⁹ Ibidem, s. 620.

¹⁷⁷⁰ T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 381-383.

¹⁷⁷¹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 61.

zaczęto uwzględniać kwestię woli¹⁷⁷². Potrzeba wyrównywania szkód przy wykorzystaniu kary jest jednak tak silna, że nawet po nasyceniu przestępstwa elementami subiektywnymi¹⁷⁷³ i oparciu – w warstwie teoretycznej – odpowiedzialności na winie subiektywnej¹⁷⁷⁴, długo nie miało to większego znaczenia praktycznego, ze względu na pozornie procesowe, a faktycznie głęboko zakorzenione w materialnym prawie karnym *presumptio doli*. Instytucja ta w dalszym ciągu umożliwia faktyczne karanie za obiektywny skutek (ze względu na trudności z wykazaniem przez oskarżonego braku zamiaru), przy zachowaniu pozorów stosowania postępowej teorii materialnoprawnej¹⁷⁷⁵. Pomimo ostatecznego odejścia od konstrukcji *presumptio doli* potrzeba karania na zasadzie odpowiedzialności obiektywnej

¹⁷⁷² Ibidem. Tendencja do subiektywizacji odpowiedzialności pojawiła się już w czasach antycznych. Przejawy jej różnicowania ze względu na nastawienie woli sprawcy występują w kodeksie Hammurabiego (elementy subiektywne występują przy tym już w starszych o trzy wieki tzw. prawach Bilalamy – zob. J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 248-254), w prawie greckim od czasów Drakona (J.M. Kelly, *Historia...*, op. cit., s. 53), a także rzymskiej ustawie XII tablic (zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 48 i 91-92; W. Wołodkiewicz, *Prawo karne...*, op. cit., s. 220). Po upływie blisko 700 lat, w konstytucji cesarza Karakalli z roku 216 n.e., wyrażono już generalną zasadę, że zbrodnię można popełnić tylko wtedy, gdy istnieje zły zamiar sprawcy (*crimen contrahitur si et voluntas nocendi interdecet*). Rzymskiemu prawu karnemu znane było także pojęcia rozeznania jako warunku odpowiedzialności za przestępstwo, ze względu na który wyłączano odpowiedzialność nieletnich oraz chorych umysłowo (W. Wołodkiewicz, *Prawo karne...*, op. cit., s. 220). To dziedzictwo przeniknęło do prawa karnego niektórych bardziej zromanizowanych państw szczepowych, np. Wizygotów (zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 64; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 366) czy Burgundów (zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 76), jednakże tkwiące głęboko w świadomości prawnej pochodzącej z okresu plemiennego, archaiczne postrzeganie przestępstwa wyłącznie ze względu na skutki, które wywołało, niezależnie od jego strony podmiotowej (ibidem, s. 52-53), znalazło odzwierciedlenie w prawie karnym państwa Longobardów (ibidem, s. 102), Anglosasów (ibidem, s. 257), a przede wszystkim państwa frankońskiego (ibidem, s. 211-212). Subiektywizacja odpowiedzialności karnej najwcześniej nastąpiła w prawie islamu (zob. J. Bielawski, *Islam...*, op. cit., s. 197-199). Na obszarze panowania religii chrześcijańskiej na stopniowe przenikanie do podstaw odpowiedzialności karnej elementu subiektywnego wpływ miał, recypowany z teologii moralnej i prawa kanonicznego, sakralny sposób pojmowania przestępstwa, wiążący je z grzechem i naruszeniem prawa bożego, a więc pojęciami silnie zabarwionymi winą i subiektywizmem (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 294; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 365-366; W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 114-116 i 157; W. Uruszczak, *Podmiotowa strona przestępstwa w dekrete Gracjana (1140). Przyczynek do genezy zasady nullum crimen sine culpa*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 45-50), jak również sformułowana w reskrypcie Hadriana koncepcja, zgodnie z którą o przestępstwie decyduje dostrzegalny dopiero po uzewnętrznieniu się *animus*, a więc czynnik psychiczny. Wywodzące się z prawa rzymskiego elementy subiektywne w konstrukcji przestępstwa upowszechniły się też dzięki pracom glosatorów i postglosatorów, którzy byli autorami pierwszej naukowej refleksji nad prawem karnym (zob. T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 379-380; a także K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 89). Zwieńczeniem tej ewolucji było zerwanie w *Carolinie* z zasadą odpowiedzialności za skutek zewnętrzny i przyjęcie, że podstawą odpowiedzialności jest nastawienie woli sprawcy (T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 529; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 333 i 352).

¹⁷⁷³ Zob. K. Sójka-Zielińska, *Historia...*, op. cit., s. 145.

¹⁷⁷⁴ Co zresztą dokonywało się z oporami, by wspomnieć choćby wykształconą pod koniec średniowiecza zasadę *versanti in re illicita*, zgodnie z którą, jeżeli sprawca wkroczył ze złym zamiarem na teren zakazany przez prawo, to odpowiadał za wszystkie skutki swojego czynu, niezależnie od tego czy były one objęte jego zamiarem czy nie, a także czy w ogóle obejmował on swoją świadomością możliwość ich nastąpienia. W konsekwencji w rozwoju prawa karnego w średniowiecznej Europie istniał dualizm – o ile szkoła włoska rozwijała właściwe dla prawa kanonicznego elementy subiektywne odpowiedzialności, o tyle prawo karne germańskie koncentrowało się na obiektywnym związku czynu z zaistniałym skutkiem (G. Rejman, *Teorie...*, op. cit., s. 98-99).

¹⁷⁷⁵ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 414.

znajdowała jednak kolejne furtki: w opracowanej w XVI w. przez Hiszpana de Covarruviasa, a rozwiniętej przez Carpzo, konstrukcji *doli indirecti*¹⁷⁷⁶, w koncepcji obiektywnych warunków zaostrożonej odpowiedzialności¹⁷⁷⁷, różnie ujmowanego zamiaru ogólnego¹⁷⁷⁸ lub nieokreślonego (*dolus indeterminatus*)¹⁷⁷⁹, w konstrukcjach opracowywanych dla uzasadnienia odpowiedzialności za skutek spowodowany w stanie pełnego upojenia alkoholowego¹⁷⁸⁰, czy w końcu w odpowiedzialności *par excellence* obiektywnej, jak np. anglosaska *strict liability*, *objective recklessness* czy *reasonable man*¹⁷⁸¹ albo francuski model odpowiedzialności za wykroczenia¹⁷⁸².

¹⁷⁷⁶ Ibidem, s. 422-426. Istotą tej konstrukcji było założenie, że jeżeli można wykazać sprawcy zły zamiar co do zachowania „wyjściowego” (rozmyślność co do czynu), to przyjmowano, że posiadał on także zamiar pośredni (*dolus indirectus*) co do dalszych skutków, które były zwykłym następstwem danego zachowania (zob. J. Kochanowski, *Subiektywne...*, op. cit., s. 29-30). Konstrukcja *doli indirecti* występowała jeszcze w kodyfikacjach Oświecenia, np. w *Theresianie* i Landrechcie pruskim (zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Wina...*, op. cit., s. 28-29).

¹⁷⁷⁷ Na przykład włoski kodeks karny przewiduje, że działanie w warunkach okoliczności obciążających przypisuje się współsprawcom, choćby nawet niektórzy nie obejmowali ich winą (zob. M. Filar, *Włochy*, op. cit., s. 178). W okresie przedwojennym sporne było, czy polski kodeks karny z 1932 r. przewidywał tzw. obiektywne warunki (wyższej) karalności. Stanowisko takie prezentował Sąd Najwyższy, a stanowczo odrzucał je J. Makarewicz (zob. J. Makarewicz, *Kodeks karny i Sąd Najwyższy*, GSW 1933, nr 18, s. 273 i nast.; J. Majewski, *Spory profesora Juliusza Makarewicza z SN na tle rozwiązań kodeksu karnego z 1932 r.*, [w:] *Kodeks karny z 1932 roku*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, M. Gałązka, R. G. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk, Lublin 2015, s. 132-133).

¹⁷⁷⁸ Co do różnych sposobów rozumienia pojęcia „zamiaru ogólnego” zob. G. Rejman [w:] *Kodeks...*, red. G. Rejman, op. cit., s. 436-438.

¹⁷⁷⁹ *Dol indéterminé (dol imprécis)* w prawie francuskim (zob. P. Chrzczonowicz, *Francja*, op. cit. s. 67).

¹⁷⁸⁰ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 410-430; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 252-255.

¹⁷⁸¹ W prawie angielskim z uwagi na zasadę odpowiedzialności wyróżnia się dwa podstawowe rodzaje przestępstw: uwzględniające subiektywny substrat odpowiedzialności na zasadzie *mens rae* oraz takie, za które odpowiada się na zasadzie bezwzględnej odpowiedzialności (*strict liability*). Te ostatnie najczęściej tworzone są w drodze ustawowej, w ramach regulacji takich sfer życia codziennego, jak np. ruch drogowy czy produkcja żywności, a grozącą za nie karą jest z zasady grzywna. Także odpowiedzialność na zasadzie *mens rae*, choć pojęcie to oznacza pewien stan umysłu sprawcy występujący w czasie popełnienia przestępstwa, w niektórych przypadkach (odpowiedzialność na zasadzie obiektywnej lekkomyślności – *objective recklessness*) zbliża się do odpowiedzialności obiektywnej, jej warunkiem nie jest bowiem w tych przypadkach rzeczywista zaszłość w psychice konkretnego sprawcy (jak przy tzw. *subjective recklessness*), ale ocena, że w sytuacji, w której znajdował się sprawca rozsądna osoba przewidywałaby oczywiste i poważne ryzyko wystąpienia szkody (J. Bojarski, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości Anglii i Walii*, op. cit. s. 316-319; M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 101; S. Frankowski, *Anglia...*, op. cit., s. 289). Model ten stanowi zobiektywizowany wzorzec staranności, którego zastosowanie w przypadku przestępstw umyślnych eliminuje ustalanie treści faktycznych przeżyć psychicznych sprawcy, zastępując je przewidywalnością prawdopodobieństwa wystąpienia określonego stanu rzeczy po podstawieniu w miejsce sprawcy wzorcowego „rozsądnego człowieka”, co jest równoznaczne z zastosowaniem *preasumptio doli*. Z kolei w przypadku nieumyślności indywidualne właściwości sprawcy bierze się pod uwagę tylko wtedy, gdy wiąże się z nimi przewaga informacyjna rzeczywistego sprawcy w porównaniu z wzorcem, a więc wyłącznie na niekorzyść (S. Frankowski, *Wina i kara w angielskim prawie karnym*, Warszawa 1976, s. 91-121).

¹⁷⁸² Odpowiedzialność za wykroczenia (stanowiące w prawie francuskim jedną z kategorii przestępstw, podobnie jak np. w prawie belgijskim czy greckim) może wyłączyć jedynie siła wyższa (zob. P. Chrzczonowicz, *Francja*, op. cit. s. 55-57 i 66-67). Warto tu wspomnieć, że polska tradycja odrębnego, poza kodeksem karnym, uregulowania prawa wykroczeń swój początek miała właśnie w propagowanym przez J. Makarewicza założeniu, że „całe prawo karno-administracyjne, operować powinno innymi zasadami części ogólnej”, a w szczególności nie powinno być tak ściśle – jak prawo karne *sensu stricto* – oparte na zasadzie subiektywizmu (zob. J. Makarewicz, *Błąd...*, op. cit., s. 40).

Zaspokajaniu tych samych potrzeb wynikających z podstawowych intuicji sprawiedliwościowych społeczeństwa służą we współczesnym prawie karnym nie tylko wspomniane, bardzo trudne do dogmatycznego uzasadnienia, konstrukcje w rodzaju zawinienia na przedpolu czynu zabronionego, które istotnie ograniczają subiektywizm odpowiedzialności karnej. Bliższy ogląd pokazuje, że także szereg ogólnych pojęć nauki o przestępstwie, które z pozoru służyć mają odwzorowaniu na obszarze odpowiedzialności karnej elementów sfery ontycznej, tj. obiektywnie istniejących w niej okoliczności konkretnego zdarzenia oraz towarzyszących mu zaszłości w psychice sprawcy, opiera się raczej na wytworach Świata 3 kreowanych w drodze rzutowania na tę rzeczywistość modelu wzoru w rozumieniu przedstawionym przez M. Rodzyńkiewicza. Taki właśnie charakter mają zwłaszcza modele stosunku psychicznego sprawcy do czynu, różnicujące zamiar od nieumyślności oraz wyróżniające dalsze ich postacie. Wykazują one daleko idącą dowolność i bardzo niewielki związek z nauką psychologii, dają natomiast praktyce wygodne matryce umożliwiające ujednolicenie reakcji karnej w oparciu o relatywnie łatwe do ustalenia zestawy faktów zewnętrznych, takich jak np. dotychczasowy tryb życia sprawcy, jego charakter, właściwości umysłowe i inne cechy osobowości, stosunek do pokrzywdzonego, sytuacja motywacyjna, podłoże i okoliczności zajścia, rodzaj użytych narzędzi, zachowanie się po popełnieniu przestępstwa¹⁷⁸³. Na czele listy tych konstruktów można umiejscowić typowy *terminus technicus*: zamiar ewentualny, oparty na rzekomym przeżyciu „godzenia się”, który jest – jak to określił A. Zoll – obcym zarówno psychologii naukowej, jak i potocznej, „odkryciem” prawników, potrzebujących z powodów natury polityczno-kryminalnej zapełnić przestrzeń pozostającą pomiędzy zamiarem bezpośrednim a świadomą nieumyślnością¹⁷⁸⁴.

J. Makarewicz dostrzegł w tej „wyjątkowej wytrzymałości obiektywizmu” przejaw mechanizmu, który na wcześniejszych etapach rozwoju prawa karnego prowadził do wykształcenia się animizmu jako teoretycznej podstawy karania przedmiotów martwych – faktycznym źródłem podejmowanych działań jest afekt zemsty, a określone teorie mają charakter wtórny i służą wyłącznie usprawiedliwieniu praktyki¹⁷⁸⁵. W takim wyjaśnieniu

¹⁷⁸³ Zob. G. Rejman, *Teorie...*, op. cit., s. 30; I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 138-140; zob. też W. Patryas, *Interpretacja...*, op. cit., s. 87-88; S. Frankowski, *Przestępstwa...*, op. cit., s. 25; M. Król-Bogomilska, *Tradycyjne...*, op. cit., s. 83-103.

¹⁷⁸⁴ Zob. A. Zoll [w:] *Kodeks...*, red. K. Buchała, A. Zoll, op. cit., s. 95.

¹⁷⁸⁵ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 415 i 425. Aktualnie przejawy przeżywania przez społeczeństwo potrzeby karania na zasadzie odpowiedzialności za obiektywny skutek dostrzec można choćby w reakcjach opinii publicznej na doniesienia medialne o wypadkach komunikacyjnych ze skutkiem śmiertelnym. Można zaryzykować tezę, że dla znacznej części współczesnego społeczeństwa polskiego różnicowanie odpowiedzialności w tych przypadkach, zwłaszcza w odniesieniu do sprawców nietrzeźwych, od umyślnego zabójstwa jest trudne do zaakceptowania.

przyczyn omawianego zjawiska zapewne tkwi jakaś część prawdy. Wspominany już, pierwotny błąd atrybucji, wynikający z silnej koncentracji na intencjach innych osób, może skłaniać ludzi do doszukiwania się „złego zamiaru” tam, gdzie go w rzeczywistości nie ma, a nawet do antropomorfizowania istot niezdolnych do sensownej autordeterminacji i przedmiotów martwych. Odpowiedzialność obiektywna byłaby w konsekwencji tak naprawdę odpowiedzialnością w zamierzeniu subiektywną, ale opartą na urojeniu elementów podmiotowych.

Tendencji do karania za obiektywny skutek nie można chyba jednak tłumaczyć wyłącznie pierwotnym błędem atrybucji i pokrewnymi mechanizmami mentalnymi. Problem w tym, że uznając błąd atrybucji intencji za mechanizm tak przemożny, że w sposób nieunikniony prowadzący do wyłączenia zdolności rozpoznawania zachowań zamierzonych od nieintencjonalnych, należałoby właściwie mówić nie o błędzie, lecz o stałej, choć niezwykle paradoksalnej, właściwości umysłu ludzkiego. W konsekwencji należałoby również odrzucić hipotezę o istnieniu w ludzkim umyśle „modułu wykrywania oszustw”. Przeczyłoby to jednak wynikiem badań empirycznych oraz ich ewolucyjnemu wyjaśnieniu. Dodać trzeba, że wpływ elementów podmiotowych na reakcję karną znany był – jako wyjątek od odpowiedzialności obiektywnej – już najstarszym kodyfikacjom świata starożytnego, np. kodeks Ur-Nammu zawierał uregulowanie dotyczące umyślnego złamania kości, kodeks Hammurabiego traktował nieumyślność jako okoliczność łagodzącą, którą można było dowodzić za pomocą złożenia przysięgi, a kodeks Drakona kazuistycznie dzielił przestępstwa na umyślne, nieumyślne oraz popełnione przypadkowo¹⁷⁸⁶.

Odporność utrzymującej się w zbiorowej świadomości społeczeństw potrzeby karania za obiektywny skutek na podejmowane pod wpływem religii i etyki oraz rozwijającej się nauki prawa karnego próby jej wykorzenienia, dzięki której wciąż powraca ona, wprost albo w bardziej lub mniej zawoalowany sposób, poprzez coraz to nowe instytucje prawa karnego, często stosowane w praktyce wbrew intencjom ich twórców, nakazuje poszukiwać innych przyczyn tego stanu rzeczy, aniżeli rzekome niedostatki w zdolności ludzkiego mózgu do uwzględniania w ocenie sytuacji nastawienia woli poszczególnych jej uczestników.

Nieco światła na ten problem rzucić może bliższy ogląd drugiej z uniwersalnych zasad wczesnej reakcji karnej – odpowiedzialności zbiorowej.

¹⁷⁸⁶ Zob. J. Lachowski, *Wina w prawie karnym* [w:] *System prawa karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2012, s. 611; M. Król-Bogomilska, „*Formy winy*”..., op. cit., s. 16.

J. Makarewicz uważał odpowiedzialność zbiorową za efekt oddziaływania kilku czynników, w tym zwłaszcza niedostatków w umiejętności dokonywania rozróżnień na obszarze przyczynowości oraz zawinienia, co skutkowało przekonaniem o współwinie rodziny (szczepu), która wydała na świat i wychowała sprawcę przestępstwa, jak również – racjonalnie uzasadnionego w społeczeństwie uporządkowanym według więzów krwi – domniemania udziału krewnych w przestępstwie lub udzielenia pomocy do niego¹⁷⁸⁷. W odpowiedzialności zbiorowej dopatrywał się jednak również oddziaływania zasady *do ut des*, związanej z tym, że w zamkniętych grupach pierwotnych, każda szkoda materialna jednej grupy oznacza wzmocnienie drugiej (wrogiej ze swej natury), a zatem skoro grupa, z której wywodzi się przestępca odniosła korzyść, to powinna zwrócić to czego ma więcej, a jeżeli nie chce tego robić to musi wykluczyć winowajcę¹⁷⁸⁸. Dotyczyło to zresztą nie tylko czynów, które godziły w biologiczną tkankę grupy, ale również tych, które naruszały podstawy jej egzystencji ekonomicznej, np. w wyniku nie wywiązania się ze zobowiązania zaciągniętego w wymianie handlowej (handlu plemiennym)¹⁷⁸⁹.

Nie kwestionując wpływu ograniczeń poznawczych na wykształcenie się odpowiedzialności zbiorowej, wydaje się, że kluczową rolę grała tu właśnie zasada wzajemności, przy czym rozumieć ją należy nie jako zasadę porządkującą relacje pomiędzy jednostkami, ale pomiędzy grupami, wyróżnianymi albo według podstawowego kryterium pokrewieństwa, albo – uwarunkowanych już w mniejszym stopniu „genetycznie” a bardziej „kulturowo” – kryteriów terytorialnych, zawodowych czy organizacyjnych (gmina, cech itp.).

Pierwszorzędne znaczenie dla zrozumienia istoty odpowiedzialności zbiorowej ma powszechnie towarzyszący jej element wymienności przedmiotu, za pomocą którego sprawca i jego grupa ma zwrócić lub być pozbawiona osiągniętej korzyści (np. przyjmowany w wielu kulturach wybór pomiędzy odszkodowaniem – pomniejszającym własne zasoby materialne i powiększającym je u konkurencyjnej grupy – a ograniczeniem własnego potencjału osobowego poprzez wykluczenie sprawcy ze wspólnoty¹⁷⁹⁰). W istocie rzeczy przedmiotem wyrównania są więc swoiste jednostki „genetycznego przetrwania”, mające postać albo samego substratu ludzkiego, albo dóbr niezbędnych do jego przetrwania i pomnożenia (np. żywności, środków produkcji, a na późniejszych etapach rozwoju cywilizacyjnego przede

¹⁷⁸⁷ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 344; idem, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 155.

¹⁷⁸⁸ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 332-333. Podobnie J. Witort reakcję odwetową postrzegał jako dążenie do przywrócenia stanu zaburzonej równowagi, co jest możliwe zarówno poprzez wynagrodzenie poniesionej szkody, jak i osłabienie jej sprawcy (J. Witort, *Zarysy...*, op. cit., s. 134-135).

¹⁷⁸⁹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 332.

¹⁷⁹⁰ Zob. ibidem, s. 334.

wszystkim pieniądza jako uniwersalnego nośnika wartości). Uszczuplenie puli genów rodu czy rodziny może zrekompensować odszkodowanie, a przestępne pozbawienie go dóbr materialnych – zmniejszenie zasobu ludzkiego lineażu sprawcy. Znamienny jest fakt, że ludy pierwotne bardziej ceniły sobie mienie niż życie członków grupy¹⁷⁹¹.

Sprawiedliwy odwet z tej perspektywy przedstawia się jako wyrównanie zaburzonego przestępstwem genetycznego *status quo*, co mogło nastąpić zarówno poprzez transfer „jednostek przetrwania” od sprawcy i jego grupy do pokrzywdzonego oraz jego zbiorowości, jak i poprzez zniszczenie tych, które pozostają w dyspozycji rodu przestępcy¹⁷⁹². Kiedy przestaniemy ograniczać się do wyjaśnień odwołujących się do błędów poznawczych i uwzględnimy wpływ czynnika genetycznego, możemy zrozumieć przyczynę z powodu której już w prawie pierwotnym w grupie rodzinnej możliwe było posługiwanie się kryteriami indywidualizującymi winę, zawężającymi ją tak by nie obejmowała samego związku krwi ze sprawcą i udziału w jego wychowaniu, podczas gdy na zewnątrz rodziny zasadą pozostawała odpowiedzialność obiektywna¹⁷⁹³.

Do analogicznych wniosków prowadzi refleksja nad uniwersalnym na pewnym etapie rozwoju cywilizacyjnego zjawiskiem zemsty krwawej, która typowo ukierunkowana była nie tylko na sprawcę zabójstwa czy innego przestępstwa, ale również na jego krewnych. Zemsta – zarówno społeczna, jak i prywatna – miała charakter odpowiedzialności zbiorowej: realizowana była na zasadzie rodowej, tj. na całej rodzinie lub szczepie, a przy tym mogła ona przybrać postać unicestwienia genetycznego (wytępienie rodu sprawcy poprzez uśmiercenie zarówno jego, jak i jego zstępnych oraz innych krewnych)¹⁷⁹⁴. Stanowiła ona przy tym nie tylko prawo, ale także powinność krewnych ofiary¹⁷⁹⁵, a niekiedy również samego pokrzywdzonego¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹¹ B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 34.

¹⁷⁹² Znamienny przykład podaje J. Makarewicz wskazując, że u Bogo i w Somalii (podobnie u Osetyjczyków, Beduinów oraz w Tybecie) po zakończonej wojnie przeliczano liczbę zabitych po obu stronach, a ta, która odniosła większe straty otrzymywała odszkodowanie (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 269). W rachunku tym często uwzględniano również zabite zwierzęta (idem, *Ewolucja...*, op. cit., s. 128).

¹⁷⁹³ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 331.

¹⁷⁹⁴ Ibidem, s. 343-345.

¹⁷⁹⁵ Postrzeganie zemsty krwawej jako obowiązku krewnych poszkodowanego i jego sankcjonowanie naciskiem społecznym (powszechna pogarda i moralne potępienie dla tego, kto go nie spełnił) było powszechne w społeczeństwach, w których tego rodzaju reakcja odwetowa była praktykowana (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 279-281; idem, *Ewolucja...*, op. cit., s. 132-133; W. Makowski, *Podstawy...*, op. cit., s. 45-46). Uzasadnienie tego obowiązku z reguły odwoływało się do zjawisk nadnaturalnych, w szczególności zaś do powinności wobec duchów zmarłych przodków (J. Witort, *Zarysy...*, op. cit., s. 139).

¹⁷⁹⁶ Najdalej idące było tu prawo staropolskie, które nakazywało by okradziony, w braku kata, sam dokonał egzekucji, a jeżeli tego nie uczynił, kara zasądzona złodziejowi wykonywana była przez złodzieja na nim samym (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 283).

Można w zemście dopatrywać się sterowanego przeżyciami powinnościowymi mechanizmu wyrównania szans¹⁷⁹⁷ na przetrwanie linii rodowych (alleli) poprzez spowodowanie w genotypie sprawcy, bezpośrednio albo poprzez pozbawienie niezbędnych do przetrwania i replikacji dóbr materialnych, uszczerbku analogicznego do tego, jaki został spowodowany w linii rodowej ofiary. Zarówno w rodowej zemście krwawej, jak i w zemście prywatnej, chodziło przede wszystkim właśnie o wyrównanie, o to by krzywdzicielowi lub jego rodowi odjęte zostało dokładnie tyle, ile postradała pokrzywdzona jednostka lub ród¹⁷⁹⁸. Na darwinowskie podłoże zjawiska odwetu wskazuje również fakt nie występowanie zemsty krwawej wewnątrzrodowej (w ramach rodziny zawsze brano pod uwagę winę indywidualną i taki też charakter miała kara)¹⁷⁹⁹ oraz przykłady społeczności (np. w Afryce Wschodniej), w których na tle usankcjonowanego prawa zemsty oraz wyniszczających konsekwencji wdania się w niekończący się ciąg aktów agresji międzyrodowej, dochodziło do przełamania więzów pokrewieństwa i dokonania zabójstwa współrodowca – mordercy, po to by zapobiec uwikłaniu własnego rodu w konflikt¹⁸⁰⁰. Strategia taka, minimalizując globalne straty, jakie mogą wynikać z uwikłania się w ciąg naprzemiennej agresji, w dłuższej perspektywie jest korzystna z punktu widzenia interesu replikatora genetycznego, a zatem adaptatywna. Ma ona zresztą swój aspekt pozytywny: perspektywa potencjalnych korzyści z kooperacji, które zostałyby zaprzepaszczone w wyniku wdania się w odwetową grę o sumie zerowej, pozwala również zrozumieć dlaczego prawdopodobieństwo i natężenie zemsty jest proporcjonalne do dystansu, mierzonego pokrewieństwem i głębokością powiązań o charakterze altruizmu wzajemnego, dzielącego pokrzywdzonego i sprawcę przestępstwa¹⁸⁰¹.

Ten sam biologiczny sens dostrzec można w odszkodowawczej odpowiedzialności za przestępstwo, stanowiącej substytut zemsty pozwalający na wykupienie się od niej¹⁸⁰².

¹⁷⁹⁷ Albo ich ułożenia na własną korzyść w przypadku najbardziej pierwotnych postaci zemsty, w których w ogóle nie dbano o zachowanie jakiejkolwiek proporcji pomiędzy szkodą a odwetem (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 268).

¹⁷⁹⁸ J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 128.

¹⁷⁹⁹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 332. W tym przypadku najsurowszą reakcją na poważne przypadki negatywnych zachowań było usunięcie sprawcy poza organizację rodową (zob. J. Witort, *Zarysy...*, op. cit., s. 137; J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 5; E.St. Rappaport, *Polityka...*, op. cit., s. 35; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 344).

¹⁸⁰⁰ Zjawisko to Makarewicz określił jako kombinację zemsty społecznej wewnątrz rodziny z akceptacją prawa do zemsty prywatnej (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 273).

¹⁸⁰¹ Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 13.

¹⁸⁰² Wynagrodzeniem dla pokrzywdzonego i jego rodu mogły być np. młode kobiety (u Afgańczyków i Celtów), bydło (w plemieniu Amaxosa w Afryce południowej, u Osetyńców, Hotentotów, Germanów oraz w Irlandii), wielbłądy (w prawie islamskim), a – wraz z postępami w rozwoju gospodarki – przede wszystkim pieniądze lub złoto (w późniejszym okresie u Germanów) (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 286-288; idem, *Ewolucja...*, op. cit., s. 134; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 53). Możliwość wykupienia się od zemsty nigdy nie stanowiła zasady pozbawionej wyjątków, w każdym społeczeństwie istniała bowiem kategoria

Istotne jest, że powszechnie u ludów pierwotnych zobowiązane do wykupu i uprawnione do jego uzyskania były nie jednostki, ale rody jako jednostki zbiorowe¹⁸⁰³, a przy tym w ich obrębie obowiązywały ściśle sprecyzowane reguły rozdziału zobowiązania lub odszkodowania na mniejsze jednostki (np. grupy rodowe wchodzące w skład lineażu sprawcy lub ofiary)¹⁸⁰⁴. Życie ludzkie było traktowane nie jako dobro indywidualne, ale jako wartość należąca do grupy krewniczej¹⁸⁰⁵.

Pomniejszenie zasobów lineażu sprawcy, równoznaczne z ograniczeniem jego szans na sukces darwinowski (wykarmienie potomstwa), odpowiada ich powiększeniu u krewnych ofiary. Ten motyw często jest nie tylko jednoznacznie uświadamiany, ale i wykorzystywany dla uzasadnienia obowiązujących reguł odszkodowawczych. Np. u Baniro i Bagiszu z Afryki Środkowej zabójstwo członka tego samego klanu pociąga za sobą obowiązek uiszczenia nawiązki na rzecz ojca ofiary, aby mógł sprawić sobie nową żonę i mieć dziecko, które zastąpiłoby utraconego potomka¹⁸⁰⁶. Dokładnie takie samo dążenie, tyle że przeciwnie ukierunkowane (na zniwelowanie szans darwinowskich lineażu przestępcy), dostrzegalne jest w odwecie na zasadzie talionu¹⁸⁰⁷. Szczególnie jaskrawo, jako ściśle wyrównanie zaburzonej równowagi genetycznej, przedstawia się talion polegający na zabiciu zstępnego sprawcy czynu¹⁸⁰⁸.

Co prawda, już na najwcześniejszych etapach rozwoju złożoności społecznej powszechną praktyką było wywieranie presji przez grupę, zainteresowaną przede wszystkim rozwiązaniem konfliktu oraz przywróceniem harmonijnego współżycia we wspólnocie, na rozładowanie napięcia poprzez doprowadzenie do wypłacenia i przyjęcia materialnej kompensaty, niemniej jednak rozwiązanie takie było uważane za wątpliwe moralnie w świetle powinności ciążących na krewnych ofiary (np. zabójstwa), w konsekwencji czego wykształciły się zrytualizowane formy negocjacji, w ramach których krewni powinni

przestępstw zagrażających całości, które wywoływały nieubłaganą reakcję społeczną (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 254-256, 254-256 i 289-292).

¹⁸⁰³ Zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 47; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 53-54. Stanowiło to analogię do zasady obowiązującej na gruncie zemsty krwawej, która np. w starogreckim prawie epoki mykeńskiej stanowiła prawo całej społeczności rodu (O. Jurewicz, L. Winniczuk, *Starożytni Grecy i Rzymianie w życiu prywatnym i państwowym*, Warszawa 1968, s. 377). J. Makarewicz przytacza późny relikw tego zjawiska, jakim była odpowiedzialność gmin rosyjskich za odprowadzanie podatków i świadczeń obciążających ich mieszkańców (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 332-333).

¹⁸⁰⁴ Zob. np. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 218; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 208-210 i 256; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 332-333. Na przykład w prawie islamskim udział faktycznego sprawcy w zapłacie okupu za morderstwo wynosił tyle samo, co pozostałych członków szczepu (ibidem, s. 333).

¹⁸⁰⁵ Zob. B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 460; J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 25.

¹⁸⁰⁶ I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 27.

¹⁸⁰⁷ Zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 269.

¹⁸⁰⁸ Na przykład § 230 kodeksu Hammurabiego przewidywał pozbawienie życia syna budowniczego, który wybudował dom tak niedbale, że zawalił się zabijając syna właściciela.

wykazywać możliwie najwyższą niechęć do przyjęcia zadośćuczynienia, zamiast – preferowanego moralnie (zwłaszcza w przypadku czynów umyślnych) – odwetu¹⁸⁰⁹. Jak już wspomniano, im więzi społeczne i gospodarcze łączące sprawcę i ofiarę lub ich rodziny były słabsze, a w konsekwencji grupa mniej zainteresowana polubownym rozwiązaniem konfliktu, tym wyższe było prawdopodobieństwo wybuchu agresji. Stąd też rola odszkodowania wzrastała wraz ze zwiększającą się gęstością zaludnienia i rozwojem gospodarki, która zaczęła wymagać osiadłego trybu życia oraz współpracy wykraczającej poza związek rodowy. W takich warunkach rozrastająca się złożoność społeczna zwiększała prawdopodobieństwo przynależności obu stron konfliktu do wspólnej grupy, co było równoznaczne z pojawieniem się naturalnych kandydatów do rozjemstwa – innych jej członków zobowiązanych do solidarności jednocześnie wobec obu stron, a przy tym zainteresowanych złagodzeniem konfliktu rozbijającego grupę¹⁸¹⁰.

J. Makarewicz wyraził przypuszczenie, że zastępowanie zemsty krwawej odszkodowaniem to prawidłowość ewolucyjna związana z rozwojem własności prywatnej, w ramach którego „pojawia się chciwość, jako namiętność równa zemście pod względem siły”¹⁸¹¹. Wniosek ten uznać trzeba za wątpliwy. Istnienie protonorm posiadania zaobserwowano u szympanów¹⁸¹², w społeczeństwach ludzkich własność stanowi uniwersalium kulturowe¹⁸¹³, a odpowiedzialność odszkodowawcza wyłączająca zemstę krwawą obserwowana była u ludów o najniższym stopniu złożoności społecznej¹⁸¹⁴. Wydaje się, że pogląd lwowskiego uczonego o wtórnym charakterze kompensacyjnych aspektów reakcji karnej wynikać może z niedostrzeżenia faktu występowania własności prywatnej już u najbardziej pierwotnych społeczeństw łowiecko-zbierackich oraz niedocenienia znaczenia własności grupowej (rodowej). Stanowisko to, opierające się na założeniu, że własność, chciwość oraz odszkodowanie to wytwory, które pojawiły się na dość zaawansowanym poziomie rozwoju cywilizacyjnego, pozostaje w sprzeczności z obserwacjami antropologów¹⁸¹⁵.

¹⁸⁰⁹ Zob. J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 13-15; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 386-387.

¹⁸¹⁰ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 284-287.

¹⁸¹¹ J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 134.

¹⁸¹² S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., s. 39-40.

¹⁸¹³ S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 620. Złożone stosunki gospodarcze oparte na własności, odpłatną wymianę dóbr i usług oraz towarzyszące im powinności, w tym skomplikowany system korzystania z tytułu własności w społeczności zamieszkującej Archipelag Triobiandzki szczegółowo opisał B. Malinowski (B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczał...*, op. cit., s. 22-26).

¹⁸¹⁴ J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 13.

¹⁸¹⁵ Por. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 287; J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 28-72; B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczał...*, op. cit., s. 22-26.

Fakt, że na wczesnych etapach rozwoju cywilizacyjnego zemsta była preferowaną formą wyrównania uszczerbu w stosunku do możliwości uzyskania odszkodowania, można wyjaśnić – jak sądzę – jej silniejszym oddziaływaniem prewencyjnym, zwłaszcza w sytuacji braku zinstytucjonalizowanego systemu ochrony porządku publicznego. Potrzeba odwetu jest tak silnie zapisana w ludzkim mózgu, że nawet współcześnie ochrona o charakterze cywilnoprawnym, w tym odpowiedzialność odszkodowawcza, w przypadku czynów godzących w dobra szczególnie istotne w odczuciu społecznym często jest postrzegana jako niewystarczająca. Wydaje się więc, że zemstę prywatną wyeliminował rozwój nie tyle odpowiedzialności odszkodowawczej, co karnoprawnej zemsty społecznej, która stopniowo obudowywana coraz bardziej dokładnymi regułami wtórnymi, przekształciła rozproszony nacisk społeczny w zinstytucjonalizowane prawo karne¹⁸¹⁶. Po zmonopolizowaniu regulacji wtórnej przez państwo zemsta prywatna, jako anachronizm destabilizujący porządek publiczny, z tolerowanego sposobu rozładowywania potrzeby odwetu, stała się kryminalizowanym marginesem, który wpływa na powierzchnię praktyki społecznej jedynie w sytuacji znacznego osłabienia zdolności państwa do realizacji funkcji karania i wytwarzania – między innymi za pomocą kary – „wspólnoty bezpieczeństwa” dla swoich obywateli¹⁸¹⁷.

W ramach ewolucyjnej analizy zjawiska odwetu karnoprawnego nie można pominąć darwinowskiego, wyrównawczego sensu podstawowego składnika każdej reakcji karnej – potępienia. Kwestia ta wiąże się przede wszystkim z płaszczyzną winy i tam zostanie szczegółowo rozwinięta, w tym miejscu trzeba natomiast zaznaczyć, że status w hierarchii społecznej jest czynnikiem, który w sposób zasadniczy wpływa na pozycję jednostki w relacjach altruizmu wzajemnego, a wobec tego również na jej szanse przetrwania i reprodukcji. Status społeczny jest z tego powodu uniwersalnym przedmiotem pożądania, walki, zawłaszczania i oszustw, w końcu zaś dążenie do niego generuje wymianę przysług (potępiane współcześnie kumoterstwo). Potępienie społeczne z powodu popełnienia przestępstwa, równoznaczne z usytuowaniem jednostki, a często także jej rodziny czy rodu, w dolnych rejonach drabiny społecznej, oznacza odebranie im „jednostek przetrwania genetycznego”, na równi z pozbawieniem życia, okaleczeniem, odebraniem dóbr materialnych itp. Dokładnie na tej samej zasadzie społeczna aprobatą ma walor przysporzenia

¹⁸¹⁶ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 136-138.

¹⁸¹⁷ P. Winczorek, *Wstęp...*, op. cit., s. 31-32.

po stronie pokrzywdzonego¹⁸¹⁸, by wspomnieć tu np. prestiż, jaki przynosiło u Eskimosów czy Aborygenów zwycięstwo w „pojedyńku sądowym”, niezależnie od tego czy był to wynik decyzji audytorium czy „rozstrzygnięcia technicznego”. Zwycięstwo „sądowe” niwelowało stratę pozycji przetargowej pokrzywdzonego w ramach dalszej wymiany społecznej, jaką poniósłby, gdyby okazało się, że można mu bezkarnie wyrządzić krzywdę.

W najgłębszym, ewolucyjnym sensie funkcje sprawiedliwościowa i ochronna prawa karnego wydają się więc być połączone na płaszczyźnie wyznaczonej przez mechanizm doboru naturalnego (krewniaczego). Fundamentem zarówno samej w sobie skłonności do odwetu, jak i tendencji do karania, wbrew naturalnym predyspozycjom do wartościowania w ludzkich działaniach elementów subiektywnych, na zasadzie odpowiedzialności obiektywnej i zbiorowej jest w ostatecznym rozrachunku rywalizacja o sukces genetyczny w warunkach selekcji ze strony doboru naturalnego, która nakazuje przede wszystkim zadbać o wyrównanie obiektywnej szkody w darwinowskich szansach pokrzywdzonego genu (odpowiedzialność obiektywna), a adresatem obowiązku jej wyrównania czyni gen reprezentowany przez sprawcę, którego kopie dzielą z nim osoby spokrewnione (odpowiedzialność zbiorowa). Jak to ujął Makarewicz „nawet przypadkowo wyrządzona szkoda pozostaje szkodą i naruszeniem równowagi sił społecznych. Grupa poszkodowana staje się słabsza względem grupy, do której należy sprawca szkody. Równowaga musi zostać przywrócona (...)”¹⁸¹⁹. Samo zresztą zjawisko przestępstwa, w swej genezie wykazuje ścisły związek z darwinowskimi interesami replikatora genetycznego, w najbardziej rudymen tarnej postaci stanowiło ono bowiem wszystko to, co uruchamiało instynkt odwetu, taką właściwość miały natomiast stany rzeczy, które naruszały substrat ludzkiej grupy (także poprzez emigrację i zbiegostwo), gospodarcze i organizacyjne podstawy jej egzystencji oraz rozwoju¹⁸²⁰. Prawo karne (podobnie zresztą, jak i prawo jako takie) może więc być postrzegane jako kulturowy, wspólny fenotyp rozszerzony puli genowej tworzącej populację, w której ono obowiązuje.

Znamienny jest również, uchwycony przez J. Makarewicza, przebieg ewolucji prawa karnego. Na najwcześniejszych etapach jego rozwoju, ponadrodowa reakcja społeczna ukierunkowana była na ochronę wartości ogólnogrupowych, z czasem rozciągnięto ją –

¹⁸¹⁸ Na taki cel kary uwagę zwrócił w II w. rzymski pisarz Geliusz, który oprócz naprawy i odstraszenia, wymienił przywrócenie (*vindicatio*) honoru ofierze, którego byłaby ona pozbawiona, gdyby winowajca uszedł karze (zob. J.M. Kelly, *Historia...*, op. cit., s. 53 i 94-95).

¹⁸¹⁹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 385.

¹⁸²⁰ W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 24 i 43; J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 22-36; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 155-157.

wraz z rozwojem świadomości znaczenia jakie dla interesów grupy jako całości ma pomyślność jednostek – także na dobra indywidualne, takie jak życie, zdrowie i mienie, pozostawione wcześniej ochronie własnej oraz osób spokrewnionych wynikającej z czysto biologicznych więzów w ramach rodu. Nadal dotyczyło to jednak wyłącznie relacji wewnątrzgrupowych¹⁸²¹. W stosunkach międzygrupowych zasadą pozostawała niepohamowana agresja, która nie podlegała potępieniu we własnej społeczności sprawcy, a wręcz była w niej pochwalana i uznawana za moralnie słuszną, stanowiła bowiem przejaw darwinowskiej rywalizacji o sukces, w ramach której dodatkowo wartościowane było to, co powiększało potencjał grupy (zasoby ludzkie, żywność, środki produkcji itp.) albo ograniczało potencjał rywali. Wszelkie dobra prawne, zarówno grupowe jak i indywidualne, nie były więc chronione z uwagi na ich wartość samą przez się, ale wyłącznie z perspektywy znaczenia dla interesów grupy. Dopiero rozwój powiązań opartych na altruizmie wzajemnym, stanowiących, jak to już wielokrotnie wspomniano, rozwinięcie interesów replikatora genetycznego na nowej płaszczyźnie, doprowadził do pozbawienia niektórych dóbr indywidualnych czysto prywatnego charakteru i przyznania im karnoprawnej ochrony o powszechnym statusie. Przejawem tego samego procesu jest między innymi postępująca, choć nie bez oporów, subiektywizacja i indywidualizacja odpowiedzialności. Oparte na tych zasadach prawo karne lepiej, jak się wydaje, służy bowiem wspieraniu bardziej rozwiniętych stosunków społecznych, w których dobór krewniaczy jako podstawowy mechanizm porządkujący stopniowo czyni koncesje na rzecz złożonych powiązań altruizmu wzajemnego.

Wydaje się, że w dziejach prawa karnego doszło do splotu i wzajemnego oddziaływania dwóch silnie wpisanych w ludzki umysł funkcji: do bezustannego filtrowania cudzych intencji oraz do oczekiwania obiektywnego wyrównywania niesprawiedliwie spowodowanych dysproporcji w szansach darwinowskich dla jednostki doboru naturalnego. Wyjściowo mogły one pełnić, jak się wydaje, nieco inne role. Atrybucja intencji służyła przede wszystkim efektywności procesu decyzyjnego, umożliwiając ocenę ryzyka oszustwa. Natomiast z perspektywy spowodowanego już uszczerbku subiektywne nastawienie jego sprawcy miało znaczenie drugorzędne, na pierwszy plan wysuwała się bowiem konieczność jego wyrównania. Jeżeli spojrzymy na pierwotną reakcję karną i odpowiedzialność odszkodowawczą łącznie, to dostrzeżemy, że w sumie tworzą coś, co można by określić jako

¹⁸²¹ Relikty tego rodzaju stronnictwość prawa karnego dostrzegalne są jeszcze np. w statutach włoskich do początków XVI w., w których przewidywano łagodniejszy wymiar kary, gdy miejscowy był sprawcą a obcokrajowcem ofiarą (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 305).

„talion genetyczny”: kompleksowy mechanizm wyrównywania niesprawiedliwie zaburzonego *status quo* w odniesieniu do „jednostek przetrwania” replikatora genetycznego.

Rozwój społeczny polegający na powstawaniu coraz bardziej skomplikowanej sieci relacji altruizmu wzajemnego wymaga jednak bardziej subtelnych form regulacji. Uszczerbek nie musi już być natychmiast wyrównany w skali „jeden do jednego”, a dalekosiężna korzyść dla dobra prawnego może wynikać z bardziej odroczonych i pośrednich form rekompensaty. Stąd też stopniowe przenikanie subiektywizmu na ten obszar sprawiedliwości wyrównawczej, który przybiera formę społecznego potępiającego odwetu¹⁸²².

4. Karalność

4.1. Uwagi wstępne

Karalność, podobnie jak i pozostałe płaszczyzny w strukturze przestępstwa, można rozpatrywać z różnych punktów widzenia: dogmatycznego (w tym z uwzględnieniem teorii norm), funkcjonalnego, a także ewolucyjnego¹⁸²³.

Szereg dogmatycznych spostrzeżeń na temat karalności przedstawiono już wcześniej, w szczególności na marginesie rozważań o bezprawności. Było to nieuniknione ze względu na wieloaspektowy charakter struktury przestępstwa, z powodu którego właściwie nie sposób zaprezentować cech konstytutywnych bezprawności bez uwzględnienia tego, co odróżnia ją m. in. od karalności i pozwala rozgraniczyć obie płaszczyzny na obszarach ich przenikania. By nie powtarzać dotychczasowych wywodów, wystarczy tu jedynie przypomnieć, że karalność to domena normy sankcjonującej¹⁸²⁴, w której zakresie zastosowania, wśród innych warunków, usytuowany jest wymóg zgodności czynu z wzorcem typu czynu

¹⁸²² Fundamentalna różnica aksjologiczna pomiędzy prawem karnym a prawem cywilnym (w przypadku pierwszego sprawiedliwość wyrównawcza ma postać społecznego odwetu, w drugim natomiast często polega ona na wyrównaniu uszczerbku z uwagi na względy słuszności, ważne indywidualno-konkretnie przez sąd albo generalno-abstrakcyjną decyzją ustawodawcy, np. w przypadku odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, i nie zawsze jest związana z naruszeniem prawa przez odpowiedzialnego), powoduje, że ewolucja obu gałęzi prawa, wywodzących się z jednego pnia przeżyć powinnościowych, przebiega niejako w przeciwnych kierunkach. Prawo karne konsekwentnie, choć nie bez oporu, ulega nasyceniu elementami subiektywnymi, podczas gdy w prawie cywilnym stopniowo zwiększa się znaczenie odpowiedzialności za obiektywny skutek, służącej redystrybucji dóbr społecznych, w sytuacji gdy ich układ uległ aksjologicznie nieakceptowanemu zaburzeniu, co w części przypadków nie musi być wynikiem czynów bezprawnych czy zawinionych, ale także działań legalnych, a nawet zdarzeń nie mających charakteru ludzkich czynów.

¹⁸²³ Możliwe są oczywiście jeszcze i inne paradygmaty, np. ekonomiczny (bliżej na ten temat zob. M. Szczepaniec, *Teoria...*, op. cit., s. 77-101).

¹⁸²⁴ Tak również A. Barczak-Oplustil (zob. A. Barczak-Oplustil, *Obowiązywanie...*, op. cit., s. 24-27).

zabronionego. Jego spełnienie jest jednym z koniecznych warunków zaktualizowania się zawartego w zakresie normowania tej normy i adresowanego do właściwego organu państwa nakazu wymierzenia podmiotowi, który naruszył normę sankcjonowaną sankcją przewidzianej dla danego typu czynu zabronionego.

Typ czynu zabronionego stanowi wzorzec pozwalający rozpoznać wśród ludzkich zachowań spełniających model czynu te, które z uwagi na posiadanie kompletu cech stanowiących desygnaty ustawowych znamion są karalne (funkcja zewnętrzna typizacji), a wśród nich te, które przynależą do różnych klas czynów karalnych (funkcja wewnętrzna typizacji)¹⁸²⁵. W nauce prawa karnego eksponuje się ścisły związek karalności z wymogiem określenia zachowań karalnych w ustawie¹⁸²⁶ oraz funkcją gwarancyjną prawa karnego i to w podwójnym znaczeniu: z jednej strony ustawowe znamiona muszą wskazywać na wszystkie konstytutywne elementy ujemnej treści materialnej czynu, z drugiej zaś pozwalać na odróżnienie danego typu zachowania od innych zachowań dozwolonych albo zabronionych, lecz niekaralnych, wypełniając w ten sposób wymogi wynikające z zasad *nullum crimen sine lege, sine periculo sociali*¹⁸²⁷.

Przy takim rozumieniu płaszczyzny karalności, w którym jest ona definiowana sformułowaną po raz pierwszy w Oświeceniu, wyrażoną przez A. Feuerbacha hasłem *nullum crimen sine lege*¹⁸²⁸ i teoretycznie dopracowaną przez E. Belinga w ramach koncepcji *Tatbestandu*, zasadą ustawowej określoności czynu karalnego, wydaje się ona być niedawnym wytworem rozwoju cywilizacyjnego, w ramach którego w pewnym momencie świadomie zdecydowano o udzieleniu jednostce gwarancji stosowania reakcji karnej w ściśle określonych wypadkach i w przewidywalny sposób, a posłużono się w tym celu zaawansowanym narzędziem technologii normatywnej: tekstem prawnym ustanawianym i ogłaszającym w ściśle określonym trybie.

Gdyby przyjąć ten punkt widzenia, byłoby to równoznaczne z wyczerpaniem tematyki tego rozdziału. Bez odpowiedzi pozostałoby jednak fundamentalne pytanie, jak wyjaśnić fakt,

¹⁸²⁵ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 27; M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 43.

¹⁸²⁶ Z czego wyprowadza się cztery szczegółowe postulaty: wyłączności ustawowej w odniesieniu do typizacji przestępstw (*nullum crimen sine lege scripta*), maksymalnej określoności tworzonych typów (*nullum crimen sine lege certa*), zakazu stosowania analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy (*nullum crimen sine lege stricta*) oraz zakazu retroakcji (*nullum crimen sine lege praevia*) (A. Rychlewska-Hotel, *Zasada nullum crimen sine lege jako wymóg przewidywalności konsekwencji prawno-karnych*, Kraków 2019, s. 174).

¹⁸²⁷ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 39; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 44-45 i 177; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 14, 127-128 i 221-222.

¹⁸²⁸ Adresowanym zarówno do ustawodawcy, by typizował czyny zabronione w drodze ustawy, jak i do sądów (i innych podmiotów stosujących prawo karne) by orzekały wyłącznie na podstawie ustawy, bez uciekania się do analogii czy stosowania wykładni rozszerzającej (zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 97, jak również powołany tam wyrok TK z 6 lipca 1999 r., P 2/99, OTK 1999, cz. 5, poz. 103).

że prawo karne istniało na długo przed rzekomym momentem wykształcenia się jego cechy dystynktywnej – właściwej wyłącznie temu prawu płaszczyzny, która wyróżnia je od innych gałęzi prawa. Nawet współcześnie istnieją przecież systemy prawne, w których nie funkcjonuje zasada ustawowej wyłączności kryminalizacji. Jeżeli w związku z tym uznamy, że karalność jako *ratio essendi* prawa karnego musiała istnieć przed wynalezieniem zasady *nullum crimen sine lege*, to jaka jest rzeczywista istota tej płaszczyzny w strukturze przestępstwa? Czy jest coś co łączy „typy czynów zabronionych” w prawach Hammurabiego ze współczesnym *Tatbestandem*? Czy da się taką „nić przewodnią” dostrzec nawet w prawach niepisanych, w tym prymitywnych? Czy może jednak prawo karne rzeczywiście jest nie tylko funkcjonalnie, ale i chronologicznie wtórne wobec innych gałęzi, w szczególności prawa cywilnego, i dopiero na pewnym etapie rozwoju cywilizacyjnego doszło do przekształcenia się spontanicznego i instynktownego nienormatywnego odwetu w prawną odpowiedzialność karną?

Próbę odpowiedzi na te pytania zacząć trzeba od przypomnienia, że rozliczne argumenty zaczerpnięte z różnych dziedzin nauk, także przyrodniczych, wskazują, że odwet ze swej natury ma charakter prospektywny. Zakaz (tabu), odwet (odwzajemnienie negatywne) i sankcja występują natomiast w każdej ludzkiej kulturze¹⁸²⁹.

Niecelowe wydaje się poszukiwanie, jak to czyni np. W. Załuski, odpowiedzi na pytanie, która z dwóch podstawowych gałęzi prawa ma charakter paradygmatyczny: czy prawo społeczeństw pierwotnych najbardziej zbliżone było – „zgodnie z opinią wielu antropologów” – do prawa karnego, czy też do prawa cywilnego, co z kolei miałyby harmonizować, zdaniem tego autora, z obserwacjami praktyki prawnej w społecznościach pierwotnych, które przeprowadził B. Malinowski¹⁸³⁰.

Rozważania tego rodzaju uznać trzeba za przejaw niczemu nie służącej, a zarazem zniekształcającej rzeczywisty obraz prawa pierwotnego, scholastyki¹⁸³¹, opartej nie na obserwacjach faktycznej praktyki prawnej ludów pierwotnych, ale na dedukcji, dla której punktem wyjścia są z góry przyjęte założenia co do natury człowieka¹⁸³².

¹⁸²⁹ S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 619-620.

¹⁸³⁰ Zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 100-101.

¹⁸³¹ Autor tej koncepcji najwyraźniej uległ uniwersalnie ludzkiej potrzebie porządkowania rzeczywistości za pomocą kategorii chronologicznego pierwszeństwa („Co było pierwsze, jajko czy kura?”) (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 621).

¹⁸³² Według W. Załuskiego odpowiedź na pytanie o specyfikę prawa pierwotnego zależy w dużej mierze od przyjętego modelu genezy prawa: model nazwany przez niego „Hobbesowskim”, zakładający, że głównym celem prawa jest zapobieganie aspołecznym skłonnościom ludzi, implikować miałby stanowisko o paradygmatycznym charakterze prawa karnego, oparcie się natomiast na założeniu, ku któremu skłania się sam autor, że prawo jest wyrazem kooperatywnych dyspozycji leżących w naturze ludzkiej (model „Darwinowski”),

Natura ludzka jest jednak znacznie bardziej złożona, a do tego – w pewnym stopniu – dynamiczna, w związku z czym w pełni nie oddaje jej żaden z trzech zaproponowanych przez W. Załuskiego modeli. Niewątpliwie immanentnym jej składnikiem jest kooperacja, ale w równym stopniu przynależy do niej także antyspołeczne dążenie do nadużywania relacji kooperatywnych („jazdy na gapę”), a także skłonność do zachowań instrumentalnie, a nawet złośliwie agresywnych. Konsekwencją jest wykształcenie się w umyśle ludzkim wyspecjalizowanego modułu wykrywania nadużyć, którego aktywność stale towarzyszy innym zachodzącym w nim procesom psychicznym. Przejawem funkcjonowania tego modułu są m. in. uniwersalne przeżycia afektywne, w postaci rudymentalnej występujące także u zwierząt, takie jak poczucie własnej godności czy instynkt odwetu. Stoją one za aktami zemsty, które w wymiarze publicznym i wspólnotowym, stanowiły najbardziej pierwotną postać prawa karnego.

Nie jest to, rzecz jasna, równoznaczne z koniecznością opowiedzenia się za pierwotnością czy paradygmatycznym statusem prawa karnego. Realizacja podstawowej zasady porządkującej relacje międzyludzkie, jaką jest „Wet za wet” nie musi przecież zawsze polegać na dokonaniu zemsty. Z drugiej strony, przyjęty w tej pracy pogląd, że zbiór norm staje się prawem wtedy, gdy nad regułami pierwotnymi nadbudowane zostają reguły wtórne, wyklucza możliwość uznania, że prawo cywilne logicznie „wyprzedza” sankcjonujące jego normy prawo karne. Samo w sobie jest ono bowiem wynikiem tego samego procesu ewolucyjnego, na początku którego doszło do wykształcenia się podstawowych protonorm, spośród których niektóre (np. odnoszące się do posiadania¹⁸³³) mogły zapoczątkować linię rozwojową przede wszystkim prawa cywilnego, inne zaś głównie prawa karnego.

Wydaje się też, że stanowisko W. Załuskiego opiera się w dużym stopniu na utożsamieniu społecznej wymiany z przedmiotem prawa cywilnego, podczas gdy dotyczy ona również takich korzyści, które (przynajmniej z obecnej perspektywy) nie mają z prawem cywilnym nic wspólnego (w tym władzy i związanych z nią przywilejów, statusu jednostki w grupie itp.). Na argument, że to właśnie prawo cywilne, w ramach swej głównej funkcji,

prowadzić miałyby z kolei do wniosku, że paradygmatyczną gałęzią prawa jest prawo cywilne (zob. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 100-101).

¹⁸³³ Odwołując się do obserwacji terenowych J. van Lawick-Goodall, S. Ehrlich przyjął istnienie protonorm posiadania u szympanów, które powszechnie objawiają jego poczucie wobec przedmiotów, które uważają za łup (mięso), narzędzia, przedmiotów znalezionych czy przygotowanych przez siebie legowisk. Dostrzegalne jest także poczucie wspólnego posiadania pewnego terytorium (S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., s. 39-40). W społecznościach ludzkich własność należy do uniwersaliów kulturowych (S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 620).

wspiera społeczną wymianę i poszerza jej zakres¹⁸³⁴, można odpowiedzieć, że prawo karne, poprzez swoją dolegliwą reakcję na przypadki naruszenia przyjętych reguł, także to czyni, i to nie tylko na tym obszarze, który współdzieli z prawem cywilnym, ale dodatkowo również na swoistych dla siebie płaszczyznach, będących głębszą podbudową relacji cywilnoprawnych, takich jak w szczególności ochrona istnienia i integralności samej grupy społecznej. Nietrafne jest więc zawężanie znaczenia zasady *do ut des* do stosunków społecznych o charakterze ściśle cywilnoprawnym, zasada ta przenika bowiem całokształt powinnościowych wytworów ludzkiego umysłu, a jej przejawy dostrzegalne są także na gruncie praktyk *par excellence* karnoprawnych (np. w reakcji karnej na zasadzie talionu).

Argumentów za stanowiskiem przedstawionym przez W. Załuskiego nie dostarczają, wbrew pozorom, również obserwacje B. Malinowskiego. Faktem jest, że badacz ten uznał, że prawo cywilne, składające się z pozytywnych zarządzeń, jest w społeczeństwach melanezyjskich znacznie bardziej rozwinięte, aniżeli całokształt zakazów prawa karnego. Wyciąganie z tych, niewątpliwie doniosłych, obserwacji wniosków na temat paradygmatycznego charakteru jednej z gałęzi prawa wydaje się jednak iść zdecydowanie zbyt daleko, zwłaszcza, że B. Malinowski, eksponując znaczenie prawa cywilnego w badanych przez siebie społecznościach, wcale nie podważał istnienia w nich prawa karnego, a jedynie kwestionował skrajność przeciwną, jaką było utożsamianie prawa z mechanizmem wymiaru sprawiedliwości w sprawach o przestępstwa¹⁸³⁵.

Wypreparowanie z rudymen tarnej praktyki prawnej społeczeństw pierwotnych elementów kompensacyjnych i represyjnych, a nawet – o czym już wspomiano – sakralnych jest bardzo trudne, o ile w ogóle możliwe, ponieważ wszystkie one się ze sobą łączą i wzajemnie przenikają¹⁸³⁶. W konsekwencji również rozgraniczenie naruszeń typu kryminalnego i cywilnego może być znacznie utrudnione, a wręcz niemożliwe¹⁸³⁷. Jak z kolei zauważył J. Makarewicz, człowiek pierwotny rozróżniał winę cywilnoprawną i karnoprawną, ale ich nie rozdzielał: pierwsza łączyła się z karą lub przynajmniej z zemstą, z kolei każda wina w dziedzinie prawa karnego miała skutki cywilnoprawne. Zadośćuczynienie wyrządzonemu złu pojmowano całościowo¹⁸³⁸.

¹⁸³⁴ W. Załuski, *Ewolucyjna...*, op. cit., s. 101.

¹⁸³⁵ B. Malinowski, *Dzieła*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., passim.

¹⁸³⁶ Zob. I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 25-27.

¹⁸³⁷ Ibidem, s. 23-25 i 34.

¹⁸³⁸ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 397. Co do współistnienia elementów kompensacyjnych i represyjnych w sankcjach różnych praw dawnych społeczeństw zob. np. J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 247, 282; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 54, 103, 211 i 319; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 385; J. Makarewicz,

Proces specjalizowania się norm prawnych przebiegał powoli. Choć już w kodeksie Hammurabiego (a w mniejszym stopniu także w prawach Bilalamy) dostrzegalne jest grupowanie przepisów według kryterium rodzaju stosunków prawnych, w wyniku czego przepisy prawa karnego są w nich z grubsza wyodrębnione od tych, które dotyczyły stosunków majątkowoprawnych i rodzinnych¹⁸³⁹, to jeszcze kompilacja justyniańska, kodyfikacje z okresu średniowiecza, a nawet nowożytne kodeksy do końca XVIII w. (np. Landrecht pruski) nadal stanowiły konglomeraty norm z różnych gałęzi prawa materialnego i procesowego¹⁸⁴⁰.

Z drugiej strony, przy rodzajowo tożsamej sankcji (kompensacyjnej), już przynajmniej w niektórych społecznościach pierwotnych wyczuwa się różnicę pomiędzy sporem jednostek wynikającym z naruszeń pociągających za sobą jedynie reakcję zainteresowanych, a czynem naruszającym lub grożącym naruszeniem porządku stosunków społecznych, na który reaguje cała społeczność¹⁸⁴¹. W tych ostatnich przypadkach może pojawić się też bardziej zinstytucjonalizowana postać wymierzania sprawiedliwości¹⁸⁴² i pomimo tego, że sama kara może być identyczna z sankcją prawa cywilnego, to jednak towarzyszący kontekst wskazuje na jej penalny charakter¹⁸⁴³. Możliwa jest wreszcie i bardziej złożona rzeczywistość prawna, w której wyróżnia się – jak to ma miejsce np. u plemion Bantu Kavirondo z Kenii Zachodniej – kilka kategorii deliktów o odrębnych nazwach i zróżnicowanym charakterze, począwszy od jednoznacznie cywilnoprawnych, aż do wyraźnie karnoprawnych¹⁸⁴⁴.

Już w prawie pierwotnym sfera czynów karalnych bywa więc wyraźnie wyznaczona, a ich odróżnienie od czynów dozwolonych następuje poprzez odniesienie do dość ściśle

Polskie..., op. cit., s. 276. Warto dodać, że jeszcze w Landrechcie pruskim utożsamiano winę w sensie cywilnoprawnym i karnoprawnym (S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 88).

¹⁸³⁹ J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 59-62.

¹⁸⁴⁰ By prześledzić proces wyodrębniania się regulacji materialnej i formalnej por. J. Klima, *Prawa...*, op. cit., s. 282-283; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 86 i 385; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 95; W. Wołodkiewicz, *Prawo prywatne*, [w:] *Prawo...*, red. W. Wołodkiewicz, op. cit. s. 217; C. Kunderewicz, *Rzymskie...*, op. cit., s. 145-154; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 2, op. cit., s. 54, 64, 105, 221, 260 i 325; K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 45, 93, 124 i 147; W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 100. Pierwszym zawierającym wyłącznie regulację karnomaterialną kodeksem w Europie był kodeks karny rewolucji francuskiej z 1791 r. (zob. S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 95; W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 114; S. Grzybowski, *Dzieje...*, op. cit., s. 167-169).

¹⁸⁴¹ Np. *oman akyiwadie* u Aszantów (dosłownie „czyny znenawidzone przez plemię”) – czyny godzące w pomyślność całej grupy w związku z naruszeniem wspólnoty z przodkami wodza lub bogami (zob. I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 41-43; zob. też J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 135-136).

¹⁸⁴² Np. u Kamba w Kenii starszyzna decydowała, czy delikt jest poważny, a w takim przypadku sprawca musiał stanąć przed sądem *kingole*, na który się składał ogół ludności męskiej (I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 30).

¹⁸⁴³ Ibidem, s. 34.

¹⁸⁴⁴ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 41; idem, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 27-28.

sprecyzowanych elementów, zarówno o charakterze przyrodniczym, jak i społecznym¹⁸⁴⁵. Również B. Malinowski, akcentując nieokreśloność prymitywnego prawa karnego, tak w odniesieniu „metody wymierzania sprawiedliwości”, jak i co do tego, co jest jego przyczyną (przestępstwem), zwrócił jednak uwagę na istnienie pewnych kategorii czynów, w przypadku których wymierzenie kary jest sprawą oczywistą i ugruntowaną, tak w praktyce Triobriandczyków, jak i towarzyszących jej przeżyciach normatywnych¹⁸⁴⁶. Rygorystycznie sankcjonowane (przede wszystkim sankcjami nadnaturalnymi) były naruszenia tabu związane ze specjalnymi wydarzeniami życia plemiennego¹⁸⁴⁷. Doczesną karę pociągały za sobą natomiast przestępstwa przeciwko wodzowi¹⁸⁴⁸. Natychmiastowe pozbawienie sprawcy życia przez samego wodza lub kogoś z jego uzbrojonego orszaku nie stanowiło jedynie impulsywnej reakcji, ale miało wyraźnie karnoprawne zabarwienie, skoro w przypadkach, w których nie można było wymierzyć kary natychmiast, wykonywano ją z opóźnieniem, a śmierć sprawcy uważano za sprawiedliwą odpłatę, wykluczającą odwet ze strony krewnych zabitego¹⁸⁴⁹. W niektórych przypadkach naruszenie zakazu (np. dotyczącego egzogamii klanu totemicznego) nie wywoływało żadnej reakcji opinii publicznej ani potępienia, o ile w związku z tym nie wybuchł skandal spowodowany np. publicznym zarzutem uczynionym przez osobę zainteresowaną (np. odrzuconego konkurenta). Dostrzec w tym przypadku można ograniczenie sankcjonowania zakazu: kara jest konsekwencją nie samego naruszenia obowiązującej normy,

¹⁸⁴⁵ Na przykład u Masajów poważnym przestępstwem są stosunki płciowe z żoną mężczyzny należącego do tej grupy wieku, do której należy ojciec sprawcy. Natomiast u Kikujów, pomimo, że tolerowane są daleko posunięte pieszczoty u młodzieży, to pełny stosunek płciowy jest zabroniony pod sankcją napiętnowania społecznego, a spowodowanie ciąży u dziewczyny pociąga za sobą reakcję zorganizowaną – rada plemienna orzeka grzywnę w postaci owiec lub kóz, przy czym osobno orzeczona ilość owiec przypada na rzecz samej rady. W innych przypadkach dozwolony jest stosunek płciowy żony z przyjmowanym w rodzinie gościem, natomiast karane są (nawiązką na rzecz męża) przypadki współżycia z innym mężczyzną potajemnie, poza domem, podczas nieobecności męża w domu, przygotowywania posiłku albo gdy dzieci jeszcze nie śpią (J. Kenyatta, *Facing Mount Kenia*, London 1938, 159-161; cyt. za: I. Andrejew, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 60-61).

¹⁸⁴⁶ Zaliczyć tu można złamanie egzogamii, przy czym prawdopodobieństwo kary i jej surowość były tym mniejsze, im dalszy stopień pokrewieństwa – od zbrodni kazirodztwa z rodzoną siostrą, poprzez złamanie zakazu w pierwszym stopniu pokrewieństwa w linii matczynej (tzn. z cioteczną siostrą lub bratem), aż po łatwo wybaczalne współżycie z osobą należącą do tego samego klanu (B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 64).

¹⁸⁴⁷ Na przykład zakazu współżycia podczas prac ogrodowych, a także zakazu obcowania płciowego, a nawet spania z kobietą na tej samej macie lub łóżku w czasie wojny, tj. od dnia, w którym podczas specjalnej ceremonii została uruchomiona magia wojny. Sprawca, obok doczesnego pohańbienia, mógł się spodziewać nadnaturalnych konsekwencji o cechach talionu, np. ten, kto odbył stosunek płciowy – przebicia penisa lub jądra przez włócznię wroga, ten, kto spał z kobietą „nos w nos” – ciosu w okolice nosa, zaś ugodzenia w pośladki ten, kto siedział z nią na jednej macie (B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Życie...*, op. cit., s. 544-545).

¹⁸⁴⁸ Na przykład cudzołóstwo z którąś z jego żon, kradzież jego prywatnej własności, a także każda obraza osobista (B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 70).

¹⁸⁴⁹ B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 70; idem, *Dziela*, t. 2, *Życie...*, op. cit., s. 510.

ale wywołanego w ten sposób stanu destabilizacji relacji wewnątrzgrupowych¹⁸⁵⁰. Jeżeli wystarczającą prewencyjną moc miał sam rozproszony nacisk społeczny, kara była niepotrzebna¹⁸⁵¹.

Różnica pomiędzy reakcją na zachowania uznane za niemoralne i przestępstwa była u ludów prymitywnych dość wyraźna, a ich granicę wyznaczał charakter potępienia – zewnętrzny i wspólnotowy w przypadku przestępstwa, który nadawał reakcji potępiającej, choćby jej dolegliwość polegała jedynie na upokorzeniu, wymiar publiczny¹⁸⁵². Fakt, że w społecznościach pierwotnych karano rzadko i niekonsekwentnie, nie może przesłonić tego, że dla ich członków przestępstwo było rozpoznawalne, a kara przewidywalna *ex ante*.

Nie ma też powodów by przeceniać stan, jaki w tej dziedzinie osiągnięty został w społeczeństwach współczesnych. Tak jak prymitywna reakcja karna nie była jedynie nieuporządkowanym i przypadkowym wybuchem grupowego moralnego oburzenia, tak obecne prawo karne w praktyce jego stosowania jest dość odległe od swoich rozumowych idealizacji¹⁸⁵³. Truizmem jest spostrzeżenie, że pomimo niezwykłych osiągnięć cywilizacyjnych na różnych obszarach wiedzy i praktyki społecznej, z wielu różnych przyczyn – ograniczeń wykrywczych, dowodowych, praktyk oportunistycznych, ale także niejednoznaczności tkwiących w samym prawie materialnym, nie mówiąc już o brakach wiedzy osób prawo to stosujących – przewidywalność reakcji karnej nadal jest istotnie ograniczona.

¹⁸⁵⁰ Należy zaznaczyć, że w tego rodzaju przypadkach nie dochodziło do wymierzenia kary we współczesnym tego słowa znaczeniu, ale do swoistego samoukarania się sprawcy w drodze samobójstwa. Była to forma ucieczki z sytuacji bez wyjścia, oparta na złożonym podłożu psychicznym, na które składało się zarówno pragnienie wymierzenia sobie kary, jak i chęć rehabilitacji, żądza zemsty i uczucie żalu. Wydaje się, że można uznawać taką praktykę za substytut kary, skoro to opinia publiczna bojkotem i obelgami doprowadzała sprawcę do zamachu samobójczego. Miała ona wyraźny rys prewencyjny, powstrzymując tubylców od wszelkich odchyśleń od zwyczajów i tradycji, mogących skrzywdzić lub obrazić kogoś innego (zob. B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 60-61 i 72-75).

¹⁸⁵¹ Na przykład złodziej narażał się na taką hańbę i śmieszność, że zjawisko kradzieży nie stanowiło żadnego problemu społecznego (B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 87-88).

¹⁸⁵² J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 87-88.

¹⁸⁵³ Zarówno antyutilitarystycznych idei odwetu moralnego (Kant) czy dialektycznego (Hegel), absolutyzujących karę w sposób zbliżający ją do wyobrażeń o sprawiedliwości immanentnej, jak i sytuującego się na przeciwnym biegunie kierunku obrony społecznej, który z kolei widział w reakcji na przestępstwo rodzaj naukowo opracowanej terapii aplikowanej jednostce społecznie zaburzonej.

4.2. Formalna obiektywizacja odpowiedzialności i jej funkcje

Minimum intersubiektywnej treści, zarówno samego zakazu, jak i chroniącej go sankcji, jest warunkiem prawnego charakteru reakcji społecznej, bez niej nie może być przecież mowy o istnieniu aspektu internalnego, ani eksternalnego, a tym samym jej normatywności. Oba muszą się przecież odnosić do kategorii możliwych do wyodrębnienia za pomocą cech odróżniających je od innych ludzkich zachowań. Zagrożenie karą nie stanie się skutecznym narzędziem kierowania ludzkimi zachowaniami, a w konsekwencji ochrony dóbr prawnych, jeżeli adresaci normy nie będą potrafili odczytać jakie zachowanie jest nią zagrożone, a także co konkretnie za nie grozi¹⁸⁵⁴.

Zakaz i sankcja pozostają we wzajemnym sprzężeniu zwrotnym, w ramach którego publiczność i ceremonialność kary, a niekiedy także jej widowiskowość (okrucieństwo), wpływając na skuteczność utrwalania się markerów somatycznych, wzmacniały nie tylko normatywność samego zakazu¹⁸⁵⁵, ale sprzyjały również normatywizowaniu się kary jako regularnej, zinternalizowanej i zeksternalizowanej praktyki. W ten sposób rozwijała się płaszczyzna karalności, precyzująca, jakie naruszenia i w jaki sposób są karane. W rozwoju tym prawdopodobnie pomogła podstawowa reguła porządkująca relacje międzyludzkie – zasada wzajemności (wet za wet), a także wpisane w ludzki umysł heurystyki, w tym instynkt upodobnienia.

Ponieważ, jak to ujął E. Jara „częste powtarzanie się tych samych czynności stanowiło zawsze dla ludzi siłę magnetyzującą”¹⁸⁵⁶, przypadkowe formy wykonania zemsty społecznej, które zależały od dostępnych w czasie i miejscu jej wybuchu środków¹⁸⁵⁷, zapewne przekształcały się stopniowo w karę sprecyzowaną co do rodzaju przez prawo zwyczajowe¹⁸⁵⁸. Porządkujący wpływ na pewno miała tu także właściwa człowiekowi,

¹⁸⁵⁴ Z tego powodu, jak trafnie wskazała T. Florek, zasadę *nullum crimen sine lege* odczytywać należy łącznie z zasadą *nulla poena sine lege* i ściśle przestrzegać powiązania sankcji z określonym typem zachowania (T. Florek, *Struktura...*, op. cit., s. 70; cyt. za: A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 38). Funkcja wewnętrzna typizacji jest nie mniej istotna niż funkcja zewnętrzna, ponieważ tylko ich połączenie zapewnia niezbędny poziom obiektywizacji odpowiedzialności karnej, który jest warunkiem *sine qua non* spełniania przez prawo karne jego podstawowych funkcji.

¹⁸⁵⁵ Odstraszający sens publicznej kary (okrutnej, co było dla czytelnika zrozumiałe samo przez się bez potrzeby werbalizacji, zwłaszcza wobec towarzyszących tekstowi ilustracji) konsekwentnie podkreślał Carpoz w dziele *Practica nova rerum criminalium* (zob. J. Makarewicz, *Prawo karne w Katowicach*, GSW 1937, nr 6, s. 83-84).

¹⁸⁵⁶ E. Jara, *Ogólna...*, op. cit., s. 222.

¹⁸⁵⁷ Jak uważał J. Makarewicz, właśnie stąd brało się powszechne występowanie w różnych kulturach ukamienowania: w braku innej broni na miejscu dokonania zemsty z reguły były dostępne kamienie. W zależności od sytuacji uśmiercenie przestępcy mogło nastąpić poprzez związanie i wrzucenie do wody, zrzucenie go ze skały, spalenie w domu, w którym się zaryglował itp. (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 237-239).

¹⁸⁵⁸ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 239.

silnie uwarunkowana biologicznie, skłonność do odwzajemnienia negatywnego wraz z wbudowanymi w naturę ludzką podstawowymi intuicjami sprawiedliwościowymi prowadzącymi do odzwierciedlenia w odwecie wagi i rodzaju występku, a także jego miarkowania, tak by przypadki podobnych naruszeń były karane w podobny sposób. Bez wątplenia jednym z najbardziej pierwotnych przejawów obiektywizacji odpowiedzialności karnej był talion, który uważam, o czym już wspominałem, raczej za przejaw oddziaływania naturalnych instynktów zapisanych w umyśle człowieka, niż – jak to się najczęściej przyjmuje – innowację kulturową wykształconą dopiero na pewnym, zaawansowanym już, etapie rozwoju cywilizacyjnego. W każdym razie, wrodzone intuicje dotyczące sprawiedliwości wyrównawczej niewątpliwie miały zasadniczy wpływ na rozwój zemsty społecznej, a poprzez to na wykształcenie się płaszczyzny karalności. Skłaniały bowiem do poszukiwania standardu istotnego podobieństwa pozwalającego grupować i różnicować naruszenia reguł społecznych według powszechnie akceptowanych kryteriów oraz traktować (karać) tak wyodrębnione grupy przypadków w jednakowy sposób.

Wielokrotnie podkreślano, że pragmatyczna (wpływająca) funkcja normy nie może być spełniana bez minimalnego poziomu jej sprecyzowania, pozwalającego przewidywać, jakie zachowanie będzie w określonych warunkach obowiązkowe i jakie będą konsekwencje nie zastosowania się do nakazu. To minimum obiektywizacji musi odnosić się zatem nie tylko do samego wzoru zachowania nakazanego, ale także do tego, jakie zachowanie, w jakich warunkach i w jaki sposób zostanie ukarane. Służy więc realizacji nie tylko funkcji gwarancyjnej, ale także funkcji ochronnej. Nieskrępowana ograniczeniami wynikającymi z nakazu uprzedniej rozpoznawalności przestępstwa i przewidywalności reakcji karnej, „sprężysta akcja przeciwko przestępczości”, wbrew oczekiwaniom zwolenników koncepcji ochrony społecznej¹⁸⁵⁹, w rzeczywistości nie przyczynia się do ochrony wartości społecznych, ale ochronie tej wręcz szkodzi.

J. Bentham uważał, że kara jest bezużyteczna, jeżeli nie wynika z wcześniejszego, prawidłowo ogłoszonego przepisu, który mógł oddziaływać na przyszłe zachowania¹⁸⁶⁰. Ma ona bowiem stanowić bodziec wywierający wpływ na zachowanie człowieka, który racjonalnie dążąc do maksymalizacji szczęścia i minimalizacji cierpienia, będzie brał ryzyko jej poniesienia pod uwagę przy wyborze własnego zachowania. Ogólny kierunek tej myśli jest niewątpliwie słuszny, z tym że współczesna wiedza o człowieku wskazuje,

¹⁸⁵⁹ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 106.

¹⁸⁶⁰ Zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 71-72.

że oddziaływanie zagrożenia karą na procesy motywacyjne jest znacznie bardziej złożone, niż przewidywał to Bentham. Kluczowy w nim jest bowiem udział emocji, a przebiega ono w dużej mierze w ramach procesów pozaświadomych. Na analogicznych, choć bardziej elastycznych, jeżeli chodzi o mechanizm oddziaływania, założeniach oparta była teoria kary A. Feuerbacha (teoria przymusu psychologicznego), w myśl której znana potencjalnemu sprawcy z wyprzedzeniem, realna i nieuchronna kara, jest skutecznym bodźcem powstrzymującym go od dokonania czynu¹⁸⁶¹. Egzekucja kary ma z tego punktu widzenia służyć przede wszystkim umacnianiu w społeczeństwie przekonania o nieuchronnym zagrożeniu określonego czynu przestępnego, i tylko takiego czynu (*nulla poena sine crimine*), przewidzianą z góry (*nulla poena sine lege*), przypisaną do niego karą (*nullum crimen sine poena legali*)¹⁸⁶². W przypadku przestępstw nieumyślnych to motywowanie za pomocą zagrożenia karnego skierowane jest na dotrzymywanie zasad ostrożnego postępowania z dobrami prawnymi¹⁸⁶³.

Ochronna funkcja płaszczyzny karalności dostrzegana jest także we współczesnej nauce prawa karnego, np. K. Buchała zwracał uwagę na to, że typ czynu zabronionego „wyznacza (...) zachowanie zakazane (nakazane), a pośrednio określa to, co jest dozwolone. Określa również negatywny wzorzec (model) zachowania, od którego obywatele winni się powstrzymywać. Pełni więc funkcję prewencyjną (prewencja ogólna pozytywna)”¹⁸⁶⁴. Takie działanie jest możliwe dzięki funkcji kontrastującej (selekcyjnej) zasady określoności czynu karalnego, polegającej na tym, że wyklucza ona z kręgu czynów zabronionych pod groźbą kary wszystkie te zachowania ludzkie, które w stosunku do czynów karalnych wykazują cechy kontrastujące¹⁸⁶⁵. Ta dopełniająca rzeczywistość złożona jest nie tylko z czynów niebezprawnych – zarówno wprost przez prawo dozwolonych (tzw. dozwolenie mocne), jak i z punktu widzenia systemu prawnego indyferentnych (tzw. dozwolenie słabe) – ale także z czynów bezprawnych, nie będących jednakże czynami karalnymi.

Eksponując związek zasady (ustawowej) określoności czynu z funkcją ochronną prawa karnego nie podważam oczywiście w żadnej mierze znaczenia zasady *nullum crimen sine lege* dla realizacji funkcji gwarancyjnej¹⁸⁶⁶. Nie bez przyczyny w nauce prawa karnego

¹⁸⁶¹ Zob. ibidem, s. 80.

¹⁸⁶² Zob. ibidem, s. 81-82.

¹⁸⁶³ Tzw. teoria upomnienia (zob. R. Hube, *Ogólne...*, op. cit., s. 198-199; zob. też K. Buchała, A. Zoll, *W stu pięćdziesiątą rocznicę śmierci Paula Johana Anselma Feuerbacha*, PiP 1983, z. 12, s. 32).

¹⁸⁶⁴ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 196.

¹⁸⁶⁵ Zob. W. Wolter, *Kumulatywny...*, op. cit., s. 39.

¹⁸⁶⁶ Jak trafnie zauważył F. Liszt ustawa jest tym, co zapobiega zastąpieniu „indywidualnego zawinienia” przez „społeczne niebezpieczeństwo sprawcy” (F. v. Liszt, *Lehrbuch...* [1900], op. cit., s. 66).

powszechne jest postrzeganie typu czynu jako wzorca (modelu) służącego właśnie realizacji funkcji gwarancyjnej¹⁸⁶⁷, a K. Engisch wśród kilku znaczeń pojęcia *Tatbestandu* wyróżnił m. in. „gwarancyjną istotę czynu” (*Garantietatbestand*), która na podstawie zasady *nullum crimen sine lege* obejmuje wszystkie te znamiona przestępstwa, które wymagają ustawowego określenia¹⁸⁶⁸. Istotne jest jednak to, że funkcja ochronna i funkcja gwarancyjna, wbrew pozorom, nie są przeciwstawnymi sobie kierunkami oddziaływania prawa karnego, ale w istocie rzeczy współgrają ze sobą, składając się na kompleksowy i wielowymiarowy system ochrony stosunków społecznych oraz ich uczestników¹⁸⁶⁹.

Kara, co eksponowali już J. Bentham i C. Beccaria¹⁸⁷⁰, zawsze „jest złem, czynionym jednostce, nałożoną na kogoś szkodą”¹⁸⁷¹. Jej dolegliwość może polegać na pozbawieniu najistotniejszych dóbr, takich jak wartości majątkowe, wolność lub nawet życie, a jednocześnie zawsze wiąże się z publicznym potępieniem i wynikającą z niego degradacją w hierarchii społecznej, mającą wymierny wpływ na szanse w rywalizacji o sukces określany kategoriami darwinowskimi. Z tego względu przewidywalność konsekwencji własnego zachowania jest dużo ważniejsza w przypadku zagrożenia reakcją karną, aniżeli w przypadku naruszania zakazów sankcjonowanych bardziej łagodnymi środkami (np. cywilnoprawnymi). Nadmierna albo niedostatecznie zobiektywizowana kryminalizacja w ostatecznym rozrachunku bez wątpienia przyniesie więcej szkody niż pożytku. Właśnie dlatego prawo karne to *ultima ratio* w instrumentarium rozwiązywania problemów społecznych, a kryminalizacja musi opierać się nie tylko na zasadach subsydiarności i proporcjonalności¹⁸⁷², ale także definiowalności zakazu karnego, która nakazuje by typizacji czynu zabronionego dokonywać w sposób jak najbardziej precyzyjny. Bez jej przestrzegania nie jest możliwe spełnienie przez prawo karne żadnej z jego funkcji¹⁸⁷³.

Typizacja, będąc formą komunikatu kierowanego do społeczeństwa o tym, co jest zakazane pod groźbą kary spełnia funkcję informacyjną (ostrzegawczą), a przy tym obiektywizuje odpowiedzialność karną wprowadzając do niej przewidywalność. Dodatkowo spełnia funkcję porządkującą, pozwalając klasyfikować czyny karalne, w ten sposób, że dostarcza standardu istotnego podobieństwa oraz narzędzia do sprawnego

¹⁸⁶⁷ M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 43.

¹⁸⁶⁸ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 215.

¹⁸⁶⁹ Zwrócił na to uwagę A. Zoll podkreślając, że nie można przeciwstawiać sobie zasady subsydiarności oraz zasady ochronnej, nie są one bowiem rozłączne, ale się przenikają (zob. A. Zoll [w:] *Zapis dyskusji...*, op. cit., s. 76).

¹⁸⁷⁰ Zob. L. Lernell, *Podstawy...*, op. cit., s. 261.

¹⁸⁷¹ H. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig 1888; cyt. za: J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 90.

¹⁸⁷² Zob. L. Gardocki, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 109 i nast.

¹⁸⁷³ Zob. ibidem, s. 149 i nast.

operowania tym standardem w postaci jednolitego systemu oznaczania typów za pomocą liczb artykułów i paragrafów¹⁸⁷⁴.

Przy bilansowaniu zysków i strat związanych z wprowadzeniem karalności określonej kategorii zachowań trzeba mieć na względzie kilka warstw negatywnego oddziaływania nieproporcjonalnej kryminalizacji. Po pierwsze nadmierna, nieadekwatna do potrzeb surowość kary jest, o czym już kilkakrotnie wspomniano, przeciwnie skuteczna, stając się działaniem antyprewencyjnym, zarówno w sensie generalnym¹⁸⁷⁵, jak i indywidualnym. Nie prowadzi bowiem do afirmacji chronionych wartości społecznych, ale deprecjonuje je w zestawieniu z wymierzoną dolegliwością, która odczuwana jest jako krzywda, a nie sprawiedliwa odpłata. Nie można też oczywiście pominąć strat społecznych wynikających z niszczącego charakteru samej kary. Ich skala różni się w zależności od rodzaju dolegliwości, w każdym jednak przypadku wymierzenie kary unicestwienia albo w mniejszym lub większym stopniu ogranicza społeczną użyteczność jednostki. Destrukcyjny potencjał ma samo wpisane w istotę kary potępienie, stawia ono bowiem sprawców przestępstw poza nawiasem społeczeństwa i skłania do tworzenia antyspołecznych subkultur, z ich opozycyjnym wobec wartości ogólnospołecznych systemem normatywnym¹⁸⁷⁶.

Wszystkie te straty społeczne związane z represją karną są już dość dobrze rozpoznane, zwłaszcza przez kryminologię. Znacznie mniej uświadomione, a równie istotne, są negatywne konsekwencje, jakie nadmierny nacisk na prawnokarną ochronę może wywoływać w postawie adresatów względem samych dóbr prawnych chronionych przez normę sankcjonującą. Hiperkryminalizacja życia społecznego rodzi postawy asekuranckie, prowadzi do pasywności społecznej, a tymczasem – co podkreślał H. Welzel – życie zbiorowe to nie wizyta w muzeum dóbr prawnych, ale dynamiczny obrót nimi, obciążanie ich ryzykiem w celu ich utrzymania i pomnażania. A. Zoll zwrócił uwagę na fakt, że zachowania wywołujące zagrożenie dla dóbr stanowiących wartość społeczną poniżej pewnej abstrakcyjnie wyznaczonej granicy są generalnie uznawane za czyny legalne, nawet jeżeli w ich wyniku doszło do naruszenia dobra¹⁸⁷⁷. To niewątpliwie słuszne spostrzeżenie trzeba uzupełnić wskazując, że z tych samych przyczyn społeczeństwo dla szeregu dóbr prawnych wytyczało jeszcze jedną granicę, poniżej której zachowania zagrażające tym dobrom,

¹⁸⁷⁴ Na temat funkcji typizacji zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 210-211.

¹⁸⁷⁵ Na co również zwracał uwagę J. Bentham, zalecając by zarówno prawodawca, jak i sąd liczyli się z aprobatą, jaką lud daje karze (zob. L. Lernell, *Podstawy...*, op. cit., s. 396).

¹⁸⁷⁶ Zob. na ten temat: S. Ehrlich, *Wiążące...*, op. cit., s. 326-331.

¹⁸⁷⁷ A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 97.

choć już nie są społecznie akceptowane jako nadmiernie ryzykowne i wiążą się z odpowiedzialnością prawną innego rodzaju niż kara kryminalna (np. odszkodowawczą), to jednak nie są karalne. Zbyt ni rygoryzm ustawodawcy wpływa ujemnie nie tylko na system dóbr prawnych jako całość, ale – zwłaszcza w przypadku przestępstw nieumyślnych – może oddziaływać negatywnie także na to konkretne dobro, którego ochronie kryminalizacja miała właśnie służyć. Działania podejmowane dla ratowania, zabezpieczenia lub rozwijania dobra prawnego często wiążą się z narażeniem go na ryzyko w przypadku błędu. Paradigmatyczny charakter mają tu zwłaszcza zabiegi lecznicze, ale podobne problemy wiążą się też z procesem gospodarowania czy inwestowania, sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości, czy ogólnie wykonywaniem władzy publicznej itp. Każda z tych dziedzin ma swoją specyfikę, natomiast łączy je to, że z uwagi na znaczny poziom komplikacji ich przedmiotów oraz konieczność podejmowania decyzji pomimo niepełnej wiedzy o towarzyszących jej okolicznościach ryzyko błędu jest znaczne. Kryminalizacja wszelkich niepowodzeń, których konsekwencją jest uszczerbek dla dobra prawnego, prowadzi do szeregu negatywnych zjawisk¹⁸⁷⁸, których paradoksalną konsekwencją jest zmniejszenie poziomu rzeczywistej ochrony danego dobra¹⁸⁷⁹. Nie ma więc realnej kolizji pomiędzy funkcją ochronną a gwarancyjną prawa karnego, zaś miejscem, w którym funkcje te się zbiegają jest właśnie określoność czynu karalnego, dzięki której ustawa karna stanowi kartę wolności chroniącą jednostkę przed naruszeniem jej godności w wyniku arbitralnego i nieprzewidywalnego wymierzenia potępiającej dolegliwości w imię, tak czy inaczej, definiowanego interesu społecznego.

Według K. Bindinga przeznaczeniem prawa jest zapewnienie i zabezpieczenie ludzkiej wolności w możliwie największym zakresie¹⁸⁸⁰. Ten pogląd silnie konweniuję z ewolucyjną perspektywą na zjawisko prawa. Choć nader często prawo było i nadal bywa wykorzystywane

¹⁸⁷⁸ Takich jak np. paraliż decyzyjny, upowszechnianie się postaw asekuranckich i kunktatorskich oraz tendencji do koncentrowania się na biurokratycznym dokumentowaniu podjętych środków ostrożności, zamiast na realizacji faktycznych zadań, eliminowanie kwalifikowanych pracowników skazanych za popełnienie przestępstwa, czy w końcu pozbawienie zawodu prestiżu i atrakcyjności ze względu na nadmierne ryzyko związane z jego wykonywaniem, a w konsekwencji ograniczenie dopływu do niego osób odpowiednio utalentowanych i ambitnych (doskonałym przykładem paradoksalnych konsekwencji, do jakich prowadzi zarządzanie ludźmi za pomocą drastycznych, arbitralnych represji są okoliczności śmierci Stalina – zob. J. Rubenstein, *Jak wyglądały ostatnie chwile Stalina*, publikacja dostępna online pod adresem: <https://newsweek.pl/wiedza/historia/jozef-stalin-smierc-i-ostatnie-chwile-przywodcy-zrss/3fpw7rq> [data dostępu 31 sierpnia 2021 r.]).

¹⁸⁷⁹ Na gruncie różnych dziedzin ludzkiej działalności praktycznej (np. medycyny czy lotnictwa) coraz częściej dostrzega się, że optymalnym dla ograniczenia zagrożeń rozwiązaniem jest zastąpienie kryminalizacji czynów nieumyślnych modelem *no-fault*, który jest nastawiony na doskonalenie metod ochrony dobra i w tym celu zachęca do raportowania własnych błędów, gwarantując ich bezkarność.

¹⁸⁸⁰ K. Binding, *Die Normen...* [1916], op. cit., s. 39; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 52.

do ograniczania ludzkiej wolności i naruszania godności człowieka, to jednak „ideałem”, w kierunku którego zmierza jego rozwój bez wątpienia jest ochrona jednostki. Ten wektor wyznaczony jest przez sam mechanizm doboru naturalnego: ponieważ w społecznych grach niezerowych uczestniczą istoty wyposażone w adaptacje służące realizacji własnych interesów darwinowskich, takie jak poczucie godności, potrzeba wolności itp., to największą korzyść dla społeczeństwa i afirmowanych przez nie wartości zapewnia taki system normatywny, który w największym możliwym w danych warunkach stopniu chroni wolność jednostki i harmonizuje jej relacje z innymi jednostkami i społeczeństwem jako całością. Jest to szczególnie ważne w przypadku prawa karnego, które z jednej strony swoją represją chronić ma najważniejsze interesy indywidualne i zbiorowe, z drugiej zaś jego ostrze stanowi najgłębszą ingerencję w najbardziej podstawowe dobra jednostki.

Podstawową funkcją płaszczyzny karalności w strukturze przestępstwa jest wobec tego obiektywizacja odpowiedzialności, zapewnienie by zarówno samo ukaranie, jak i rodzaj kary były możliwe do przewidzenia przed popełnieniem czynu. Z punktu widzenia funkcji ochronnej prawa karnego jest to obiektywizacja pozytywna, określa bowiem przypadki, w których naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym spotka się z określoną reakcją karną, zaś z punktu widzenia funkcji gwarancyjnej obiektywizacja negatywna – dopełnieniem sumy zakresów wszystkich czynów karalnych jest sfera zagwarantowanej wolności od kary, w ramach której ludzie mogą korzystać z dóbr prawnych, w sposób stwarzający dla nich zagrożenie, a nawet zużywać je lub niszczyć, bez ryzyka poniesienia odpowiedzialności karnej.

4.3. Określoność czynu karalnego – rys prawnoporównawczy i historyczny

Wbrew częstym wyobrażeniom określoność czynu karalnego nie datuje się od czasów wynalezienia w XVIII w. zasady *nullum crimen sine lege*. Dla Triobriandczyka, który zdecydował się naruszyć tabu na ciele wodza, podobnie jak sprawców zgwałcenia lub rabunku poddanych osądowi XII-wiecznych sądów przysięgłych w Calrendon czy Northampton, konsekwencje takiego działania były *ex ante* przewidywalne w stopniu niewątpliwie nie mniejszym, niż to wynika z kryminalizacji kradzieży czy zabójstwa we współczesnych kodeksach karnych.

Bez ustawowej określoności czynu zabronionego radzą sobie właściwie do dzisiaj systemy prawne kultury *common law*¹⁸⁸¹, gdzie nie doszło do radykalnych przemian systemu prawnego, które w kontynentalnej części Europy dokonały się najpierw pod wpływem recepcji prawa rzymskiego, a następnie oddziaływania myśli Oświecenia¹⁸⁸². W konsekwencji brak jest tam kodyfikacji prawa karnego¹⁸⁸³. Z natury rzeczy w systemie prawa tworzonego przez precedensy najpierw następuje czyn stanowiący podstawę postępowania sądowego, a dopiero w orzeczeniu wydanym w tym postępowaniu rozstrzygana jest kwestia karalności tego czynu. W związku z tym wątpliwe jest, czy w systemie *common law* można w ogóle mówić o obowiązywaniu zasady określoności czynu zabronionego, jak również – ściśle z nią powiązanego – zakazu retroakcji¹⁸⁸⁴. Pomimo, że ta indukcyjna, precedensowa specyfika prawa kultury *common law* wykazuje daleko idącą odrębność w stosunku do znanego nam kodyfikacyjnego modelu prawa typu kontynentalnego, nie budzi jednak wątpliwości, że ściganie przestępstw w tych krajach nie polega na przypadkowym i chaotycznym odwiecie *a casu ad casum*, ale ma charakter zobiektywizowany i przewidywalny.

Próby rozwiązania tej antynomii, dostrzegalnej w pierwszym oglądzie systemu prawa precedensowego, odnaleźć można w samej anglosaskiej jurysprudencji. Wspomnieć trzeba tu zwłaszcza o doktrynie „cienkiego lodu” (*thin-ice principle*), zgodnie z którą tak, jak ktoś, kto wchodzi na cienki lód, musi liczyć się z niebezpieczeństwem wpadnięcia do wody, tak ten, kto podejmuje działania blisko „granicy” przestępstwa, musi liczyć się z tym,

¹⁸⁸¹ Kultura *common law* ukształtowała się w Anglii, a wraz z rozwojem Imperium Brytyjskiego, objęła około jednej trzeciej ludzkości. Obecnie, obok Wielkiej Brytanii, współistnieje w USA, Indiach, Australii, Nowej Zelandii, a także w wielu państwach afrykańskich (R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 150 i 153; zob. też S. Frankowski, *Anglia...*, op. cit., s. 287-288).

¹⁸⁸² Zob. J. Bojarski, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości Anglii i Walii*, op. cit., s. 309.

¹⁸⁸³ Zob. ibidem, s. 310. Oczywiście należy pamiętać, że prawo anglosaskie również ulega powolnym przemianom, podążając z duchem czasu. Na przykład od XIX w. dominująca rolę, jeżeli chodzi o tworzenie norm prawa karnego, uzyskał w Anglii Parlament, zaś sądy obecnie nie mogą już kreować nowych przestępstw, zachowały jednak istotną rolę w dookreślaniu ich znamion, w konsekwencji czego decydują o penalizacji lub depenalizacji na obrzeżach typów czynów zabronionych (zob. ibidem, s. 312; S. Frankowski, *Anglia...*, op. cit., s. 282; zob. też A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 72-73). W taki właśnie sposób wprowadzono na przykład penalizację zgwałcenia dokonanego przez męża pokrzywdzonej (zob. J. Bojarski, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości Anglii i Walii*, op. cit., s. 312). Trzeba też mieć na uwadze różnice pomiędzy prawem brytyjskim i amerykańskim. To pierwsze, dzięki długotrwałemu rozwojowi, jest bardziej stabilne i bliższe paradygmatowi kontynentalnemu, z jego formalistycznym postrzeganiem roli sędziego, jako wykonawcy prawa, podczas gdy w Stanach Zjednoczonych żywa jest koncepcja sędziego-prawotwórcy (zob. K. Opalek, *Problemy metodologiczne...*, op. cit., s. 301-302). Z drugiej strony, w ślad za konstytucjami niektórych stanów (np. Wiginii czy Maryland) do Konstytucji Stanów Zjednoczonych wprowadzono klauzulę *ex post facto law* (w tekście pierwotnym), zakazującą retroaktywnego ustanawiania norm prawnokarnych, oraz klauzulę *due process of law* (w Piątej Poprawce z 1791 r. oraz Czternastej Poprawce z 1868 r.), która w późniejszym orzecznictwie Sądu Najwyższego jest interpretowana jako zakaz retroakcji w drodze prawotwórstwa sądowego (zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 73-75).

¹⁸⁸⁴ J. Bojarski, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości Anglii i Walii*, op. cit., s. 313.

że zostanie pociągnięty do odpowiedzialności karnej¹⁸⁸⁵. Jedną z zasad formułowanych w doktrynie i orzecznictwie angielsko-walijskiego prawa karnego jest zasada legalizmu, rozumiana tam jako postulat, by przestępstwo stanowił tylko czyn dokładnie określony¹⁸⁸⁶, zaś prawo zakazujące pewnych zachowań musi być możliwe do przestrzegania i znane społeczeństwu¹⁸⁸⁷. Powiązana z nią jest zasada odpowiedniego nazwania przestępstwa, tak by bardziej odnosiło się ono do zachowania sprawcy, niż jego konsekwencji po stronie pokrzywdzonego. Jej spełnienie służy ściślejszemu określeniu zakazanego zachowania¹⁸⁸⁸. Inną uznawaną zasadą jest wymóg minimalnej kryminalizacji, zgodnie z którą można uznać pewne czyny za przestępstwa tylko wtedy, kiedy jest to absolutnie niezbędne. Uzasadnia się to tym, że jeżeli penalizacja następuje w zbyt wielu przypadkach, zamazany zostaje społeczny przekaz prawa karnego, polegający na wskazywaniu, które czyny nie tylko są społecznie szkodliwe, ale również, że są szkodliwe w stopniu uzasadniającym konieczność stosowania kar kryminalnych w przypadku ich dokonania¹⁸⁸⁹. Słusznie zwraca się uwagę na fakt, że kontrastująca funkcja typizacji wymaga umiaru w kryminalizacji oraz jej osadzenia w kontekście materialnym¹⁸⁹⁰. Określoność czynu karalnego traci bowiem swoją komunikacyjną (informacyjną) efektywność w sytuacji, gdy dochodzi do rozejścia się przestępstwa „prawniczego” z wewnętrznym punktem widzenia społeczeństwa jako adresata norm prawa karnego. By reakcja karna spełniała swoją rolę ultymatywnego narzędzia regulacji społecznej musi pozostać wyjątkiem uzasadnionym szczególnym poziomem bezprawia czynów ją wywołujących.

Analizując problem określoności czynu karalnego w krajach kultury prawnej *common law* trzeba pamiętać, że wykształcone w XII w. na Wyspach Brytyjskich prawo powszechne (*common law*, *lex communis*) nie miało swoich odpowiedników na kontynencie,

¹⁸⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁸⁶ Postulat ten rozwinął się na gruncie systemu amerykańskiego w doktrynę *void for vagueness*, zgodnie z którą sądy kontrolują, czy na podstawie statutu karnego możliwe jest ustalenie wzoru zakazanego zachowania, a w przypadku, gdy przepis jest na tyle niejasny, że nie może służyć dla przeciętnego obywatela za informację, za jaki czyn może spotkać go kara, odmawiają jego zastosowania w konkretnej sprawie z uwagi na jego niestosowalność (*unenforcible statute*) i niezgodność z klauzulą *due proces of law*. Możliwe jest też uznanie statutu za nieważny (zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 149-151 oraz literatura i orzeczenia tam powołane).

¹⁸⁸⁷ J. Bojarski, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości Anglii i Walii*, op. cit., s. 310-311. Wymogi te wywodzi się z podstawowej zasady rządów prawa (*rule of law*), oznaczającej nadrzędność w systemie ustrojowym państwa prawa mającego takie cechy, że ludzie mogą być mu posłuszni, kierując się nim jako wskazówką postępowania. Z tak rozumianej zasady rządów prawa wyprowadza się dalsze zasady: perspektywności, jawności i jasności prawa (A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 149-150 i 194-195).

¹⁸⁸⁸ J. Bojarski, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości Anglii i Walii*, op. cit., s. 311-312.

¹⁸⁸⁹ Ibidem, s. 311.

¹⁸⁹⁰ W związku z tym mówi się o zasadzie sprawiedliwej typizacji (*fair labelling*), która wymaga zapewnienia zgodności kryminalizacji ze społecznym poczuciem moralnym (zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 282-283 i literatura tam powołana).

gdzie bardzo długo utrzymywał się partykularyzm prawa zwyczajowego¹⁸⁹¹. W XII w. droga do wynalezienia kodyfikacji we współczesnym tego słowa znaczeniu, będącej warunkiem *sine qua non* zasady *nullum crimen sine lege*, była jeszcze bardzo daleka, a wykształcona w ówczesnym prawie angielskim zasada wiążącego charakteru precedensów, wymagająca analogicznego rozstrzygania spraw tej samej kategorii co precedensowa, służyła zwiększeniu ciągłości, trwałości, pewności i przewidywalności prawa. Angielska kultura *common law* mocno podkreślała ciągłość, a nie zmienność prawa, a przy tym już od XIII w. prawo powszechne stało się prawem pisanym (przez sędziów wyjaśniających przesłanki i motywy wydanych orzeczeń w tzw. *reports*)¹⁸⁹².

Potrzebę obiektywizacji (przewidywalności) wymiaru sprawiedliwości, tak by rozstrzygnięcie następowało na mocy prawa, a nie samowoli sędziego, może zaspokajać prawo zwyczajowe, zwłaszcza takie, które utrwalone jest długą praktyką użycia i usankcjonowane autorytetem monarchy lub sankcją nadprzyrodzoną¹⁸⁹³. Nie można pominąć roli właśnie elementu sakralnego w prawie karnym, który na wczesnym etapie jego rozwoju zapewniał niezbędne spoiwo, będąc źródłem wspólnych przeżyć powinnościowych, uzupełniając katalog niedoskonałych i niewystarczająco regularnie stosowanych sankcji doczesnych o sankcje nadprzyrodzone (immanentne i pośmiertne), czy w końcu wprowadzając zewnętrzny układ odniesienia dla oceny poczynąń władzy, który stanowił funkcjonalny archetyp rządów prawa¹⁸⁹⁴. Jak wskazuje przytaczany wcześniej przykład nieudanych prób recepcji prawa europejskiego w społeczeństwach Afryki Czarnej, taki tradycyjny mechanizm prawny może być z wewnętrznego punktu widzenia adresatów norm znacznie bardziej przewidywalny i obiektywny, aniżeli narzucane w sposób sztuczny obce narzędzia normatywne, które choć obiektywnie niewątpliwie są znacznie bardziej zaawansowane, to jednak nie przystają do miejscowych realiów.

Prawo, podobnie jak cały ład społeczny, kształtowało się początkowo jako wytwór rozproszonej aktywności społecznej, wyłaniając się spontanicznie z tysięcy interakcji jednostek, które eksperymentowały z regułami, a wynikiem tego ewolucyjnego procesu było ustalenie się reguł dających społeczną korzyść i obumarcie tych, które okazały się

¹⁸⁹¹ Na przykład we Francji do XVI w., a w Niemczech jeszcze dłużej, bo aż do wieku XIX (zob. R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 150-151).

¹⁸⁹² R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 152-153.

¹⁸⁹³ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 13-14; idem, *Podstawowe...*, op. cit., s. 211.

¹⁸⁹⁴ Na temat rozwoju idei rządów prawa zob. F. Fukuyama, *Historia...*, op. cit., s. 279-296.

nieefektywne¹⁸⁹⁵. Jednostki nauczyły się przestrzegać reguł zachowania, a przede wszystkim egzekwować ich przestrzeganie, na długo nie tylko przed powstaniem prawodawstwa jako działalności polegającej na świadomym ustanawianiu nowych reguł, ale nawet przed tym, gdy stało się możliwe ujęcie istniejących reguł w słowa¹⁸⁹⁶.

W systemie *common law* wyobrażenie o odwiecznych zwyczajach i praktykach umożliwia sądom orzekanie, jakie jest prawo, bez narażania się zbytnio na zarzut arbitralności, choćby w praktyce oznaczało to tworzenie nowych norm¹⁸⁹⁷. Cały zaś system prawa powstaje nie w drodze konstruktywistycznej decyzji prawodawczej, ale w wyniku rozproszonego procesu nawarstwiania się jednostkowych rozstrzygnięć konkretnych spraw wydawanych przez niezliczoną rzeszę sędziów na przestrzeni długiego czasu¹⁸⁹⁸. Co do zasady podobnie, choć oczywiście bez tak wyrazistego udziału sądów¹⁸⁹⁹, kształtowało się prawo we wczesnym średniowieczu na kontynencie europejskim, gdzie pierwotnie rozumiano je jako odwieczny zwyczaj ludu, który nie został stworzony przez żadnego króla, lecz był krajobrazem, w którym ten miał się poruszać¹⁹⁰⁰. Ten tradycyjny mechanizm obiektywizacji odpowiedzialności został znacznie udoskonalony w okresie późnego średniowiecza wraz z włączeniem do niego technologii pisma. Miało to miejsce nie tylko na obszarze kształtowania się kultury prawnej *common law*, gdzie – jak już wspomniano – kluczową rolę odegrały pisemne uzasadnienia wyroków sądowych, ale także na kontynencie, gdzie pierwszorzędne znaczenie miał proces zastępowania prawa zwyczajowego prawem stanowionym¹⁹⁰¹, a istotną rolę odegrał tu również utrwalany na piśmie dorobek nauki prawa¹⁹⁰².

Odmienność przebiegu i wyników ewolucji prawa anglosaskiego oraz kontynentalnego najczęściej tłumaczy się specyfiką społeczno-gospodarczego rozwoju Anglii.

¹⁸⁹⁵ Zob. F.A. Hayek, *Law...*, op. cit., s. 72-85; idem, *The Use of Knowledge in Society*, „American Economic Review” 1945, Vol. 35, No. 4, s. 519-530.

¹⁸⁹⁶ F.A. Hayek, *Law...*, op. cit., s. 72-74.

¹⁸⁹⁷ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 13-14; idem, *Podstawowe...*, op. cit., s. 211.

¹⁸⁹⁸ Zob. F.A. Hayek, *Law...*, op. cit., s. 85.

¹⁸⁹⁹ Jak trafnie zauważył J. Makarewicz, ponieważ w prawie zwyczajowym nie ma zasad, a jedynie precedensy i zwyczaje o charakterze faktycznym, to z samej natury takiego porządku prawnego sędzia musi spełniać w nim rolę prawotwórczą, niezależnie od tego, czy jest to rzymski pretor lub cenzor, czy angielski sędzia w systemie *common law*. Na wcześniejszych etapach rozwoju prawa zwyczajowego funkcja jurysdykcyjna i prawodawcza z reguły całkowicie się ze sobą stapiały (J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 98).

¹⁹⁰⁰ J.M. Kelly, *Historia...*, op. cit., s. 122.

¹⁹⁰¹ Należy pamiętać, że pojęcie prawa stanowionego jest szersze aniżeli prawa pisanego, to pierwsze nie musi bowiem być prawem pisanym (zob. S. Grzybowski, *Dzieje...*, op. cit., s. 12; zob. także E. Jara, *Ogólna...*, op. cit., s. 221).

¹⁹⁰² Tradycja ta, zapoczątkowana przez glosatorów i postglosatorów, kontynuowana była przez XVI- i XVII-wiecznych karnistów niemieckich, np. Carpzo, których podręczniki, zawierające opisy prawa zwyczajowego, służyły sądom za źródło poznawania prawa (zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 14; zob. też K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 354).

Wymienia się np. takie czynniki, jak wzmocnienie władzy królewskiej za Tudorów, proces centralizacji państwa, wzrost siły mieszczaństwa, rolę handlu i przemysłu, a następnie przemiany epoki rewolucyjnej burżuazyjnej¹⁹⁰³. Nie podważając ich znaczenia podkreślić trzeba, że niezwykle istotny był niewątpliwie także sam fakt ujednolicenia i ustabilizowania prawa zwyczajowego przez działalność orzeczniczą sądów angielskich. Początkowo konstrukcja systemu prawnego na Wyspach Brytyjskich w istotnych elementach nie odbiegała od stosunków panujących na kontynencie: już pierwsi władcy dynastii normandzkiej rozwinęli działalność legislacyjną, powstawały też – skądinąd wcześniej niż w Europie kontynentalnej – prywatne kompilacje prawa¹⁹⁰⁴. Tym, co miało zasadniczy wpływ na dalszy rozwój prawa angielskiego, było powstanie sądów królewskich, które wyłoniły się z kurii królewskiej i na podstawie fikcji, że działają w zastępstwie króla, uważały się za kompetentne w niemal wszystkich sprawach¹⁹⁰⁵. Dzięki działalności sądów królewskich, w tym sądu kanclerskiego, który orzekał według zasad słuszności, doszło do wykształcenia się prawa powszechnego, które było jednolite, przewidywalne i dobrze dostosowane do stosunków społecznych i gospodarczych¹⁹⁰⁶. Powstanie prawa powszechnego nie było więc kolejnym etapem rozwoju prawa zwyczajowego, ale zjawiskiem zupełnie nowym, wynikającym z przejścia kontroli nad jego kształtowaniem się przez silne, scentralizowane państwo, dysponujące do tego odpowiednimi argumentami ideologicznymi pozwalającymi na internalizację przez społeczeństwo nowego porządku prawnego, który stopniowo zaczął wypierać tradycyjne regulacje¹⁹⁰⁷. Społeczną akceptację tego porządku bez wątpienia wzmacniało dopuszczenie obywateli do czynnego udziału w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości¹⁹⁰⁸ oraz zapoczątkowane przez Wielką Kartę Swobód silne nastawienie sądów na realizację idei przeciwdziałania arbitralnemu stosowaniu reakcji karnej¹⁹⁰⁹.

¹⁹⁰³ S. Salmonowicz, *Od XVI do XX w. Studia historyczne i historycznoprawne*, Toruń 2016, s. 52.

¹⁹⁰⁴ K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 168-170.

¹⁹⁰⁵ Ibidem, s. 196-198.

¹⁹⁰⁶ Ibidem, s. 201-202.

¹⁹⁰⁷ Istotną, wielowymiarową rolę odegrało tu również chrześcijaństwo, które burząc fundamenty plemiennych struktur społecznych i zastępując je koncepcją powszechnej wspólnoty opartej na wierze, dostarczyło transcendentnego układu odniesienia umożliwiającego „zewnątrzną” krytyczną ocenę tak władzy, jak i wykształconego spontanicznie prawa zwyczajowego (co znalazło wyraz w słowach, które papież Urban II skierował w 1092 roku do hrabiego Flandrii: „Twierdzisz, że dotąd trzymałeś się jedynie bardzo starego prawa ziemi? Wiedz jednak, że twój Stwórca rzekł: »Moje imię jest Prawda«. Nie powiedział: »Moje imię jest Obyczaj«). Z kolei ograniczenie władzy monarchy prawem boskim – rudymenarna postać rządów prawa – wzmocniło legitymację społeczną prawa tworzonego w jego imieniu przez aparat sądowniczy (bliżej na temat warunków, w jakich wykształcił się system *common law* zob. F. Fukuyama, *Historia...*, op. cit., s. 289-296).

¹⁹⁰⁸ Zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 48.

¹⁹⁰⁹ Zob. ibidem, s. 49.

Właśnie to było przyczyną odporności prawa angielskiego na wpływy prawodawstw obcych, w tym prawa rzymskiego¹⁹¹⁰.

Jak się wydaje, w tych uwarunkowaniach trzeba doszukiwać się również przyczyny, dla której na Wyspach Brytyjskich nie pojawiły się później korzystne warunki dla zasiania idei kodyfikacji¹⁹¹¹. W czasie, gdy wykształcały się tam zręby systemu prawnego, brak było jeszcze podstawowych zdobyczy cywilizacyjnych, bez których nie mogła ona powstać, a gdy te się ostatecznie pojawiły, angielski system prawny radził już sobie wystarczająco dobrze bez niej¹⁹¹². Jednym z praw rządzących ewolucją w najszerszym tego słowa znaczeniu jest to, że adaptacje nie wykształcają się jako zestawy zupełnie nowych cech, które całkowicie zastępują adaptacji dotychczasowe. Ewolucja przedstawia się raczej jako niekończące się nadbudowywanie nowych rozwiązań na tym, co sprawdzało się dotychczas. Ponieważ na Wyspach Brytyjskich w późnym średniowieczu wykształcił się system prawny, który wykazywał się wystarczającą jednolitością i stabilnością, a przy tym zawierał swoisty mechanizm „autoregeneracji”, wynikający z rozproszonego, ale nie arbitralnego, testowania zmian niezbędnych z uwagi na rozwój życia społecznego, dalsza ewolucja prawa angielskiego poszła w kierunku sukcesywnego nadbudowywania stanu dotychczasowego, a nie rewolucyjnych zmian jego podstaw.

Inaczej sytuacja przedstawiała się na kontynencie, gdzie brak było skutecznego narzędzia normatywnej regulacji społecznej aż do momentu pojawienia się innowacji kulturowych umożliwiających wynalezienie i realizację idei kodyfikacji wraz z zasadą ustawowej określoności czynu zabronionego.

Kontynentalna droga od prawa zwyczajowego do ustawy karnej spełniającej kryteria zasady *nullum crimen sine lege* była długa¹⁹¹³ i nader zawiła. Jej punktem wyjścia była niezwykle skomplikowana mozaika terytorialnych praw zwyczajowych¹⁹¹⁴ oraz pierwsze

¹⁹¹⁰ K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 201-202.

¹⁹¹¹ Paradoxem jest, że twórcą tego terminu oraz prekursorem naukowej refleksji nad techniką legislacyjną był Anglik J. Bentham. Wszelkie podejmowane przez niego próby praktycznego wdrożenia opracowanych założeń teoretycznych zakończyły się jednak fiaskiem (S. Salmonowicz, *Od XVI do XX w.*, op. cit., s. 44 i 52-53).

¹⁹¹² Organizacja sądów koronnych, która utrzymała się za czasów Edwarda III (połowa XIV w.), utrzymała się aż do reformy sądowej w 1873 r. (K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 198).

¹⁹¹³ Początki tego procesu sięgają IX w. (zob. S. Grzybowski, *Dzieje...*, op. cit., s. 104), a z drugiej strony jeszcze w XX w. prawo zwyczajowe obowiązywało w niektórych kantonach Szwajcarii (Uri i Nidwalden), gdzie orzecznictwo sądowe odwoływało się do „żywej świadomości prawnej ludu domagającej się wyraźnie odwetu za przestępstwo” (J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 10; idem, *Wstęp...*, op. cit., s. 100; W. Wolter, *Czy uchylć...*, op. cit., s. 45).

¹⁹¹⁴ Na przykład na terytorium Francji w XV w. obowiązywało, jak się oblicza, około 790 praw zwyczajowych (zob. S. Grzybowski, *Dzieje...*, op. cit., s. 105).

„kodyfikacje”, które stanowiły wyłącznie spisy prawa zwyczajowego, do tego prywatne¹⁹¹⁵. Pierwotnym i pierwszorzędnym w epoce przed wynalezieniem druku celem układania materiału prawnego w zbiory praw było jedynie ułatwienie poznania prawa poprzez jego zgromadzenie, w dosłownym tego słowa znaczeniu, w jednym woluminie¹⁹¹⁶.

Ponieważ przydatność tego rodzaju prywatnych spisów dla stabilizacji i ujednolicenia praktyki stosowania prawa była bardzo ograniczona, z czasem zaczęto nadawać niektórym z nich moc urzędową, a dążenie ich twórców do ustalenia norm obowiązujących na większym terytorium skutkowało zacieraniem się różnic pomiędzy prawami zwyczajowymi poszczególnych obszarów¹⁹¹⁷. Równolegle zachodziły głębokie zmiany w stosunkach produkcji i obrotu, wobec których dawne prawo zwyczajowe okazywało się bezradne, a jego rozwój następował zdecydowanie za wolno by nadążyć za tempem przemian cywilizacyjnych. Skłaniało to władców do łamania tradycyjnych praw zwyczajowych, a w dalszej perspektywie do ich zastępowania własnym prawodawstwem¹⁹¹⁸. Droga do rudymentarnej działalności legislacyjnej, nie mówiąc już o kodyfikacji we współczesnym tego słowa znaczeniu, była wciąż bardzo daleka, a jej pokonanie zajęło kilka wieków, w ciągu których musiało dojść do szeregu różnego rodzaju przemian o charakterze ideologicznym i społeczno-politycznym, jak również osiągnięcia wystarczającego poziomu techniki prawniczej¹⁹¹⁹.

Przede wszystkim konieczne było odejście od średniowiecznego ideału świata niezmiennego ustroju społeczno-gospodarczego, w którym wartością samą w sobie była „dawność” prawa, w stronę myślenia dynamicznego, opartego na przekonaniu, że możliwe i celowe jest dostosowywanie rzeczywistości do zmieniających się potrzeb w drodze działań o charakterze socjotechnicznym¹⁹²⁰. Początkowym motorem dla stanowienia prawa była jednak nie tyle potrzeba jego zmiany, ile dążenie do zwiększenia pewności porządku prawnego – już nie tylko za pomocą tworzenia źródeł ułatwiających poznanie prawa, lecz przede wszystkim poprzez imperatywność i oficjalność stylizacji normy prawa stanowionego, co nadawało jej wyższy autorytet odwołujący się bezpośrednio do siły państwa¹⁹²¹.

¹⁹¹⁵ Ibidem.

¹⁹¹⁶ S. Salmonowicz, *Od XVI do XX w.*, op. cit., s. 46-47.

¹⁹¹⁷ S. Grzybowski, *Dzieje...*, op. cit., s. 105.

¹⁹¹⁸ Ibidem, s. 102-103.

¹⁹¹⁹ Szerzej na ten temat S. Salmonowicz, *Od XVI do XX w.*, op. cit., s. 47-58.

¹⁹²⁰ Ibidem, s. 50-51.

¹⁹²¹ Ibidem, s. 47.

Rozwój ten następował w sprzężeniu z centralizowaniem się i wzmacnianiem władzy państwowej, która poszerzając swoje funkcje poszukiwała narzędzi usprawniających ich realizację. Szczególne znaczenie miało powstanie monarchii absolutnych i proces przejmowania przez nie bezpośredniej kontroli nad stosowaniem prawa, ze szczególnym zainteresowaniem kwestiami wymiaru sprawiedliwości i zapewnienia porządku publicznego, także za pomocą prawa karnego¹⁹²². Jego ujednolicenie wymagało pokonania dodatkowych istotnych przeszkód, takich jak partykularyzm terytorialny i grupowy (stanowość) prawa¹⁹²³. Niezbędne było również osiągnięcie wysokiego poziomu nauki prawa, w tym doktryn prawnych, oraz techniki legislacyjnej. Dla dalszego rozwoju kodyfikacji konieczny był również odpowiedni stopień świadomości prawnej elity społecznej, który zależał nie tylko od przyswojenia osiągnięć *strictae* prawniczych, ale także od ogólnego rozwoju cywilizacyjnego, w tym udoskonalenia się języka. Przednaukowy język prawniczy myślącego sensualnie i obrazowo Średniowiecza operował jedynie deskrypcją i językiem symboli, nie umożliwiał natomiast tworzenia systemu abstrakcyjnych pojęć ogólnych¹⁹²⁴. Istotny postęp przyniósł – o czym już wspomniano – *mos italicus docendi* (włoskie prawo rzymskie). Początkowo, za sprawą glosatorów i postglosatorów, nadal była to jednak głównie sztuka interpretacji (a nie konstruowania normy prawnej), do tego obciążona charakterystycznym dla umysłowości przedwspółczesnej nadmiernym przywiązaniem do przyrodzonych umysłowi ludzkiemu heurystyk, takich jak np. nastawienie na autorytety (*conformist bias*), ograniczających zdolność do krytycznej, racjonalnej i logicznej refleksji¹⁹²⁵. Stopniowa racjonalizacja w dziedzinie interpretacji prawa otworzyła jednak w końcu drogę do racjonalizacji działań legislacyjnych, które zostały zapoczątkowane przez statuty miast włoskich¹⁹²⁶. Nie można również pominąć powolnej, ale konsekwentnej przemiany w zakresie świadomości społecznej: od średniowiecznego myślenia hierarchicznego ku nowożytnemu indywidualizmowi, którego „dzieckiem” jest właśnie zasada *nullum crimen sine lege*¹⁹²⁷ z jej wyniesieniem bezpieczeństwa prawnego jednostki ponad doraźny interes zbiorowości.

¹⁹²² Ibidem, s. 52.

¹⁹²³ Ibidem.

¹⁹²⁴ Ibidem, s. 54.

¹⁹²⁵ Ibidem.

¹⁹²⁶ M. Patkaniowski scharakteryzował je w następujący sposób: „Średniowieczne kodyfikacje włoskie są to twory doskonałe, ujmują wszystkie zagadnienia prawa karnego w sposób wyczerpujący, operują ścisłymi definicjami, unikają kazuistyki” (M. Patkaniowski, *Wina i kara. Elementy rzymskie i germańskie w prawie karnym statutów miast włoskich*, Kraków 1939, s. 127; cyt. za: S. Salmonowicz, *Od XVI do XX w.*, op. cit., s. 55).

¹⁹²⁷ Zob. W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 53.

Pierwsze wielkie kodyfikacje karne, jak np. *Carolina*, pomimo, że adresowane były przede wszystkim do sędziów i dopuszczały stosowanie analogii, w związku z czym nie pełniły jeszcze w znaczącym stopniu funkcji gwarancyjnej, bez wątpienia stanowiły jednak istotny krok naprzód w ewolucji prawa karnego, która zmierza m. in. do coraz bardziej jednoznacznego oznaczenia granic represji karnej. Zawierały one ustawowo opisane typy czynów zabronionych, a przy tym odegrały istotną rolę w procesie wypierania prawa zwyczajowego¹⁹²⁸. Pozostając pod pośrednim wpływem rzymskiego prawa karnego („pasem transmisyjnym” były wspomniane statuty miast włoskich oraz dorobek włoskiej nauki prawa), nie mogły jednak przejść z niego idei ustawowej określoności przestępstwa, ponieważ w prawie tym nie istniał żaden odpowiednik zasady *nullum crimen sine lege*¹⁹²⁹.

Dalszy krok w tym kierunku uczyniono w wiekach XVI i XVII, w okresie narodzin i panowania jurysprudencji humanistycznej – *mos gallicus docendi*, a następnie doktryny prawa natury¹⁹³⁰. Ich podglebiem było praktyczne osiągnięcie epoki poprzedniej: wytworzenie się grupy zawodowej wykształconych prawników, którzy znaleźli zatrudnienie w aparatach fachowych monarchii absolutnych, gdzie w dużej mierze zajmowali się tworzeniem prawa¹⁹³¹. Zdobyte w ten sposób doświadczenie praktyczne, w połączeniu z oddziaływaniem rozkwitających w tym czasie nauk ścisłych na rozwój metodyki nauk prawnych, umożliwiło podjęcie dzieła klasyfikacji i systematyzacji materiału prawnego oraz naukowej refleksji nad problemem tworzenia norm prawnych, a w konsekwencji rozpoczęcie uporządkowanej i systematycznej działalności ustawodawczej¹⁹³². W związku z osiągnięciem przez języki etniczne wystarczającego poziomu rozwoju, działalność ta prowadzona była już z ich wykorzystaniem, a dzięki możliwości zrozumienia prawa stanowionego przez szerokie kręgi społeczne idea pisemnej określoności prawa, nabrała dodatkowego, gwarancyjnego i ochronnego sensu. Jej racjonalizm, oparty na założeniu, że życie społeczne można ująć w prawa rozumowe, odpowiadające tym, które rządzą naukami ścisłymi, prowadził do

¹⁹²⁸ S. Salmonowicz, *Wizerunek...*, op. cit., s. 57.

¹⁹²⁹ Dla postępowania *cognitio extra ordinem*, które wykształciło się w drodze praktyki wspomaganej przez interpretację republikańskich ustaw dokonywaną przez jurystów i cesarzy, zastępując bardziej szczegółowo, choć niekompletnie określając różne przestępstwa system *ordo iudiciorum publicorum*, charakterystyczna była niemal nieograniczona władza dyskrejonalna urzędników cesarskich. Nie musieli oni stosować ustaw karnych i mogli swobodnie oceniać, co jest przestępstwem, czyli *de facto* tworzyć przestępstwa nowe (zob. P. Święcicka, *Proces Jezusa w świetle prawa rzymskiego. Studium prawnohistoryczne*, Warszawa 2012, s. 136-137; zob. też C. Kunderewicz, *Rzymskie...*, op. cit., s. 156; W. Wołodkiewicz, *Prawo karne...*, op. cit., s. 218; J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 115-116). Według J. Makarewicza taki model prawa karnego był konsekwencją rzymskiego pojmowania stosunku jednostki do społeczeństwa, w którym nie ma ona wobec grupy żadnych praw (*ibidem*).

¹⁹³⁰ S. Salmonowicz, *Od XVI do XX w.*, op. cit., s. 55.

¹⁹³¹ *Ibidem*, s. 55-56.

¹⁹³² *Ibidem*.

wytworzenia się charakterystycznego dla następnej epoki „światopoglądu prawniczego”, który wyrażał się w przekonaniu, że życie społeczne można kształtować za pomocą socjotechniki prawno-politycznej¹⁹³³.

Rozwój ten dotarł w końcu do etapu, na którym powstał program kodyfikacyjny, formułujący założenia, cele, jak również kierunki i metody działania¹⁹³⁴. Impulsem wyzwalamą oświeceniową rewolucję w prawniczej technologii był kryzys monarchii absolutnej wraz z towarzyszącym mu kryzysem społeczno-gospodarczym, wynikającym z niedostosowania odziedziczonej po epoce feudalnej organizacji życia społecznego i politycznego do szybko przebiegających przemian gospodarczych¹⁹³⁵. Skutkiem ubocznym był regres instytucjonalny, dotyczący w zasadniczym stopniu sądownictwa, którego arbitralność i niesprawiedliwość, podobnie jak samo stosowane przez sądy anachroniczne, okrutne, przesycone wpływami religii i niejasne prawo karne, zupełnie nie przystawały do poziomu cywilizacyjnego osiągniętego przez społeczeństwo¹⁹³⁶.

Wszystko to spowodowało, że w kontynentalnej Europie tradycyjny mechanizm stabilizacyjny, zapewniający wcześniej dostateczną przewidywalność reakcji karnej, w XVII-XVIII wieku najwyraźniej przestał spełniać swoją rolę. Nie jest też chyba przypadkiem, że pojawienie się idei ustawowej wyłączności czynów karalnych zbiegło się z desakralizacją prawa karnego¹⁹³⁷, zastąpiła ona bowiem tradycyjne sposoby obiektywizacji odpowiedzialności karnej¹⁹³⁸. W powiązaniu z pozostałymi, opartymi na ideach umowy społecznej, trójpodziału władz oraz równości wobec prawa, szczegółowymi postulatami myśli politycznoprawnej epoki Oświecenia, takimi jak ściśle związanie sędziego ustawą jako aktem normatywnym ustanowionym przez parlament, skodyfikowane przez reprezentantów ogółu społeczeństwa w sposób jasny i wolny od luk prawo karne miało zapewnić ochronę przed samowolą sędziowską i urzędniczą, a dzięki temu stać się gwarantem praw obywatelskich¹⁹³⁹ oraz równości wobec prawa¹⁹⁴⁰.

¹⁹³³ Zob. W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 44; A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 51.

¹⁹³⁴ S. Salmonowicz, *Od XVI do XX w.*, op. cit., s. 52.

¹⁹³⁵ Na temat przyczyn kryzysu monarchii absolutnej zob. np. M. Sczaniecki, *Powszechna...*, op. cit., s. 299.

¹⁹³⁶ Zob. T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 777-780; zob. też S. Salmonowicz, *Prawo karne oświeconego absolutyzmu. Z dziejów kodyfikacji karnych przełomu XVIII/XIX w.*, Toruń 1966, s. 24-25.

¹⁹³⁷ Zob. T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 780; zob. też K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 260.

¹⁹³⁸ Odwołanie się do woli sił nadprzyrodzonych w społeczeństwach przedwspółczesnych stanowiło zasadniczy składnik legitymacji nie tylko władzy publicznej i stanowionego prawa, ale także wydawanych orzeczeń sądowych (zob. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., 99).

¹⁹³⁹ C. Beccaria, *O przestępstwach...*, op. cit., s. 61-66; Montesquieu, *O duchu praw* [tyt. oryg. *De l'esprit des loix*], tłum. T. Boy-Żeleński, Kęty 1997 [wyd. oryg. Geneve 1748], s. 137 i nast.; J. Długosz, *Ustawowa...*, op. cit., s. 103-104; zob. też W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 44-45. Nie można jednak pominąć, że istotny wpływ na postrzeganie prawa karnego z perspektywy gwarancji ochrony wolności człowieka, a poprzez to na

W końcu zerwano więc z powszechnie akceptowanym jeszcze na początku XVIII w. poglądem, że za przestępstwo można uznać zarówno czyny karygodne na podstawie prawa pozytywnego, jak i te, które zostały za takie uznane przez sędziego (*delicta innominata, extraordinaria*)¹⁹⁴¹. Bliskiemu już zwycięstwu formalnej definicji przestępstwa nie przeszkodziły nawet popularne w tej epoce koncepcje prawnonaturalne, upatrujące źródła przestępności czynu poza ustawą karną¹⁹⁴².

Pierwszym kodeksem, który zerwał z przyjętą przez *Carolinę* i utrzymaną jeszcze przez *Theresianę* zasadą analogii, definiując przestępstwo w ujęciu formalnym jako wyłącznie takie zachowanie, które jest sprzeczne z przepisami ustawy, była *Josephina*¹⁹⁴³. Zasadę tą wysłowiono, o czym już wspomiano, również w artykule VIII Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. Przyjęły ją także m.in. Landrecht pruski z 1794 r., Kodeks karny Napoleona z 1810 r. oraz kodeks karny Bawarii z 1813 r.¹⁹⁴⁴

Ten ostatni był dziełem A. Feuerbacha, który – nie negując, podobnie jak inni karniści szkoły klasycznej, znaczenia materialnej, pozaustawowej treści przestępstwa – opracował systematyczne podstawy prawa karnego opartego na formalnej definicji przestępstwa, a także był autorem samego hasła *nullum crimen sine lege* (w oryginalnej wersji: „*nullum crimen sine poena legali*”). Do prawniczej doskonałości kierunek ten doprowadził E. Beling w swej nauce o *Tatbestandzie*. Jedną z najważniejszych zasług Belinga było dostrzeżenie, że zasada *nullum crimen sine lege* nie może oznaczać jedynie tego, że przestępstwo ma być przewidziane w ustawie (zakaz stosowanie analogii dla uzasadnienia odpowiedzialności karnej), ale dodatkowo, że to „obraz przewodni” przestępstwa musi być

wykształcenie się zasady *nullum crimen sine lege*, wywarła również angielska Wielka Karta Swobód (*Magna Charta Libertatum*) z 1215 r. (zob. S. Glaser, *Nullum Crimen Sine Lege*, „Journal of Comparative Legislation and International Law” 1942, t. 24, s. 29; A. Mogilnicki, *Nullum crimen sine lege*, GSW 1935, nr 23-24, s. 342). Z drugiej strony, idea bezpieczeństwa prawnego jednostki nie była jedynym źródłem tendencji do zastępowania na kontynencie europejskim prawa zwyczajowego oraz prawotwórczej aktywności sądów prawem stanowionym. Drugim było dążenie do wzmocnienia władzy suwerena nad podległym mu aparatem państwowym. Przejawy obu tych funkcji stanowienia prawa można zidentyfikować już w czasach starożytnych (zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 44-45).

¹⁹⁴⁰ Zob. S. Salmonowicz, *Prawo...*, op. cit., s. 35-36; idem, *Cesare Beccaria na tle literatury humanitarnej XVIII wieku*, [w:] *Cesare Beccaria (1738-1794) – reformator prawa karnego i jego epoka*, red. S. Salmonowicz, Toruń 1995, s. 31.

¹⁹⁴¹ Warto tu zaznaczyć jednak, że już w 1607 r. Farinaccio pisał: „*Statua et constitutiones poenales ultra eius verba non extenduntur nec trahuntur at casus similes*” (cyt. za: W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 44).

¹⁹⁴² T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 809.

¹⁹⁴³ Zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 337-338; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 794.

¹⁹⁴⁴ K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 343; T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 798-799.

w ustawie dokładnie sformułowany, bez czego wymóg określoności przestępstwa (*Tatbestandmäßigkeit*) nie zostaje spełniony¹⁹⁴⁵.

Chociaż wykształcenie się zasady *nullum crimen sine lege poenali anteriori* nie może zostać uznane za warunek *sine qua non* osiągnięcia społecznie akceptowalnego poziomu obiektywizmu odpowiedzialności karnej ani możliwości pełnienia przez prawo karne funkcji gwarancyjnej, ta ostatnia bowiem jest bardzo stara i nie powstała dopiero wraz z reformą prawa karnego XVIII wieku, to niewątpliwie jednak stanowiło to zasadniczy postęp w dziedzinie porządkowania wymiaru sprawiedliwości i umożliwiło rozwinięcie się funkcji gwarancyjnej do kształtu współczesnego¹⁹⁴⁶.

4.4. Zasada przewidywalności reakcji karnej we współczesnej kulturze prawa stanowionego

Zasada ustawowej określoności czynu zabronionego, rozumiana absolutystycznie, w duchu oświeceniowej figury sędziego – „ust ustawy”, który mechanicznie zestawia w sylogistycznym procesie stosowania prawa ustalony stan faktyczny z doskonale jednoznacznym tekstem ustawy, którego nie wolno nawet komentować¹⁹⁴⁷, zawsze była tylko utopijnym, nigdy nie zrealizowanym, postulatem¹⁹⁴⁸. W realnym prawie karnym praktyka orzecznicza ma istotny wpływ na faktyczny zakres kryminalizacji¹⁹⁴⁹.

Po okresie hegemonii normatywnego nurtu pozytywizmu z jego formalną definicją przestępstwa, której centralny punkt stanowiło pojęcie *Tatbestandu*, konwenujące z restrykcyjnie rozumianą zasadą ustawowej określoności oraz ideą wyabstrahowanej od właściwości sprawcy odpłaty za czyn sam w sobie, nastąpił zwrot ku formom reakcji karnej

¹⁹⁴⁵ Zob. S. Frankowski, *Przestępstwa...*, op. cit., s. 48-49. Tak rozumianej zasady *nullum crimen sine lege* nie spełniałby przedstawiony przez Belinga przykład ustawy złożonej z jednego przepisu o brzmieniu: „Każdy łajdak będzie ukarany” („*jeder Schurke wird bestraft*”), pomimo że nie przewidywałaby ona odpowiedzialności opartej na analogii (zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 69; idem, *Podstawowe...*, op. cit., s. 127). Warto odnotować, że na znaczenie „jakości” unormowań ustawowych uwagę zwrócił już Wolter postulując: „*Que toute loi soit claire, uniforme et précise*” (S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 67), a także C. Beccaria (C. Beccaria, *O przestępstwach...*, op. cit., s. 66-67).

¹⁹⁴⁶ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 15.

¹⁹⁴⁷ Zakaz publikowania komentarzy do bawarskiego kodeksu karnego z 1813 r. wyrażono *expressis verbis* w tzw. „Uwagach do Kodeksu karnego Królestwa Bawarii zgodnie z protokołami królewskiej Tajnej Rady” (zob. J. Długosz, *Ustawowa...*, op. cit., s. 117; zob. też C. Beccaria, *O przestępstwach...*, op. cit., s. 61-65; W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 45).

¹⁹⁴⁸ Zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 495.

¹⁹⁴⁹ Iluzoryczność założeń o „wszechwładności i wszechwiedzy ustawodawstwa”, na których oparte były *Josephina* i Landrecht pruski, dostrzeżono już na początku XIX w. w praktyce stosowania austriackiej Księgi Ustaw na Zbrodnie i Ciężkie Policyjne Przestępstwa (*Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeii-Übertretungen*) z 1803 r. (zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 67-68).

odwołującym się do społecznego niebezpieczeństwa sprawcy, w których zanegowana została zasada *nullum crimen sine lege*.

Nie jest przypadkiem, że trend ten zbiegł się z głębokim kryzysem dotychczasowej struktury społecznej, która stała się niedekwatna do potrzeb powstającego społeczeństwa przemysłowego. Wynikający stąd kryzys gospodarczy, napięcia społeczne¹⁹⁵⁰ oraz rozwój populizmu stworzyły zapotrzebowanie na silną i skuteczną władzę, akceptowaną nawet wtedy, gdy jej dzierżyciel ogłaszał się „wodzem narodu”, depcząc przy tym prawa i wolności jednostki¹⁹⁵¹. Państwo przestało być „złem koniecznym”, służącym zapewnieniu bezpieczeństwa i dobrobytu jednostce, a stało się celem samym w sobie. W efekcie, obywatel został sprowadzony do roli środka służącego do osiągnięcia celu najwyższego, którym jest rozkwit państwowej potęgi, jego prawa przestały być prawami przyrodzonymi, a jeżeli mu przysługiwały to wyłącznie na podstawie arbitralnej decyzji państwa¹⁹⁵².

Skrajną postać tendencje te przybrały w Rosyjskiej Socjalistycznej Federacyjnej Republici Rad¹⁹⁵³ oraz hitlerowskich Niemczech¹⁹⁵⁴, bardziej umiarkowaną w tzw. kodeksach

¹⁹⁵⁰ Rację miał W. Wolter, gdy podkreślał, że problem analogii w prawie karnym jest w dużej mierze kwestią kryzysu, a także wynikającej z rozwoju wielkiej płynności form życiowych, za którymi nie może nadążyć sztywny przepis ustawy. Tego rodzaju analogię autor określał mianem „analogii progresywnej”, w przeciwieństwie do „analogii historycznej”, korygującej w swym założeniu niezgodności pomiędzy rzeczywistą treścią ustawy a zamierzeniami ustawodawcy (W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 64).

¹⁹⁵¹ J. Makarewicz, odwołując się do myśli żyjącego na przełomie XVII i XVIII w. Giambattisty Vico, trafnie zidentyfikował w tym zjawisku przejaw spiralnego rozwoju złożoności społecznej (w oryginale koncepcja „przypływów i odpływów idei” miała postać cyrkularną, w XIX-wiecznej modyfikacji Gabriela Tarde przybrała natomiast postać spiralną, w której powrót następuje nie do punktu wyjścia, ale do ulepszonej wersji „zapatrywań wcześniej zarzuconych”), oscylującej pomiędzy „bezzgraniczną niemal swobodą obywatela, czemu najlepiej odpowiada republikańska forma rządów, wykonywana przez oligarchię parlamentarną, a zupełnym skrzepowaniem obywatela, czemu odpowiada postać monarchii absolutnej lub jakiegokolwiek dyktatury”. Taka specyfika ewolucji społecznej jest z kolei wynikiem nawarstwiania się problemów będących skutkiem wad danej formacji społeczno-politycznej, nierozwiązywalnych na jej gruncie, które prowadzi do przemiany ideologicznej w społeczeństwie (zob. J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 114-115, idem, *Prawo karne w Katowicach*, op. cit., s. 84).

¹⁹⁵² J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 113; W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 53.

¹⁹⁵³ Przestępstwo w myśl art. 6 kodeksu karnego RSFR z 1922 r. stanowiło „wszelkie działanie lub zaniechanie społecznie niebezpieczne zagrażające podstawom ustroju radzieckiego i porządkowi prawnemu ustanowionemu przez władzę robotniczo-chłopską na okres przejściowy przechodzenia od socjalizmu do ustroju komunistycznego”, przy czym zgodnie z przepisem art. 10 przestępstwem były nie tylko czyny wskazane w ustawie karnej, lecz także inne czyny społecznie niebezpieczne (zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 38-39; J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 106).

¹⁹⁵⁴ Zgodnie z § 2 niemieckiego kodeksu karnego po nowelizacji z dnia 28 czerwca 1935 r. odpowiedzialności karnej podlegał nie tylko ten, kto popełnił „czyn uznany za karygodny przez ustawę”, ale również ten, kto popełnił „czyn, który zasługuje na ukaranie, gdyż wymaga tego podstawowa myśl ustawy karnej i zdrowe odczucie narodu (*gesundes Volksempfinden*)”. Dodatkowo przyjęto, że „jeżeli żadna ustawa karna nie znajduje zastosowania do danego czynu, to karę wymierzyć należy z tej ustawy, która zawiera myśl podstawową (*Grundgedanke*) najlepiej odpowiadającą danemu wypadkowi”. W efekcie obok typów ustawowych, bezwzględnie obowiązujących i ściśle wykładanych w tradycyjny sposób (tradycyjny kodeks odpłaty), hitlerowski kodeks karny dopuszczał wprost sędziowskie tworzenie prawa przez odpowiednie stosowanie ustawy. W komentarzu do noweli wskazano, że odtąd zamiast zasady *nullum crimen sine lege* obowiązywać ma zasada *nullum crimen sine poena*. J. Makarewicz uznał to za sensację „dlatego, iż społeczeństwo niemieckie

ochrony społecznej, które odrzucając pojęcie kary traktowały zawarte w nich typy czynów karalnych jedynie jako przykładowe wskazówki dla sędziego, mające uzmysłwić mu, co według intencji ustawodawcy jest karygodne (kodeks orientacyjny dopuszczający stosowanie analogii iuris)¹⁹⁵⁵.

Nawet jednak w niektórych współczesnych państwach demokratycznych, których system prawny zakotwiczony jest w tradycji kontynentalnej, stosuje się odpowiedzialność karną na zasadzie analogii z uwagi na podobieństwo „formalnego obrazu” czynu do typu opisanego w ustawie karnej (analogia legis). Praktyka taka może być dopuszczona wprost przez przepis ustawy karnej (jak to ma miejsce w prawie islandzkim¹⁹⁵⁶) albo stanowić *usus*, akceptowany pomimo deklaracji obowiązywania zasady *nullum crimen sine lege* (np. w Szwecji¹⁹⁵⁷). Z kolei w orzecznictwie norweskiego Sądu Najwyższego przyjmuje się, że pomimo obowiązywania zasady *nullum crimen sine lege certa* ten, kto porusza się w pobliżu granicy obszaru penalizacji, czyni to na własne ryzyko i podlega odpowiedzialności karnej¹⁹⁵⁸.

J. Makarewicz podkreślał, że choć odcienie poszczególnych form reakcji karnej nie opartej na ustawie oraz ich filozoficzne podłoże mogą być różne, to jednak samo ich sedno

wychowane na filozofii Kanta i Hegla broniło się zaciekle przed wprowadzeniem jakiegokolwiek przymieszki celowości do kary pojętej jako odpłata czysta” (zob. J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 107-108; F. Ryszka, *Państwo...*, op. cit., s. 407).

¹⁹⁵⁵ Taki charakter miał drugi kodeks karny RSFR z 1926 r., którego art. 16 przewidywał karalność (według przepisów przewidzianych dla przestępstwa rodzajowo najbardziej podobnego) zachowania społecznie niebezpiecznego w kodeksie nie przewidzianego (zob. J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 106). Stanowiło to powrót do zasad prawa karnego obowiązujących np. w starożytnym Rzymie, którego sądy uznawały przestępstwa opisane w ustawach jedynie za przykłady (ibidem, s. 116; zob. też W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 47-49).

¹⁹⁵⁶ Zgodnie z art. 1 Kodeksu karnego Islandii z 1940 r. odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn uznany przez ustawę za karalny lub czyn całkowicie analogiczny. Zasada wyrażona w tym przepisie ma oparcie w art. 69 ust. 1 Konstytucji Islandii (A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 15). Analogicznie skonstruowany jest przepis art. 1 kodeksu karnego Królestwa Danii z 1930 r. (zob. W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 128; A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 69).

¹⁹⁵⁷ Jakkolwiek w szwedzkim kodeksie karnym z 1964 r. nie uwzględniono zasady *nullum crimen sine lege* (jest ona natomiast wyrażona w § 5 przepisów wprowadzających ten kodeks, a także w Konstytucji Szwedzkiej z 1974 r., w obu jednak przypadkach akcentowany jest przede wszystkim zakaz retroakcji ustawy karnej), to jednak powszechnie uważa się ją za regułę prawa zwyczajowego, i to sięgającą w swej genezie XVII w., wywodząc stąd wniosek o niedopuszczalności karania na zasadzie analogii (S. Frankowski, *Szwecja*, op. cit., s. 344). Tego rodzaju podstawa odpowiedzialności karnej jest jednak w rzeczywistości praktykowana w orzecznictwie w drodze dość swobodnej wykładni przepisów prawnokarnych, co jest akceptowane w nauce prawa karnego, która dopuszcza wykładnię celowościową, odwołującą się do zamysłu ustawodawcy i skutków społecznych proponowanej interpretacji. Krytycznych komentarzy nie wzbudził na przykład wyrok Sądu Najwyższego (*Högsta domstolen*) z 1959 r., w którym uznano, że przez nieostrożne obchodzenie się z substancjami toksycznymi albo zakaźnymi, wyraźnie zakazane przez przepis kodeksowy, rozumieć należy również nieostrożne obchodzenie się z izotopem radiokatywnym (zob. S. Frankowski, *Szwecja*, op. cit., s. 345).

¹⁹⁵⁸ T. Frøberg, *The Role of the Ultima Ratio Principle in the Jurisprudence of the Norwegian Supreme Court*, Oñati Socio-Legal Series, Vol. 3, No. 1, 2013, s. 128-132 (publikacja dostępna online pod adresem: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2200885 [data dostępu: 24 października 2021 r.]).

pozostaje takie samo: obywatel nie wie, za co jutro może spotkać go kara¹⁹⁵⁹, ponieważ w ostatecznym rozrachunku i tak w każdym z tych przypadków podstawą kryminalizacji jest prawotwórcza decyzja sądu¹⁹⁶⁰.

Można by w związku z tym uznać, że wszystkie te przypadki (w tym *common law*, w którym brak jest w ogóle prawa pisanego, a typizacja pozostaje wyłączną domeną sądów) stanowią relikty przeszłości i przejaw zacofania¹⁹⁶¹. Problem w tym, że sprawa nie jest tak jednoznaczna, jak to się w pierwszym oglądzie wydaje.

O ile nad prawem hitlerowskim czy sowieckim można przejść do porządku, traktując je jako totalitarny, barbarzyński eksces¹⁹⁶², o tyle swoistą ironią losu jest fakt, że „rozebranie diabelskiej maszyny gigantów zbrodni” zbudowanej przy udziale hitlerowskich prawników szkoły kilońskiej, wymagało oparcia się na podobnej podstawie, a mianowicie na koncepcji materialnego, pozaustawowego przestępstwa, którego karalność wynikać miała w tym przypadku z oczywistego naruszenia podstawowych wartości ogólnoludzkich¹⁹⁶³. Widzimy tu więc kolejną wariację na temat prawa natury¹⁹⁶⁴, która zapobiec miała dramatycznemu rozejściu się absolutystycznie formalnej i nieretroaktywnej definicji przestępstwa w ujęciu klasycznym z odczuciem prawnym funkcjonującym w społeczeństwie. Dodatkowe zaniepokojenie karnisty, z zasady wiążącego gwarancyjną funkcję prawa karnego z bezwzględnym stosowaniem zasady ustawowej określoności przestępstwa, musi wzbudzić fakt, że przytaczane wcześniej przykłady systemów ustawowego prawa karnego dopuszczających stosowanie analogii jako podstawy kryminalizacji pochodzą z państw skandynawskich, w których społeczne zaufanie do prawa, jego stabilność i przewidywalność są na bardzo wysokim poziomie, podobnie jak stopień realizacji przez prawo karne funkcji gwarancyjnej.

¹⁹⁵⁹ J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 109; zob. też E.St. Rappaport, *Przyszły kodeks karny Trzeciej Rzeszy Niemieckiej (wskazania podstawowe prawa karnego hitlerowskiego)*, Warszawa 1934, s. 14-15.

¹⁹⁶⁰ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 98.

¹⁹⁶¹ J. Makarewicz, *Przyczynek do zagadnienia winy w angielskim prawie karnym*, NP 1951, z. 1, s. 16.

¹⁹⁶² Pamiętać jednak trzeba, że kierunek, w jakim podążyło prawo karne w tych państwach nie był czymś wyjątkowym, a jedynie ekstremum panującej w międzywojennym świecie ogólnej tendencji. Dostrzegając związane z nią zagrożenia, J. Makarewicz w sposób niespotykany dla niego ostry zwalczał wszelkie przejawy jej wpływu zarówno na orzecznictwo polskiego Sądu Najwyższego (zob. J. Makarewicz, *Orzecznictwo okolicznościowe*, „Głos Sądownictwa” 1936, z. 7-8, s. 525-536; idem, *Kodeks...* [1938], op. cit., s. 421; idem, *Wykładnia kodeksu karnego*, GSW 1934, nr 10, s. 148; idem, *Przestępstwo indywidualne a orzecznictwo Sądu Najwyższego*, GSW 1937, nr 39, s. 520-521), jak i na środowisko „młodych prawników” (zob. idem, *Prawo karne w Katowicach*, op. cit., s. 81-88).

¹⁹⁶³ Zob. T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo...*, op. cit., s. 303-304; T. Cyprian, J. Sawicki, M. Siewierski, *Głos...*, Warszawa 1962, s. 55-79.

¹⁹⁶⁴ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 108-109.

Wbrew pozorom, samo przyjęcie zasady ustawowej wyłączności kryminalizacji nie gwarantuje lepszej rozpoznawalności czynu karalnego. W pierwszej kolejności odnotować należy fakt występowania typów czynów zabronionych o charakterze niedookreślonym¹⁹⁶⁵, w przypadku których ustawowy zespół znamion stanowi fasadę ledwo przysłaniającą ich materialną w rzeczywistości charakterystykę. Wzorcowym ich przykładem w polskim prawie karnym jest przepis określający tzw. przestępstwo służbowe¹⁹⁶⁶, nazywany w literaturze „wielką klauzulą generalną”¹⁹⁶⁷, „przepisem kauczukowym”¹⁹⁶⁸ czy też „workiem bez dna”¹⁹⁶⁹. Podobne zastrzeżenia zgłaszano także wobec innych przepisów¹⁹⁷⁰.

W istocie rzeczy problem ten dotyczy wszystkich typów, które – podobnie jak przestępstwo określone w przepisach art. 231 k.k. – zawierają klauzulę normatywną, wyrażoną za pomocą tzw. nazw normatywnych ocennych, takich jak np. „wbrew prawu”, „wbrew przepisom”, „z naruszeniem przepisów”, „bez zezwolenia”, „wbrew obowiązкови” czy „nie będąc do tego uprawnionym”¹⁹⁷¹. Charakterystyczne dla tych typów jest to, że ich przedmiotowy opis nie zawiera cech konstytutywnych dla ujemnej oceny¹⁹⁷², a legalne odpowiedniki określonych w nich zachowań są statystycznie częste albo wręcz zachowania kryminalizowane stanowią wśród nich rzadki wyjątek (jak to ma miejsce w przypadku czynu stypizowanego w art. 189 § 1 k.k.)¹⁹⁷³. Ponieważ naturalistyczna deskrypcja zachowania w tych typach w zasadzie w ogóle nie występuje, a nawet jeżeli jest, to zupełnie nie pozwala odróżnić zachowań spełniających znamiona typu od niekryminalizowanych¹⁹⁷⁴, ich specyfikę

¹⁹⁶⁵ Zob. na ten temat w szczególności I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 216-223.

¹⁹⁶⁶ Aktualnie art. 231 k.k., poprzednio art. 246 k.k. z 1969 r., a jeszcze wcześniej art. 286 k.k. z 1932 r.

¹⁹⁶⁷ Zob. W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 108; W. Wolter, *Kumulatywny...*, op. cit., s. 52.

¹⁹⁶⁸ T. Cyprian, *Kauczukowy przepis*, NP 1956, z. 10, s. 100; A. Spotowski, *Przestępstwa służbowe (nadużycie służbowe i łapownictwo w nowym kodeksie karnym)*, Warszawa 1972, s. 39).

¹⁹⁶⁹ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 220.

¹⁹⁷⁰ Na przykład w odniesieniu do art. 115 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 2021. poz. 1062 t.j.) (zob. np. Z. Ćwiąkański [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Warszawa 2011, s. 735–736).

¹⁹⁷¹ W. Wolter dzielił znamiona normatywne na dwie zasadnicze kategorie. Pierwszą z nich stanowią tzw. nazwy normatywne (nazwy instytucjonalne), takie jak „funkcjonariusz publiczny”, „ustawa”, „małżeństwo”, „organ państwowy” itp., których znaczenie można ustalić wyłącznie z odwołaniem się do elementu normatywnego. Drugą – nazwy normatywne (prawne) ocenne, które w przeciwieństwie do nazw instytucjonalnych nie mają charakteru opisowego, ale ocenny (bliżej na ten temat zob. W. Wolter, *Klauzule normatywne w przepisach karnych*, KSP 1969, z. 3-4, s. 5-37; idem, *Nauka...*, op. cit., s. 100-101; Z. Ćwiąkański, *Błąd...*, op. cit., s. 69-94).

¹⁹⁷² Informacja zawarta w klauzuli normatywnej nie jest wystarczająca do jej zdekodowania i wymaga uzupełnienia za pomocą innego stwierdzenia o charakterze prawnym, występującego w tym samym, bądź też w innym akcie prawnym, decyzji administracyjnej, zakresie obowiązków, regulaminie itp. (Z. Ćwiąkański, *Błąd...*, op. cit., s. 74).

¹⁹⁷³ Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 268-269.

¹⁹⁷⁴ Przykładem takiego „ontologizującego” znamienia charakteryzującego zachowanie poprzez jego odniesienie do elementu materialnej bezprawności jest określenie „działania na szkodę” (zob. W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 125). Jako inny przykład można podać czasownikowe znamię „ograniczać człowieka w przysługujących mu prawach” z art. 194 k.k. (zob. na tle analogicznego przepisu art. 2 dekretu z 5 sierpnia

trafnie oddają określenia użyte przez W. Woltera: „przepis z przebijającą (jak przez małą osłonkę) materialną bezprawnością”¹⁹⁷⁵, „przestępstwo niezupełnie stypizowane”¹⁹⁷⁶ czy też „typ z podwieszoną klauzulą generalną”¹⁹⁷⁷.

Nazwy normatywne ocenne to tylko jedna wśród kilku kategorii znamion, które nie mają charakteru deskryptywnego, ale wartościujący, czego konsekwencją jest znaczne rozmycie ich pola semantycznego. Podlegają one nie stwierdzeniu, ale subiektywnej ocenie dokonywanej przez organ stosujący prawo¹⁹⁷⁸. Obok znamion o charakterze ocen prawnych W. Wolter wśród znamion wartościujących wyróżniał¹⁹⁷⁹: oceny etyczno-społeczne¹⁹⁸⁰, oceny estetyczne¹⁹⁸¹, oceny biologiczne¹⁹⁸² czy w końcu oceny gospodarcze¹⁹⁸³. Wszystkie te – jak to określił – „łuski aksjologiczne”, ograniczają zasięg zasady *nullum crimen sine lege*, rzeczywista ich treść jest bowiem konsekwencją wypełnienia oceną sędziowską¹⁹⁸⁴. W wielu przypadkach znamiona takie nie zawierają praktycznie żadnego elementu deskryptywnego, sprowadzając się do negatywnego wartościowania zachowania sprawczego, które – po wypreparowaniu z niego elementu oceny – w istocie rzeczy swoim zakresem odpowiada pojęciu czynu, ewentualnie z ograniczeniem do działania. J. Makarewicz przytoczył szereg tego typu przypadków pochodzących ze współczesnych mu ustawodawstw różnych krajów: niemiecki „ciężki wybryk”, austriackie „większe czyny niemoralne”, szwajcarskie „naruszenie własności publicznej i prywatnej” czy też rosyjską „polityczną niepewność”¹⁹⁸⁵.

Omawiany problem nie ogranicza się jednak do znamion ocennych. Względność pojęciowa oraz wszechobecne zjawisko sorytu powodują, że zdecydowana większość znamion typów czynów zabronionych przy bliższym oglądzie okazuje się nieostra i nawet w przypadku tak, *prima facie* jednoznacznego, jak „człowiek” mogą wystąpić trudne

1949 r. o ochronie wolności sumienia i wyznania [Dz. U. Nr 45, poz. 334] I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 219-220).

¹⁹⁷⁵ Zob. W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 125 i 130; idem, *Odpowiedzialność karna osób pełniących funkcje publiczne*, PiP 1969, z. 6, s. 968; idem, *Nauka...*, op. cit., s. 109.

¹⁹⁷⁶ W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 125; podobnie I. Andrejew, który posługiwał się nazwą „typ niedostatecznie określony”, zaliczając do tej kategorii zarówno przepisy blankietowe, jak i takie które posługują się pojęciami niejasnymi albo nieostryimi (zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, op. cit., s. 105; idem, *Podstawowe...*, op. cit., s. 216-217).

¹⁹⁷⁷ Podaję za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 127.

¹⁹⁷⁸ W. Wolter, *Prawo...*, op. cit., s. 138.

¹⁹⁷⁹ Ibidem, s. 138-139.

¹⁹⁸⁰ Na przykład: „treści pornograficzne”, „łżyć”, „wyszydzać”, „poniżać”, „stan bezbronności”, „bezradność”.

¹⁹⁸¹ Na przykład: „zniekształcenie” czy „zeszpecenie”.

¹⁹⁸² „Choroba”, „zdrowie”, „niezdolność należytego pojmowania” itp.

¹⁹⁸³ Do grupy tej przynależą zwłaszcza takie znamiona, jak „korzyść majątkowa”, „szkoda majątkowa” czy „przymusowe położenie”.

¹⁹⁸⁴ W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 46.

¹⁹⁸⁵ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 103-105.

do sklasyfikowania przypadki graniczne¹⁹⁸⁶. Wymaga wyraźnego zaznaczenia, że nie jest to jedynie problem niedostatecznego jeszcze stanu współczesnej wiedzy przyrodniczej, lecz konsekwencja tego, że nawet w przypadku tzw. znamion deskryptywnych ustalenie ich desygnatów nie wynika z prostego stwierdzenia rzeczywistości, ale zawsze wymaga dokonania aktu askrypcji: przypisania przedmiotowi pewnych cech w ramach czynności konwencjonalnej tworzącej fakty społeczne, na podstawie sądów o charakterze mieszanym, opisowo-ocennym¹⁹⁸⁷. W nauce prawa karnego na problem ten już w latach trzydziestych dwudziestego wieku uwagę zwrócił E. Wolf, wskazując, że właściwie wszystkie znamiona mają charakter normatywny i dotyczy to nawet tak rzekomo czysto deskryptywnych pojęć, jak „rzecz” czy „człowiek”¹⁹⁸⁸. W konsekwencji pod powierzchnią prostoty i oczywistości decyzji interpretacyjnej zawsze kryją się skomplikowane wybory aksjologiczne, a wynik interpretacji zależy od wielu czynników, w tym kontekstu interpretacyjnego oraz z góry przyjętego celu interpretacji¹⁹⁸⁹. Sytuację dodatkowo komplikuje fakt, że prawo jest systemem komunikatów o charakterze wielokanałowym (komunikaty nadawane są przez różne podmioty, z czego wynika konieczność ich ujednolicenia) oraz diachronicznym (komunikaty są nadawane i odbierane w innym czasie, z czego wynika konieczność uwzględniania zmian znaczenia tekstu w czasie, wynikających ze zmiany kontekstu nadania i odbioru)¹⁹⁹⁰. Z uwagi na te właściwości system prawa permanentnie ewoluuje, w pewnym stopniu niezależnie od zmian w obrębie tekstów prawnych¹⁹⁹¹, zmienia się bowiem kontekst w jakim funkcjonuje norma prawna, a w ślad za nim jej znaczenie¹⁹⁹². Ta zmiana kontekstu regulacji prawnej może mieć zróżnicowany charakter i wynikać albo ze zmiany otoczenia normatywnego (zmiany w obrębie innych przepisów, które składają się na kontekst systemowy normy), technologicznego czy aksjologicznego (kontekst funkcjonalny), albo samego kontekstu językowego w wyniku zmian w zakresie języków, których semantyka oddziałuje na znaczenie nazw używanych przez język prawny (język potoczny, języki

¹⁹⁸⁶ Zob. A. Zoll [w:] *Kodeks...*, red. K. Buchała, A. Zoll, op. cit., s. 216-217; S. Raszeja, *Ortotanazja i dystanazja jako problem prawny, medyczny i moralny*, „Biuletyn Informacyjny Okręgowa Izba Lekarska w Gdańsku”, lipiec 1999; M. Cieślak, *Życie ludzkie jako przedmiot ochrony*, [w:] *System prawa karnego*, t. 4, cz. 1, *O przestępstwach w szczególności*, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, Wrocław 1985, s. 292.

¹⁹⁸⁷ Zob. np. P. Singer, *O życiu i śmierci: Upadek etyki tradycyjnej* [tyt. oryg. *Rethinking Life and Death: The Collapse of our Traditional Ethics*], tłum. A. Alichniewicz, Warszawa 1997 [wyd. oryg. Melbourne 1994], s. 42.

¹⁹⁸⁸ E. Wolf, *Die Typen...*, op. cit., s. 59; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 222.

¹⁹⁸⁹ Zob. M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 71-73 i powołane tam prace R. Pounda, H. Harta oraz A. Baraka.

¹⁹⁹⁰ Ibidem, s. 162-163.

¹⁹⁹¹ Zob. ibidem.

¹⁹⁹² Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 79.

specjalistyczne dziedzin nauki i techniki, w końcu języki prawnicze orzeczeń sądowych i dogmatyki prawa)¹⁹⁹³.

Również typy czynów zabronionych podlegają takiej ewolucji, także w sytuacji gdy ich „szata” ustawowa pozostaje niezmienniona, choćby z uwagi na dokonujące się wraz z rozwojem cywilizacyjnym zmiany w zakresie reguł postępowania z dobrami prawnymi¹⁹⁹⁴, czy też zachodzące w społeczeństwie przemiany aksjologiczne prowadzące do zmiany znaczenia znamion ocennych. Za tymi zmianami podąża orzecznictwo i nauka prawa dostosowując do nich znaczenie tekstu prawnego przy pomocy jego wykładni adaptacyjnej. Cały obraz dodatkowo komplikuje fakt, że równolegle współistnieć mogą różne linie interpretacyjne, w związku z czym przypisanie konkretnej osobie znamion określonego typu czynu zabronionego zależeć może nie tylko od brzmienia ustawy i obiektywnych właściwości poddanego osądowi zachowania, ale również od tego, kiedy i przed jakim składem orzekającym sprawa jest rozpoznawana¹⁹⁹⁵. Wydaje się jednak, że naturalnie ludzka potrzeba odpłaty sprawiedliwej, opartej na odnalezieniu wspólnej miary dla podobnych przypadków, powoduje, że wszelkie systemy prawne, niezależnie od założonego modelu teoretycznego, mają w jakimś stopniu precedensowy charakter (również i tu dostrzec można zapewne wpływ instynktu upodobnienia), a w konsekwencji, jeżeli tylko tekst ustawy przez odpowiednio długi okres czasu nie jest zmieniany, typ niedomknięty obrasta, jak to określił I. Andrejew,

¹⁹⁹³ Na ten temat zob. m. in. uchwałę TK z 7 marca 1995 r., W 9/94, OTK 1995, z .1, poz. 20.

¹⁹⁹⁴ Oczywiście reguły te wyznaczają przede wszystkim zakres normowania normy sankcjonowanej, a więc stanowią element bezprawności, jak to już jednak wskazano w rozdziale poświęconym tej właśnie płaszczyźnie struktury przestępstwa, zaznaczają one swój wpływ także na obszarze karalności. Dotyczy to zwłaszcza przestępstw skutkowych, w których czynność sprawcza często wyznaczana jest właściwie wyłącznie za pomocą tych reguł (zob. też A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 439-440).

¹⁹⁹⁵ Jako przykład można podać ewolucję poglądów wyrażanych w orzecznictwie i nauce prawa na temat kwalifikacji prawnej czynów polegających, najogólniej mówiąc, na czerpaniu korzyści majątkowych kosztem Skarbu Państwa w wyniku składania niezgodnych z prawdą deklaracji podatkowych. Mozaika stanowisk na ten temat, w kontekście typów z art. 286 § 1 k.k., 56 k.k.s. czy też 76 k.k.s. oraz ich wzajemnych relacji na tle konstrukcji tzw. idealnego zbiegu czynów karalnych z art. 8 § 1 k.k.s., a często ich chaotycznych, wewnętrznie sprzecznych zlepków w jednostkowych rozstrzygnięciach, skutkowała i nadal skutkuje daleko idącymi rozbieżnościami w ocenach prawnych identycznych czynów, rzutującymi nie tylko na kwalifikacje prawne czy wymiar kary, ale nawet na sam fakt pociągnięcia do odpowiedzialności karnej lub uwolnienia od niej, np. z uwagi na odrębne zasady i okresy przedawnienia karalności przestępstw i przestępstw skarbowych (por. np. wyrok SN z 12 sierpnia 2008 r., V KK 76/08, LEX nr 449041 i wyrok SN z 8 kwietnia 2009 r., IV KK 407/08, LEX nr 503265). Inny przykład stanowić może ewolucja, początkowo jedynie orzecznicza i doktrynalna, pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” (zob. P. Kardas, *Kontrowersje wokół pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”*. *Rzecz o kreatywnej wykładni przyjmowanej w orzecznictwie oraz granicach zakresowych typu czynu zabronionego określonych w ustawie*, CzPKiNP 2011, z. 2, s. 79-131), czy też rozbieżności w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawie sposobu rozumienia znamienia „przemoc wobec osoby” (art. 280 k.k. z 1997 r.) na tle przepisu art. 130 § 3 k.w., w którym – pomimo zmiany w nowym kodeksie karnym konstrukcji normatywnej przestępstwa rozboju – pozostawiono, jako kryterium przepełnienia, stosowane wcześniej jednolicie w obu kodyfikacjach znamię „gwałt na osobie” (por. uchwała SN z 21 marca 2007 r., I KZP 39/06, OSNKW 2007, z. 4, poz. 30; uchwała SN z 30 czerwca 2008 r., I KZP 10/08, OSNKW 2008, z. 7, poz. 53).

wykładnią na tyle, że uzyskuje on odpowiednio wyraźny kontur¹⁹⁹⁶. Nawet jednak i wtedy przewidywalność odpowiedzialności karnej jest z punktu widzenia przeciętnego obywatela ograniczona ze względu na to, że komunikat o ekstensji znamion czynu zabronionego nie jest formułowany w języku powszechnym, ale w języku prawnym oraz objaśniającym kontekst pojęć użytych przez ustawodawcę języku prawniczym. Z uwagi na brak kompetencji komunikacyjnej w zakresie tekstów prawnych oraz prawniczych po stronie zwykłych obywateli proces komunikacji może nie zakończyć się powodzeniem¹⁹⁹⁷.

Choć więc jedną z głównych zasad kryminalizacji jest reguła definiowalności zakazu, nakazująca w sposób jak najbardziej jednoznaczny przekształcać konstytutywne cechy poszczególnych kategorii zachowań społecznie szkodliwych na ustawowe zespoły znamion (trzony ustawowej określoności) czynów zabronionych¹⁹⁹⁸, to w rzeczywistości sprawa jest dużo bardziej złożona. Obrazowo przedstawił to W. Wolter pisząc, że im bardziej syntetycznie ujęty jest przepis karny, tym bardziej „chwiejny jest jego zasięg”. Dzięki temu w kryminalizacji nie ma co prawda luk, ale w ten sposób „otwiera się drzwi i okna dla wykładni sądu”¹⁹⁹⁹. Próba rozwiązywania tego problemu poprzez tworzenie przepisów o charakterze kazuistycznym „zamyka drogę wzwyż”, skutkiem czego „przepis kazuistyczny wyrzuca na powierzchnię luki ustawowe”²⁰⁰⁰. Dodać trzeba, że regulacja kazuistyczna (abstrahując tu od niebezpieczeństwa generowania luk aksjologicznych w polu kryminalizacji²⁰⁰¹), wbrew pozorom, nie przyczynia się do zwiększenia obiektywizmu

¹⁹⁹⁶ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 222. By uzmysłwić sobie na czym polega ten proces i jaka jest jego skala oraz wpływ na rzeczywistość treść normy sankcjonującej dekodowanej z przepisu karnego wystarczy zestawzić np. treść art. 279 § 1 k.k. z dorobkiem orzecznictwem i doktryną na temat kradzieży z włamaniem, poczynając od decyzji pojęciowych na gruncie wykładni znamienia kwalifikującego „z włamaniem” tuż po wprowadzeniu tego typu czynu zabronionego do polskiego systemu prawa karnego, co nastąpiło na podstawie art. 1 § 3 lit. c dekretu z 4 marca 1953 r. o wzmożeniu ochrony własności społecznej (Dz. U. nr 17, poz. 68), aż do najnowszych stanowisk w sprawie możliwości kwalifikowania z art. 279 § 1 k.k. czynów wiążących się z przełamaniem zabezpieczeń elektronicznych chroniących wartości niematerialne, np. pieniądza elektronicznego (zob. np. wyrok SN z 9 września 2004 r., V K 144/04, LEX nr 137749).

¹⁹⁹⁷ Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Kraków 1986, s. 89-92.

¹⁹⁹⁸ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 149 i nast.; R. Zawłocki, *Pojęcie...*, op. cit., s. 117.

¹⁹⁹⁹ W rezolucjach wydanych na IV Międzynarodowym Kongresie Prawa Karnego, który odbył się w 1937 r. w Paryżu, wykluczając dopuszczalność stosowania analogii w wykładni, zaznaczano potrzebę konstruowania przepisów ustawy karnej określających przestępstwa w sposób „dostatecznie ogólny, by przez to ułatwione zostało przystosowywanie orzecznictwa do potrzeb społecznych” (A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 119-120).

²⁰⁰⁰ W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 47.

²⁰⁰¹ Słusznie W. Wolter zaznaczał, że w prawie karnym nie można mówić o luce prawnej w takim znaczeniu, w jakim pojęcie to używane jest na gruncie innych gałęzi prawa. Prawo karne nie jest bowiem prawem treści, którą reguluje, ale prawem granic: jego milczenie nie jest sprzeczne z istotą, nie oznacza żadnego braku, ale ma swój wymowny sens. Kryminalnopolityczna zasadność takiego rozwiązania jest sprawą obojętną ze względu na istotę prawa karnego, które składa się wyłącznie „z pozytywu i negatywu”. W odniesieniu do zakresu kryminalizacji można zatem mówić tylko i wyłącznie o lukach aksjologicznych, które cytowany autor nazywał „lukami w szrankach”. Wypełnianie tego rodzaju, jak się zakłada niezamierzonych przez ustawodawcę, luk za

odpowiedzialności karnej. Po pierwsze, z podanych wcześniej przyczyn o charakterze epistemicznym, mnożenie katalogu znamion funkcjonujących w systemie wcale nie rozwiązuje problemów interpretacyjnych, a wprost przeciwnie, zwielokrotnia tylko występujące w nim pasma niezdeterminowania, które są nieuniknione w przypadku każdego pojęcia, niezależnie od tego czy ma ono charakter ocenny czy deskryptywny. Dodatkowo kazuistyczny naddatek w materiale prawnym znacząco komplikuje jego obraz, dochodzi bowiem konieczność rozwiązania problemów pojawiających się na styku poszczególnych typów. Przede wszystkim jednak, rozbudowana kazuistyka nawet w przypadku profesjonalnych prawników przesuwając proces interpretacji prawa w kierunku granic możliwości ludzkiego umysłu, który – zwłaszcza w zakresie procesów świadomych – ma ograniczoną odporność na obciążenia poznawcze i sprawnie funkcjonuje jedynie, wtedy gdy dokonuje operacji na stosunkowo niewielkiej liczbie zmiennych²⁰⁰². Ponadto, czego nie można bagatelizować, pracę prawniczą znacząco utrudnia oderwanie pojęć języka prawnego od emocjonalnego podłoża ludzkich intuicji sprawiedliwościowych oraz ogólnokulturowych uwarunkowań procesów psychicznych.

Wszystkie te wady regulacji kazuistycznej stają się jeszcze bardziej jaskrawe z perspektywy zwykłego obywatela, a przecież problem obiektywizacji (przewidywalności) reakcji karnej musi być oceniany nie na podstawie „obiektywnych” – logicznych i lingwistycznych – właściwości tekstu prawnego, ale jego rzeczywistej percepcji społecznej²⁰⁰³. W efekcie nadmierna kazuistyka typizacji ma skutek antygwarancyjny, ponieważ gmatwając obraz karnoprawnej regulacji ogranicza możliwość przewidywania przez adresatów norm prawa karnego konsekwencji własnych zachowań i niweluje skuteczność komunikacyjnego oddziaływania prawa²⁰⁰⁴.

Dążenie do zwiększenia jednoznaczności przepisu karnego paradoksalnie może więc prowadzić do zmniejszenia społecznej przewidywalności odpowiedzialności karnej, która ze swej natury opiera się na harmonii pomiędzy tekstem ustawy a intuicjami

pomocą analogii nie jest jednak niczym innym jak samowolnym przesuwaniem wyznaczonych przez ustawę granic pomiędzy czynami karalnymi i niekaralnymi. Pogwałca to sens prawa karnego, którym jest właśnie wyznaczenie tych granic (zob. W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 60-62).

²⁰⁰² Skrajny przykład stanowi tu może Landrecht pruski, w którego – jak zauważył S. Salmonowicz – „morzu drobnych, kazuistycznie regulowanych zagadnień uległy zatopieniu kwestie zasadnicze” (S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 91).

²⁰⁰³ Jeszcze raz warto tu wrócić do francuskich suplik z 1789 r., które domagały się między innymi, by kodeksy prawa były uproszczone i powszechnie zrozumiałe.

²⁰⁰⁴ Zob. W. Wolter, *Granice i zakres prawa karania*, PiP 1957, z. 2, s. 246; T. Bojarski, *Typizacja przestępstw i zasada nullum crimen sine lege (wybrane zagadnienia)*, „Annales UMCS” 1977, t. 29, z. 8, s. 153-157.

sprawiedliwościowymi adresatów norm²⁰⁰⁵. W dążeniu do maksymalizacji lingwistycznej określoności tekstu prawnego całkowicie zagubić może się jego określoność moralna, konsekwencją czego będzie degradacja prawa karnego w rzeczywistości spełnianych przez nie funkcjach.

Wspominano już o pojawieniu się na pewnym etapie rozwoju prawa karnego tendencji do liczebnikowego precyzowania znamion ocennych, będącej wyrazem m. in. rozwoju abstrakcyjnych form wyrażania wartości. Posługiwanie się znamionami liczebnikowymi było przejawem dążenia do obiektywizacji znamion ocennych i zwiększenia w ten sposób określoności czynu zabronionego w związku z ograniczeniem arbitralności i uznania orzeczniczego²⁰⁰⁶. Trafnie W. Wolter zauważył jednak, że „liczbowa określoność nie jest wolna od wad, gdy się zważy drobne odchylenia od wartości granicznej i niekiedy bardzo różne konsekwencje tych odchyżeń po jednej i drugiej stronie tej liczbowo określonej granicy”²⁰⁰⁷. Liczebnikowe zniwelowanie cienia semantycznego znamienia określającego np. społeczną istotność szkody prowadzi do jednoznacznego przepełnienia sorytu z trudnym do zaakceptowania z punktu widzenia intuicji sprawiedliwościowych tego skutkiem, jakim jest rażąca rozbieżność konsekwencji prawnych przy całkowicie nieistotnych różnicach w społecznej szkodliwości czynów znajdujących się po obu stronach tuż przy granicy przepełnienia. Dysonans ten pogłębia nieuniknione w takiej sytuacji dostosowywanie się do regulacji prawnej sprawców tych czynów, którzy starają się nie przekraczać progu przepełnienia, co w kolejnej „rundzie” wywołuje mniej lub bardziej sztuczne decyzje ustawodawcze mające w założeniu przeciwdziałać tym konsekwencjom (przykładem może tu być konstrukcja przewidziana w art. 12 § 2 k.k.²⁰⁰⁸). Kolejny problem pojawia się przy subiektywnym powiązaniu sprawcy z liczebnikowo określonym znamieniem strony przedmiotowej czynu, zwłaszcza że wysokość wyrządzonej szkody czy też wartość skradzionego mienia często jest sprawą przypadku, a do tego sama jej kwantyfikacja ma charakter ocenny i niejednoznaczny²⁰⁰⁹. W praktyce jest on z reguły rozwiązywany poprzez

²⁰⁰⁵ Problem ten zidentyfikował Trybunał Konstytucyjny zauważając, że nadmierna kazuistyka w konkretnych sytuacjach może prowadzić do deformacji idei państwa prawnego, a to dlatego, że nieostrość czy niedookreśloność pojęć prawnych sprzyja uelastycznieniu porządku prawnego i uczynieniu go wrażliwym na zachodzące w rzeczywistości stany faktyczne, a przez to może się przyczyniać do pełniejszego wyrażenia w trakcie stosowania prawa wartości, które wynikają z zasady państwa prawnego (zob. wyrok TK z 14 lutego 2012, P 20/10, OTK-A 2012, z. 2, poz. 15).

²⁰⁰⁶ M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, op. cit., s. 49.

²⁰⁰⁷ W. Wolter, *Uwagi o znamionach ilościowej oceny w przepisach prawa karnego*, PiP 1976, z. 6, s. 26.

²⁰⁰⁸ Przepis dodany ustawą z dnia 4 października 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2018.2077).

²⁰⁰⁹ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 237-242.

milczące potraktowanie tego rodzaju znamion, w najlepszym przypadku jako przybliżenia, w którym rzeczywisty zamiar musi się relacjonować do ogólnego natężenia stopniowalnej cechy, nie zaś do ścisłej liczby, a najczęściej chyba po prostu jako obiektywnych warunków karalności, co wobec treści art. 8 i 9 k.k., musi budzić zastrzeżenia co do zgodności z zasadą *nullum crimen sine lege*²⁰¹⁰. Jest to zresztą tylko fragment szerszego problemu, który polega na tym, że z uwagi na brak opartych na wiedzy naukowej sposobów dokonywania, wymaganych przez ustawę karną, ustaleń co do zjawisk psychicznych, które faktycznie zachodziły w psychice sprawcy w czasie czynu, w praktyce z zasady posługujemy się uproszczonymi schematami (modelami) tworzonymi na podstawie oszacowania całokształtu stwierdzonych w danym stanie faktycznym okoliczności o charakterze przedmiotowym, dokonywanego zgodnie z regułami ustalonymi w orzecznictwie i nauce prawa karnego²⁰¹¹.

Zasada *nullum crimen sine lege* okazuje się więc niczym innym, jak tylko wykształconym na pewnym etapie rozwoju prawa karnego idealizacyjnym wzorcem doskonale przewidywalnej reakcji karnej²⁰¹². W realnym obrocie prawnym zasadę ustawowej określoności czynu zabronionego trzeba natomiast rozumieć nie tyle jako wymóg zupełnego, wykluczającego jakąkolwiek niejasność, uregulowania całokształtu znamion typu w ustawie, co jako postulat by samo pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za określone zachowanie oraz rodzaj wymierzonej kary dało się z bardzo dużym prawdopodobieństwem prognozować na podstawie tekstu uprzednio obowiązującej ustawy, a margines niepewności, wynikający z nieusuwalnych cieni semantycznych, dynamiki norm, rozbieżności orzeczniczych itp., był na tyle niewielki, by nie przekreślał funkcji gwarancyjnej ustawowej

²⁰¹⁰ Jak zauważył W. Wolter, dla „ustalenia winy” (autor opowiadał się za psychologiczną teorią winy sytuującą zamiar na tej właśnie płaszczyźnie struktury przestępstwa) sprawcy czynu nierządowego z osobą poniżej 15 lat, nie wystarczy wykazać, że chciał on odbyć stosunek płciowy z osobą odmiennej płci, ale że miał zamiar dokonać tego z osobą, która nie ukończyła 15 lat (W. Wolter, *Studia z zakresu prawa karnego. Problematyka zamiaru ewentualnego. Błąd w prawie karnym w ujęciu systematycznym*, Kraków 1947, s. 24-25). Jednak już na gruncie przestępstwa z art. 178a § 1 k.k. powszechnie przyjmuje się, że niezbędna dla bytu odpowiedzialności karnej świadomość realizacji wszystkich [podkr. własne] znamion nie oznacza wymogu obejmowania zamiarem elementów ilościowych przesądzających o odpowiedzialności, w szczególności sprawca nie musi uświadamiać sobie stężenia alkoholu we własnej krwi, wystarczy obiektywna postrzegalność stanu nietrzeźwości (zob. G. Bogdan [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, cz. 1, Komentarz do art. 117-211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, s. 514-515).

²⁰¹¹ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 139.

²⁰¹² Jego spełnienie w rzeczywistości nie jest możliwe m. in. z tego powodu, że – jak to powyżej przedstawiono – typowe zakłócenia funkcji zasady *nullum crimen sine lege*, do których L. Gardocki zaliczył: używanie przez ustawodawcę znamion ocennych, tworzenie przepisów zawiłych i niejasnych językowo, stosowanie legalnej analogii oraz szerokie ujmowanie przepisów (zob. L. Gardocki, *Typowe zakłócenia funkcji zasady nullum crimen sine lege*, SI 1982, t. 10, s. 47), nie mają charakteru izolowanych sporadycznych anomalii, lecz są wszechobecne, nieuniknione, a do tego wzajemnie sprzężone w taki sposób, że próba usunięcia jednego zakłócenia nieuchronnie prowadzi do powiększenia się innego.

typizacji. Trafnie zwrócono też uwagę, że o rozpoznawalności zachowań zagrożonych karą decydują nie obiektywne właściwości sposobu komunikowania norm społeczeństwu, ale dostosowanie się do możliwości ich odbioru przez adresatów: w społeczeństwach, w których występował powszechny analfabetyzm gwarancyjna funkcja prawa karnego mogłaby być realizowana gorzej przez prawo pisane oparte na zasadzie ustawowej wyłączności niż poprzez przestrzeganie powszechnego prawa zwyczajowego²⁰¹³.

Odpowiedzialność karna za czyny sytuujące się w paśmie niezdeterminowania typów ustawowych zawsze, również w systemie prawa kontynentalnego, opiera się w jakimś stopniu na uzasadnieniu, które na gruncie prawa *common law* określa się mianem doktryny „cienkiego lodu”²⁰¹⁴. Granice pomiędzy wykładnią prawa a stosowaniem analogii są płynne²⁰¹⁵. Sam akt stanowienia przepisu karnego uznać należy więc jedynie za punkt wyjścia w drodze do rzeczywistej obiektywizacji odpowiedzialności karnej: nie mniejszą rolę w jej zapewnieniu pełni orzecznictwo sądowe, które – jeżeli tylko dysponuje odpowiednio długim czasem na wykonanie swojej rozproszonej pracy – potrafi domknąć nieostre zakresy użytych przez ustawodawcę znamion. W wysiłku tym uczestniczy też nauka prawa karnego²⁰¹⁶. W efekcie, po dłuższym okresie funkcjonowania przepisu w praktyce ryzyko naruszenia zasady określoności jest mniejsze, ponieważ doszło już do ustalenia się jego znaczenia²⁰¹⁷.

Współcześnie nie absolutyzuje się już komunikacyjnej roli ustawy, a zamiast tego akcentuje sam fakt przewidywalności reakcji karnej, która stanowi warunek *sine qua non* możliwości „samozabezpieczenia się” przez jednostkę przed odpowiedzialnością karną.

²⁰¹³ Zob. K.S. Gallant, *The principle of legality in international and comparative criminal law*, New York 2009, s. 55.

²⁰¹⁴ Jako przykład można tu przytoczyć postanowienie z 15 października 2014 r. (IV KK 190/14, LEX 1545107), w którego uzasadnieniu Sąd Najwyższy, odnosząc się do zarzutu kasacyjnego opartego na – ogólnie rzecz ujmując – nierozpoznawalności w czasie czynu (czerwiec-sierpień 1999 r.) dla oskarżonego będącego członkiem zarządu spółki kapitałowej zarządzającej Narodowym Funduszem Inwestycyjnym, że może on być podmiotem przestępstwa z art. 228 § 5 k.k., wskazał, że „nieporozumieniem jest utożsamianie błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego z brakiem umiejętności wykładni treści przepisu, czyli poprawnej interpretacji zwrotów określających znamiona czynu”, przechodząc w ten sposób do porządku nad tym, że w czasie, kiedy oskarżony podejmował decyzję co do wyboru własnego zachowania, zakwestionowana interpretacja znamion art. 228 k.k. była co najmniej szeroko aprobowana (zob. np. A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część szczególna...*, red. A. Zoll, op. cit., s. 748-749). Co ciekawe, by uzasadnić tezę, że karalność czynu oskarżonego była dla niego przewidywalna Sąd Najwyższy przywołał orzeczenia, w których – co prawda – faktycznie uznawał za osobę pełniącą funkcję publiczną np. diagnostę potwierdzającego dokonanie badania technicznego pojazdu, a nawet kontrolera dokumentów przewozu, tyle że były to orzeczenia wydane już po popełnieniu przez oskarżonego zarzucanego mu czynu.

²⁰¹⁵ Zob. M. Zirk-Sadowski, *Problem nowości normatywnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1979, t. 22, s. 47-61.

²⁰¹⁶ Zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 191.

²⁰¹⁷ Zob. L. Gardocki, *Zasada nullum crimen sine lege certa we współczesnym prawie karnym*, [w:] *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Alicji Grześkowiak*, red. A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałas, K. Wiak, Lublin 2006, s. 73.

Na przykład w orzecznictwie ETPC odnoszącym się do art. 7 ust. 1 EKPC²⁰¹⁸ przyjmuje się, że wymóg jasnego i precyzyjnego określenia przez prawo znamion czynu karalnego i grożącej za jego popełnienie kary w aspekcie formalnym spełniony jest nie tylko przez prawo pisane, ale także niepisane prawo precedensowe, natomiast materialny wymóg prawnej określoności weryfikowany jest przy użyciu dwóch dodatkowych kryteriów, tj. dostępności (np. poprzez publikację orzeczeń sądowych w ogólnie dostępnych publikatorach) i rozsądnej przewidywalności (*reasonable foreseeability*) prawa²⁰¹⁹. Nie oznacza to jednak, że wymogi te mogą być spełnione wyłącznie wtedy, gdy stosowną informację na ten temat można wyczytać z przepisów ustawy karnej. Do naruszenia standardu ochronnego określonego w tym przepisie nie dojdzie także wtedy, gdy konsekwencje prawnokarne można z wyprzedzeniem ustalić w oparciu o dotychczasowe orzecznictwo²⁰²⁰ lub po uzyskaniu stosownej porady prawnej²⁰²¹. Wymóg podstawy prawnej kryminalizacji jest zatem odczytywany „materialnie” a nie „formalnie”, dane ograniczenie uważa się bowiem za przewidziane przepisami prawa, jeżeli prawo to jest dostępne dla obywateli i jest ono sformułowane na tyle precyzyjnie, że mają oni możliwość regulowania na jego podstawie swojego zachowania, ponieważ mogą uprzednio przewidzieć konsekwencje przedsięwziętego działania²⁰²².

Dostrzega się też, że wymóg całkowitej przewidywalności konsekwencji prawnych danego działania jest niemożliwy do osiągnięcia w praktyce, co wynika z faktu, że prawo składa się z norm o charakterze generalnym, zawierających pojęcia ogólne czy klauzule generalne, a jego pewność nie ma charakteru absolutnego i nie może prowadzić do nadmiernej sztywności, uniemożliwiającej dostosowywanie regulacji do zmieniających się warunków. W konsekwencji dopuszczalny jest rozwój prawa karnego w drodze orzeczniczej, a niezbędnym elementem praktyki stosowania prawa jest wykładnia sądowa dokonująca „stopniowej klaryfikacji przesłanek odpowiedzialności karnej”. Nie narusza to standardu

²⁰¹⁸ Przepis ten stanowi: „Nikt nie może być uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, który według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia. Nie będzie również wymierzona kara surowsza od tej, która można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony”.

²⁰¹⁹ A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 160 i 165.

²⁰²⁰ Już w wyroku z 26 kwietnia 1979 r. w sprawie *The Sunday Times vs. The United Kingdom*, skarga nr 6538/74, EPTC uznał, że zawężenie podstawy prawnej ograniczenia praw uregulowanych w Konwencji (w tym przypadku swobody wypowiedzi) wyłącznie do ustawy, to jest aktu prawnego uchwalonego i ogłoszonego przez parlament, prowadziłoby do pozbawienia ochrony te państwa-strony, które należą do systemu *common-law*. Następnie to szerokie rozumienie podstawy prawnej odniesione zostało także do prawa państw Europy kontynentalnej (A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 342).

²⁰²¹ Zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 160 i przywołane tam orzeczenia ETPC.

²⁰²² A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 342. Realistycznie ujął to W. Wolter pisząc: „Zakaz, chcąc spełnić swą funkcję informującą i powstrzymującą, musi wykazywać pozory jednoznaczności” (W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 105). Z perspektywy realizacji przez normę jej funkcji znaczenie ma to, czy jest ona odbierana jako jasna i jednoznaczna przez jej adresatów, a nie czy obiektywnie ma takie właściwości.

ochrony przewidzianej przez art. 7 ust. 1 EKPC, o ile rozstrzygnięcie pozostaje w zgodzie z „istotą” danego przestępstwa i można było je w sposób rozsądny przewidzieć na czas czynu²⁰²³. W przypadku systemu prawnego typu kontynentalnego wymóg podstawy prawnej kryminalizacji oznacza istnienie formalnie ogłoszonego aktu prawnego o treści odpowiadającej temu, jak interpretują go sądy²⁰²⁴. Dopuszczalne są nawet skazania oparte o analogię, jeżeli takie rozstrzygnięcie dało się przewidzieć w oparciu o linię orzecniczą lub pogląd doktryny²⁰²⁵, a w wyjątkowych przypadkach także wtedy, gdy reakcji karnej w czasie czynu nie dałoby się przewidzieć nawet z pomocą prawnika²⁰²⁶. Takie obniżenie poziomu przewidywalności konsekwencji prawnokarnych jest jednak dopuszczalne wyłącznie w szczególnie rażących przypadkach naruszenia przez sprawcę podstawowych praw człowieka, w szczególności prawa do życia czy wolności seksualnej, w obliczu czego przyznanie ochrony sprawcy takiego czynu podważałoby fundament aksjologiczny systemu ochrony praw człowieka, w tym godności i wolności istoty ludzkiej²⁰²⁷. Jest to więc przejaw kompromisu pomiędzy realizacją funkcji ochronnej i funkcji gwarancyjnej prawa karnego (w tym kontekście mówi się o relacyjnym, a nie czysto gwarancyjnym, charakterystycznym dla humanitarnej myśli Oświecenia, wymiarze prawa karnego) w związku z koniecznością horyzontalnego ważenia kolidujących ze sobą praw człowieka²⁰²⁸.

Również polski Trybunał Konstytucyjny wskazywał²⁰²⁹, że standard określoności przepisów prawnych – mimo, że w sferze przepisów represyjnych stawia ustawodawcy wyższe wymagania – nie wymaga jednak absolutnej jasności czy komunikatywności wyrażania zakazu lub nakazu prawnego²⁰³⁰, a z wymogów płynących z przepisów art. 2 i 42 ust. 1 Konstytucji nie można wyprowadzać aż tak daleko idącej gwarancji ochronnej, z której wynikałby nakaz tak precyzyjnego określenia w ustawie karnej znamion typu czynu zabronionego, aby ustalenie jego znaczenia było możliwe wyłącznie przy zastosowaniu

²⁰²³ Zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 162 i przywołane tam orzeczenia.

²⁰²⁴ Wyrok z 24 kwietnia 1990 r. w sprawie *Kruslin vs. France*, skarga nr 11801/85, s. 28-29; wyrok z 25 marca 1998 r. w sprawie *Kopp vs. Switzerland*, skarga nr 232294/94, s. 60; wyrok z 6 listopada 2008 r. w sprawie *Leela Förderkreis E.V. and Others vs. Germany*, skarga nr 58911/00, pkt 87.

²⁰²⁵ Wyrok z 24 maja 2007 r. w sprawie *Dragotoni i Militaru-Pidhorni przeciwko Rumunii*, skarga nr 77193/01 i 77196/01, s. 43-44.

²⁰²⁶ Zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 163-164 i przytoczone tam orzeczenia.

²⁰²⁷ Ibidem.

²⁰²⁸ Ibidem.

²⁰²⁹ Powołując się przy tym niekiedy na standard wyrażany w orzecznictwie ETPC (zob. np. wyrok TK z 9 czerwca 2010 r., SK 52/08, OTK-A 2010, z. 5, poz. 50).

²⁰³⁰ Wyrok z 12 września 2005 r. (SK 13/05, OTK-A 2005, z. 8, poz. 91), którym TK orzekł o zgodności art. 56 § 2 k.k.s. z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP.

metody wykładni językowej²⁰³¹. Standard konstytucyjny jest spełniony, gdy na podstawie przepisów, poglądów doktryny i orzecznictwa można w sposób jednoznaczny i pewny ustalić treść znamion typu czynu zabronionego²⁰³². Kierując się tymi zapatrywaniami, Trybunał uznał, że nawet „kauczukowy” przepis art. 231 § 1 k.k. spełnia test przewidywalności i jest zgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji, przy czym do rezultatu tego doprowadziło uwzględnienie przy dekodowaniu jego znamion poglądów wyrażanych w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz przez przedstawicieli nauki prawa karnego²⁰³³. Przyjmuje się tym samym, że obywatel może zakładać, że treść obowiązującego prawa jest dokładnie taka, jak to zostało ustalone przez sądy, zwłaszcza Sąd Najwyższy czy Naczelny Sąd Administracyjny²⁰³⁴. Istotne jest tu również dochowanie standardów proceduralnych: oparcie reakcji karnej na niedookreślonych czy nieostrych zwrotach ustawowych tylko wtedy nie będzie arbitralne, gdy posługiwanie się nimi w praktyce stosowania prawa obudowane będzie należytych gwarancjami dotyczącymi np. jawności postępowania oraz motywów rozstrzygnięcia²⁰³⁵.

Zasada *nullum crimen sine lege* stanowi przede wszystkim wyraz idei prawnokarnego bezpieczeństwa jednostki, która dzięki rozpoznawalności konsekwencji karnoprawnych własnego zachowania może „samozabezpieczyć się” przed sankcją karną²⁰³⁶. To właśnie przewidywalność poniesienia określonej odpowiedzialności karnej jako następstwa czynu naruszającego normę sankcjonowaną wyznacza płaszczyznę karalności

²⁰³¹ Wyrok TK z 9 października 2012 r., P 27/11, OTK-A 2012, z. 8, poz. 104.

²⁰³² Wyrok TK z 17 lipca 2014 r. (SK 35/12, OTK-A 2014, z. 7, poz. 74), orzekający o zgodności art. 13 § 1 k.k. i art. 18 § 2 k.k. z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 oraz z art. 31 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Analogiczne stanowisko Trybunał zajął orzekając o zgodności z Konstytucją zawartej w art. 115 § 21 k.k. definicji legalnej występkę o charakterze chuligańskim (wyrok TK z 9 czerwca 2015 r., SK 47/13, OTK-A 2015, z. 6, poz. 81). W obu wyrokach Trybunał wskazał ponadto, że stwierdzenie w toku kontroli konstytucyjności przepisu karnego odstępstwa od standardów wynikających z art. 42 ust. 1 Konstytucji uzasadnia poddanie ocenie proporcjonalności tego odstępstwa w kontekście art. 31 ust. 3 Konstytucji, który określa przesłanki dopuszczalności wprowadzenia przez ustawodawcę ograniczeń korzystania z konstytucyjnych praw i wolności. Stopień spełnienia wymogów ustawowej wyłączności i jednoznaczności przepisów prawa karnego podlega więc bilansowaniu z innymi konstytucyjnymi wartościami, a uzyskana w wyniku rozluźnienia tych wymogów elastyczność kryminalizacji służyć ma adekwatnej ochronie dóbr prawnych, w szczególności tych, które są szczególnie istotne z punktu widzenia konstytucyjnej aksjologii (zob. A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] *System prawa karnego*, t. 2, *Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 231-241).

²⁰³³ Przytoczony już wyrok TK z 9 czerwca 2010 r., SK 52/08; por. postanowienie TK z 22 maja 2013 r., P 37/12, OTK-A 2013, z. 4, poz. 53. Również wspomniany wcześniej przepis art. 115 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych został uznany za zgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP (postanowienie TK z 21 października 2009 r., P 31/07, OTK-A 2009, z. 9, poz. 144; wyrok TK z 17 lutego 2015 r., K 15/13, OTK-A 2015, z. 2, poz. 16).

²⁰³⁴ Zob. np. wyrok TK z 14 lutego 2012 r., P 20/10, OTK-A 2012, z. 2, poz. 15; wyrok TK z 13 kwietnia 1999 r., K 36/98, OTK 1999, z. 3, poz. 40; wyrok TK z 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK 2000, z. 1, poz. 3; wyrok TK z 10 kwietnia 2006 r., SK 30/04, OTK-A 2006, z. 4, poz. 42.

²⁰³⁵ Tak np. wyrok TK z 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK-A 2006, z. 1, poz. 2.

²⁰³⁶ A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 75 i 165-166.

w strukturze przestępstwa. Dla prospektywnego oddziaływania prawa karnego jako ultymatywnego narzędzia ochrony dóbr prawnych nie jest wystarczająca uprzednia rozpoznawalność samej bezprawności zachowania (naruszenia zakazu zawartego w normie sankcjonowanej), dodatkowo konieczna jest przewidywalność jego konsekwencji²⁰³⁷.

Zasada *nullum crimen, nulla poena sine lege* nie jest żadną „tyranią” czy „niepotrzebną troską o przestępcę”²⁰³⁸, ale udoskonaleniem niezbędnego dla prawidłowego spełniania przez prawo karne swej podstawowej funkcji, dodatkowego komunikatu skierowanego do adresatów norm sankcjonowanych wskazującego, które z zakazów całego systemu prawnego obwarowane są wzmożoną ochroną w postaci odpowiedzialności karnej²⁰³⁹. Ponadto dzięki niej prawo karne zostaje osadzone w ogólnoustrojowym kontekście demokratycznego państwa prawnego, w którym społeczeństwo samo określa swój interes, a jedyną właściwą do tego formą jest właśnie ustawa²⁰⁴⁰. Tylko w formie ustawy – aktu normatywnego uchwalonego przez przedstawicieli społeczeństwa jako reprezentantów i wyrazicieli woli ogółu – można w szczególności określić, które dobra prawne wymagają ochrony za pomocą prawa karnego i jaka konkretnie dolegliwość powinna być wymierzana za określone kategorie czynów społecznie szkodliwych, ponieważ normy określające odpowiedzialność karną w sposób szczególnie dotkliwy wkraczają w sferę dóbr jednostki²⁰⁴¹.

Przewidywalność reakcji karnej nie jest ideą nową, która wykształciłaby się dopiero wraz z oświeceniowymi ideami kodyfikacji prawa karnego, humanitaryzmu, liberalizmu czy demokratycznego państwa prawnego²⁰⁴². J. Makarewicz uważał, że choć obie współczesne

²⁰³⁷ Inaczej widział to K. Binding, według którego wystarczającą podstawę dla odpowiedzialności karnej stanowi możliwość uświadomienia sobie przez sprawcę bezprawności zachowania (mogącej wynikać również z norm usytuowanych poza państwowym prawem stanowionym), bez znaczenia jest natomiast, czy w chwili czynu to bezprawne zachowanie było stypizowane przez obowiązującą ustawę jako przestępstwo. Każdy czyn sprzeczny z porządkiem prawnym może być uznany za przestępstwo, zaś czynem karalnym przestępstwo staje się wtedy, gdy państwo uzna za właściwe wymierzyć jego sprawcy karę. Obowiązujący tekst ustawy karnej stanowi zatem jedynie wykaz przykładowych typów czynów karalnych, który nie wiąże sądu (zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 94-96).

²⁰³⁸ Zob. K. Binding, *Handbuch...*, op. cit., s. 17 i 28.

²⁰³⁹ Trafnie ujął to S. Glaser, według którego wprowadzenie do pojęcia przestępstwa istoty czynu (*Tatbestand*) służyło zawężeniu zakresu czynów karalnych tylko do niektórych przypadków zawinionego bezprawia, co jest konieczne, ponieważ z uwagi na rozległość i zmienność „całokształtu prawa przedmiotowego” uznanie, że karalne jest każde naruszenie jego nakazów i zakazów wyłączyłoby przewidywalność odpowiedzialności karnej (S. Glaser, *Polskie...*, op. cit., s. 152-156).

²⁰⁴⁰ Zob. W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937, s. 25-26.

²⁰⁴¹ Zob. R. Dębski, *Zasada nullum crimen sine lege i postulat wyłączności ustawy*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1992, z. 50, s. 112.

²⁰⁴² Dowód na to, że już starożytni mieli świadomość znaczenia przewidywalności reakcji karnej odnaleźć można np. w Digestach Justyniańskich, w których przytoczono myśl Ulpiana, że kara może być wymierzona jedynie wtedy, gdy została przewidziana za popełnienie danego czynu, bądź wynika z innego źródła prawa: „*poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est*” (A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 46).

zasady: *nullum crimen sine lege – nulla poena sine lege poenali* mogą nie być powszechnie obowiązujące, ale ich ograniczony zasięg nie wynika z charakteru niższych poziomów cywilizacyjnych, ale z istoty tych zasad²⁰⁴³. Trafnie prognozował też, że zasada *nullum crimen sine lege poenali* także w przyszłości będzie tylko częściowo realizowana i nic nie wskazuje, by kiedykolwiek obowiązywała powszechnie²⁰⁴⁴. Również W. Wolter podkreślał, że choć zarówno prawo karne odwołujące się do idei odwetu, jak i zasada *nullum crimen sine lege*, są sobie pokrewne, opierają się bowiem na fundamencie liberalnego postrzegania relacji jednostki i grupy, to jednak wymóg ustawowej podstawy reakcji odwetowej nie wynika z samej istoty odwetu²⁰⁴⁵. Niewątpliwie autor ten miał także rację, że teoria przymusu psychologicznego A. Feuerbacha, wbrew pozorom, nie straciłaby swego sensu po wyeliminowaniu z niej zasady *nullum crimen sine lege* ściśle rozumianej jako wymóg typizacji w ustawie, ponieważ przewidywanie nieuchronnej kary jako bodziec hamujący przed popełnieniem czynu zamiast na tekście ustawy może równie skutecznie opierać się na „poczuciu prawa”²⁰⁴⁶. Sam fakt ustawowej typizacji czynów karalnych w ustawie nie gwarantuje wysokiego stopnia jej określoności, a niekiedy kryminalizacja oparta na prawie zwyczajowym może wręcz być bardziej przewidywalna²⁰⁴⁷. Bez wątpienia Triobriandczyk mógł dokładnie przewidzieć konsekwencje cudzołóstwa z żoną wodza albo jego znieważenia, podobnie jak średniowieczny mieszkaniec Clarendon czy Krakowa – morderstwa czy rabunku, a poziom tej przewidywalności na pewno nie był mniejszy niż ten, który daje współczesna typizacja kodeksowa. Można nawet zaryzykować tezę, że w niektórych przypadkach na gruncie współczesnej ustawy karnej (np. „kauczukowego” art. 231 k.k.) rozpoznawalność zachowań karalnych jest zdecydowanie mniejsza.

W przywołanym już postanowieniu Sądu Najwyższego z 15 października 2014 r. trafnie zwrócono uwagę na to, że świadomość bezprawności nie jest równoznaczna z koniecznością znajomości przez sprawcę treści ustawowych znamion czynu zabronionego, wystarczające jest by uświadamiał on sobie, że swym czynem naruszył regułę postępowania, do której przestrzegania był zobowiązany. Stanowisko to jest niepodważalne z perspektywy koncepcji jednolitej, ogólnosystemowej bezprawności, w której błąd co do karalności, będący

²⁰⁴³ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 101.

²⁰⁴⁴ Ibidem, s. 105.

²⁰⁴⁵ W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 59.

²⁰⁴⁶ Ibidem, s. 59.

²⁰⁴⁷ Zwracają na to uwagę przedstawiciele islandzkiej nauki prawa karnego, podkreślając, że sam fakt zadeklarowania w porządku prawnym zakazu analogii nie przesądza o faktycznym poszanowaniu zasady *nullum crimen sine lege*, a z drugiej strony jej dopuszczenie nie przesądza o braku poszanowania tej zasady, gwarancyjne znaczenie ma bowiem nie sama ustawowa określoność czynu zabronionego, ale przewidywalność prawa karnego (zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 16 i powołana tam literatura islandzka).

czymś rodzajowo odmiennym od błędu co do bezprawności, jest prawnie irrelevantny²⁰⁴⁸. Nie zmienia to wszakże faktu, że sama świadomość bezprawności zachowania nie jest wystarczająca by pociągnąć jednostkę do odpowiedzialności karnej: warunkiem jest obiektywna przewidywalność reakcji karnej, to jest wyprzedzająca czyn rozpoznawalność normy sankcjonującej w takim jej znaczeniu, jakie ma tę odpowiedzialność uzasadnić²⁰⁴⁹.

Pojmowanie prawa jako zjawiska normatywnego o podwójnym, internalnym i eksternalnym, zakotwiczeniu społecznym oraz względ na prawnokarne bezpieczeństwo jednostki nakazują przyjąć, że czynem karalnym (czynem zabronionym w rozumieniu art. 115 § 1 k.k.) jest tylko takie zachowanie, którego znamiona są określone w ustawie karnej w sposób rozpoznawalny dla adresatów norm sankcjonowanych. Rozpoznawalność ta może wynikać albo z wystarczająco jasnych i jednoznacznych sformułowań tekstu prawnego, albo z ich doprecyzowania przez dostatecznie stabilne orzecznictwo oraz wypowiedzi nauki prawa. W tym ostatnim przypadku granice karalności czynu mają charakter dynamiczny: działalność praktyczna i teoretyczna wytycza linie demarkacyjne w paśmie niezdeterminowania typu czynu zabronionego, które umożliwiają adresatom norm bezpośrednią lub pośrednią (przy pomocy prawnika) orientację w zakresie kryminalizacji. Dopóki konkretne decyzje pojęciowe nie zostaną ustalone mocą rozproszonej aktywności podmiotów dokonujących wykładni przepisów prawa karnego, czyny mieszczące się w „cieniu semantycznym” przepisu karnoprawnego uznać należałoby za niekryminalizowane²⁰⁵⁰. Oczywiście koncepcja ta ma słaby punkt o cechach błędnego koła: by uznać określoną linię wykładniczą za wyznacznik obiektywnej przewidywalności karalności czynu muszą wcześniej zapaść orzeczenia przypisujące odpowiedzialność karną na jej podstawie, tych nie można jednak wydać dopóki stan przewidywalności reakcji karnej

²⁰⁴⁸ Tak m. in. Z. Ćwiakalski (Z. Ćwiakalski, *Błąd...*, op. cit., s. 122-123), W. Wolter (W. Wolter [w:] *Kodeks karny z komentarzem*, I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Warszawa 1973, s. 132) oraz S. Glaser i A. Mogilnicki (S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks...*, op. cit., s. 102-103). Autorzy przyjmujący, że norma sankcjonowana zawarta jest w przepisie karnym, a tym samym opowiadający się za partykularną bezprawnością prawnokarną z reguły dopatrują się natomiast w omawianych przypadkach błędu co do bezprawności (kryminalnej) uregulowanego w art. 30 k.k. (tak np. S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2017, s. 480-490). Trzeba zaznaczyć, że problem błędu co do bezprawności ma praktyczne znaczenie w zasadzie w przypadku kryminalizacji sztucznej (w sensie przestępstw *mala prohibita*), sankcjonującej zakazy nie pochodzące z upowszechnionych w danym społeczeństwie intuicji sprawiedliwościowych (zob. R. Kubiak, *Pojęcie usprawiedliwionego błędu w nowym kodeksie karnym*, Pal. 1998, z. 7-8, s. 37), ewentualnie w razie rozminięcia się normy prawnokarnej z moralnością i społeczną oceną danego zachowania (zob. Z. Ćwiakalski, *Błąd...*, op. cit., s. 134-135).

²⁰⁴⁹ Podobnie A. Rychlewska-Hotel (A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 496).

²⁰⁵⁰ Dopiero, gdy wykładnia operatywna utrwała się w powtarzalnych orzeczeniach można w ogóle mówić o ukształtowaniu się znaczenia znamienia czynu zabronionego jako terminu technicznoprawnego (zob. S. Żółtek, *Znaczenie...*, op. cit., s. 182-185). Podobne stanowisko zajęła również A. Rychlewska-Hotel (A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 496).

nie zostanie osiągnięty. Z kolei każdy przypadek uwolnienia od odpowiedzialności karnej z powodu braku jej przewidywalności jeszcze bardziej zmniejsza możliwość jej ustalenia w odniesieniu do kolejnych sprawców analogicznych czynów.

Jedynym sposobem przełamania tego błędnego koła jest odwołanie się do zasady „cienkiego lodu” i akceptacja faktu, że niektóre orzeczenia skazujące po prostu mają precedensowy charakter²⁰⁵¹. Można to oczywiście kontestować, jednak w ten właśnie sposób przedstawia się prawo karne w praktyce jego stosowania, niezależnie od tego jakie figury są używane by fakt ten ukryć²⁰⁵².

Próbę rozwiązania tego problemu podjęła A. Rychlewska-Hotel, która opierając się na proceduralnych teoriach znaczenia, wiążących je z praktyką użycia wyrażenia przez osoby kompetentne w posługiwaniu się danym językiem – w tym przypadku językiem prawnym²⁰⁵³ – oraz koncepcji podziału znaczenia na „jądro” (rdzeń znaczeniowy: pozytywny jako obszar bezspornego użycia danej nazwy i negatywny, stanowiący „krąg zewnętrzny”, który obejmuje przedmioty i zjawiska bezspornie z zakresu tej nazwy wykluczone) oraz „cień semantyczny”, skonkludowała, że granicą wykładni prawa są wszystkie możliwe znaczenia językowe, a więc zarówno te, które mieszczą się w pozytywnym rdzeniu znaczeniowym, jak i te, które pozostają w cieniu semantycznym. Punktem odniesienia są tu wypowiedzi sądów i przedstawicieli doktryny, jako kompetentnych użytkowników języka prawnego, przy czym z perspektywy zasady *nullum crimen sine lege* relewantnym momentem na osi czasu powinien być czas popełnienia przestępstwa. Gwarancyjny model wykładni i stosowania prawa karnego przedstawia się w ten sposób, że uznanie przedmiotu lub zjawiska za desygnat znamienia typu czynu zabronionego pod groźbą kary, którego ta nazwa jest nośnikiem, stanowić będzie wykładnię literalną, wtedy gdy ów przedmiot lub zjawisko mieścić się będą w każdym z jej alternatywnych znaczeń opracowanych przez orzecznictwo lub piśmiennictwo w czasie popełnienia przestępstwa, względnie w znaczeniu zgodnie przyjmowanym w tym czasie przez sądownictwo i przedstawicieli doktryny.

²⁰⁵¹ ETPC dopuszcza precedensowe skazanie w ramach „rozpoznawalnego kierunku rozwoju orzecznictwa” (*perceptible line of case law development*), jak to miało miejsce np. w przypadku zawężenia zakresu znamion wykształconego jeszcze w XVIII w. w angielskim *common law* kontratypu tzw. immunitetu małżeńskiego, wyłączającego odpowiedzialność karną za zgwałcenie w małżeństwie, który ewidentnie godził w chronioną na gruncie EKPC godność i wolność seksualną jednostki (zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 378-379 oraz orzeczenia tam powołane). Jak zauważyła A. Rychlewska-Hotel, retroaktywna zmiana linii wykładniczej na niekorzyść jest zasadą w polskim systemie prawa karnego (ibidem, s. 486).

²⁰⁵² Jako przykład wzorcowy przywołać można zawarte w uzasadnieniu cytowanego już postanowienia Sądu Najwyższego z 15 października 2014 r. rozważania dotyczące prawnej nieistotności skutków rzekomego „braku umiejętności interpretacji przepisu” po stronie oskarżonego, który w rzeczywistości po prostu nie antycypował przyszłej linii wykładniczej.

²⁰⁵³ Zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., 228 i nast.

W przypadku korelacji z niektórymi tylko spośród alternatywnych znaczeń opracowanych przez judykaturę i doktrynę prawa karnego będziemy mieli do czynienia z dopuszczalną, bo mieszczącą się w granicach możliwych znaczeń językowych, wykładnią rozszerzającą. Natomiast wykładnia przyjmująca znaczenie nazwy stanowiącej znamię czynu zabronionego, które nie mieści się w zakresie znaczeniowym tej nazwy w żadnym z jej alternatywnych znaczeń wypracowanych przez orzecznictwo lub piśmiennictwo w czasie popełnienia przestępstwa, względnie w znaczeniu zgodnie przyjmowanym w tym czasie przez tych kompetentnych użytkowników języka prawnego, oznaczać będzie zastosowanie (niedopuszczalnej) analogii²⁰⁵⁴.

Ta interesująca koncepcja nie jest niestety wolna od wad²⁰⁵⁵. Po pierwsze, nie bierze pod uwagę tego, że rzeczywista praktyka językowa prawników – choć niewątpliwie niezwykle istotna przy wyznaczeniu zmiennego w czasie znaczenia danego wyrażenia – nie jest jednak jedynym i doskonałym układem odniesienia. Nierzadko na temat denotacji określonych znamion czynu zabronionego wypowiedane są bowiem, tak w orzecznictwie, jak i w nauce prawa karnego, poglądy oczywiście błędne. Zdarzają się również przypadki, że błędne użycie danej nazwy jest zgodnie przyjmowane przez kompetentnych użytkowników języka prawnego. Powszechność, a nawet wyłączość, takiego użycia nazwy w niczym nie zmienia faktu, że jest ono błędne. Choć rozstrzygnięcia poznawcze są zrelatywizowane do układu pojęciowego, to jednak w jego ramach mają charakter obiektywny²⁰⁵⁶. Omawiana koncepcja nie rozwiązuje też problemu „błędneho koła”, ponieważ opracowanie znaczenia przez orzecznictwo sądowe ze swej natury musi polegać na wydaniu rozstrzygnięcia o charakterze precedensowym, choćby odwołano się w nim do stanowiska zaprezentowanego wcześniej w nauce prawa karnego. Paradoksalnie prowadzi ona również do rezultatów antygwarancyjnych, skoro „samozabezpieczenie się” jednostki przed odpowiedzialnością karną wymagałoby wykluczenia wszelkich, użytych w orzecznictwie i doktrynie prawa karnego, alternatywnych znaczeń danej nazwy stanowiącej znamię czynu zabronionego pod groźbą kary.

Prospektywność kryminalizacji jest warunkiem *sine qua non* prawa karnego jako normatywnego narzędzia ochrony wartości społecznych. Jego pragmatyczne oddziaływanie

²⁰⁵⁴ Zob. ibidem, s. 258-262.

²⁰⁵⁵ Co dostrzega także sama autorka (zob. ibidem, s. 493).

²⁰⁵⁶ Jako przedmioty Popperowskiego Świata 3 mogą istnieć nawet przez nikogo jeszcze nie pomyślane, prawidłowe użycia danej nazwy, z drugiej strony możliwe są użycia powszechne, choć wadliwe z perspektywy obiektywnych właściwości danego układu pojęciowego. Jest tak, ponieważ pomiędzy językiem a światem zachodzi korespondencja, ze względu na którą decyzje pojęciowe mogą być lepsze lub gorsze, a niektóre z nich całkowicie błędne.

nie wynika jednak z samego wpływu opublikowanego, statycznego tekstu ustawy na racjonalne, świadome decyzje adresatów norm, ale z kompleksowej, obejmującej również procesy nieświadome i emocjonalne, percepcji faktycznej praktyki karania oraz okołoprawnej komunikacji społecznej²⁰⁵⁷. Obszar „cienkiego lodu” może być przez ustawodawcę prowizorycznie oznaczony poprzez syntetyczną konstrukcję znamion czynu zabronionego²⁰⁵⁸, rozmywającą jego kontur wokół bezspornego „rdzenia zakazu”²⁰⁵⁹, w konsekwencji czego adresaci norm prawa karnego otrzymują komunikat, że na semantycznych obrzeżach typu czynu zabronionego istnieje ryzyko poniesienia odpowiedzialności karnej. Dopóki nie wykształci się wyraźna linia orzecznicza, przewidywalność reakcji karnej nie oznacza jej absolutnej pewności, a jedynie dostępną dla każdego sygnalizację, że podjęcie zachowania mieszczącego się w „paśmie niezdeterminowania” przepisu karnoprawnego²⁰⁶⁰ jest równoznaczne z poruszaniem się po „cienkim lodzie” i może do takiej odpowiedzialności doprowadzić²⁰⁶¹.

²⁰⁵⁷ We współczesnej nauce prawa karnego zwrócono uwagę na powierzchowność i nieadekwatność pierwszych koncepcji wiążących ze sobą zasadę ustawowej wyłączności oraz oddziaływanie ogólnoprewencyjne, w tym zwłaszcza teorii przymusu psychologicznego A. Feuerbacha (K. Buchała, A. Zoll, *W stu pięćdziesięciolecie...*, op. cit., s. 32; zob. też L. Lemell, *Podstawowe zagadnienia penologii*, Warszawa 1977, s. 116-118). Zarzut ten jest niepodważalny, choć nie do końca sprawiedliwy, stawiany jest bowiem koncepcji wypowiedzianej co najmniej pół wieku przed podjęciem naukowych badań nad człowiekiem i jego środowiskiem kulturowym. Niezależnie od swoich słabości teoria przymusu psychologicznego, podobnie jak i koncepcja kary J. Bentham’a, trafnie zwróciła uwagę na przewidywalność reakcji karnej jako *ratio essendi* funkcji ochronnej prawa karnego.

²⁰⁵⁸ Celowo w taki właśnie sposób ukształtowano przepisy części szczególnej kodeksu karnego z 1932 r., by je uelastycznić i dzięki temu umożliwić sądom reagowanie na nowe formy karygodnego naruszenia porządku prawnego (zob. W. Makowski, *Kodeks...*, op. cit., s. 24-25; J. Jamontt, E.St. Rappaport, *Kodeks...*, op. cit., s. XXI-XXII). W. Wolter podkreślał, że tego rodzaju rozwiązanie jest lepsze, aniżeli dopuszczenie analogii na gruncie ustawodawstwa kazuistycznego, natomiast prawdziwe zagrożenie dla praw obywatela stanowiłoby połączenie odformalizowania ustawy z dopuszczalnością stosowania analogii w praktyce orzeczniczej (W. Wolter, *Czy uchylić...*, op. cit., s. 74-75). Ten kierunek techniki legislacyjnej aprobują również ETPC podkreślając wartość, jaką stanowi elastyczność prawa, pozwalająca na ewolucyjną wykładnię przepisów prawno-karnych i dostosowywanie kryminalizacji do zmiennych okoliczności faktycznych (zob. A. Rychlewska, *Zasada...*, op. cit., s. 166-167). Z kolei polski Trybunał Konstytucyjny trafnie zwrócił uwagę na fakt, że konkretyzacja przez sądy pojęć nieostrych *a casu ad casum* dokonywana jest w istocie z woli ustawodawcy [podkr. własne] (zob. wyrok z 14 lutego 2012 r., P 20/10, OTK-A 2012, z. 2, poz. 5). Taka działalność orzecznicza ma więc pośrednią legitymację demokratyczną (zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 297-299).

²⁰⁵⁹ Zob. L. Gardocki, *Prawo...*, op. cit., s. 17.

²⁰⁶⁰ W obszarze „niebezpieczeństwa oddziaływania normy”, jak to określił W. Wolter (W. Wolter, *Zasada nullum crimen sine lege przed Trybunałem Haskim*, PPIA 1936, t. 61, s. 80).

²⁰⁶¹ W literaturze angielskiej trafnie wskazuje się, że akceptowana przez ETPC „stopniowa klaryfikacja przesłanek odpowiedzialności karnej w drodze sądowej wykładni prawa”, podobnie jak i koncepcja „racjonalnej” przewidywalności konsekwencji prawno-karnych w istocie rzeczy daje podstawy do posługiwania się konstrukcją *thin-ice particle* w praktyce orzeczniczej (zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 196-197 i literatura tam przytoczona). Warto dodać, że dopuszczenie stosowania analogii w islandzkim prawie karnym uzasadnia się koniecznością zapewnienia równości wobec prawa i zachowania społecznego poczucia sprawiedliwości, co zostałoby naruszone, gdyby dwie osoby zostały potraktowane inaczej w sytuacji, gdy czyny, których się dopuścili były „prawie identyczne” (zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 305 i powołana tam literatura). Dopuszczenie odpowiedzialności karnej na zasadzie *thin-ice particle*

5. Wina

5.1. Uwagi wstępne

W rozwoju pojęcia karnoprawnej winy na pierwszy plan wysuwa się stopniowe wypieranie teorii psychologicznej, pojmującej ją jako stosunek psychiczny sprawcy do czynu²⁰⁶², czyli pewną zaszczość psychiczną wiążącą sprawcę podmiotowo z jego czynem lub spowodowanym skutkiem (subiektywny stan człowieka, który stał się przyczyną popełnienia przestępstwa)²⁰⁶³, przez teorię normatywną, uznającą, że istotą winy jest zarzucalność czynu o znamionach odpowiadających ustawowemu typowi (możliwość postawienia sprawcy zarzutu wadliwości procesu decyzyjnego w sytuacji, w której można było od niego oczekiwać postępowania zgodnego z nakazem normy prawnej)²⁰⁶⁴. To drugie ujęcie kładzie akcent na element oceny opartej na stwierdzeniu możliwości dania przez sprawcę posłuchu normom²⁰⁶⁵.

5.2. Wina jako zarzucalność sprawstwa

B. Wróblewski poszukując jądra znaczeniowego słowa „wina”, na podstawie analizy lingwistycznej korelatywnego wyrazu „winien” oraz innych wyrazów pokrewnych w polskim języku potocznym uznał, że wyraz „wina” daje się w nim zastąpić zwrotem „zarzucalne przyczynienie się (do czegoś ujemnego)”²⁰⁶⁶. Według I. Andrejewa taka zarzucalność zachodzi, gdy spełnione są warunki dotyczące osoby sprawcy i jego świata psychicznego²⁰⁶⁷, a wina w aspekcie semantycznym oznacza to samo, co wina rozważana ze względu na funkcje, jakie pojęcie to pełni we współczesnym prawie karnym i bez

paradoksalnie może więc służyć zwiększeniu „globalnej” określoności czynu zabronionego, gdy ograniczenie lingwistycznej jednoznaczności tekstu ustawy poprawia moralną rozpoznawalność zawartej w niej regulacji, dzięki likwidacji skutków przeoczeń legislacyjnych i konsekwencji nienadążania ustawy za rozwojem społeczno-gospodarczym.

²⁰⁶² W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 159.

²⁰⁶³ W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 113; W. Borowski, *Zasady prawa karnego. Część ogólna*, Warszawa 1922, s. 148.

²⁰⁶⁴ W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 326; A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 40. Z uwagi na przedmiot pracy nie ma potrzeby omawiania w niej odmian teorii psychologicznej oraz normatywnej, jak i stanowisk pośrednich, prowadzących od ujęcia psychologicznego do czystej koncepcji normatywnej, takich jak w szczególności tzw. kompleksowa teoria normatywna (na ten temat zob. np. M. Kowalewska-Łukuć, *Wina...*, op. cit., s. 51-57; A. Zoll, *O wartościowaniu czynu w prawie karnym. Uwagi na marginesie artykułu prof. I. Andrejewa o pojęciu winy*, PiP 1983, z. 4, s. 109; idem, *Strona podmiotowa i wina w Kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji*, [w:] *Prawo – społeczeństwo – jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003, s. 410; A. Wąsek, *Ewolucja prawnokarnego pojęcia winy w powojennej Polsce*, PPK 1990, z. 4, s. 14).

²⁰⁶⁵ W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 113.

²⁰⁶⁶ B. Wróblewski, *Studia z dziedziny prawa i etyki*, Warszawa 1934, s. 270.

²⁰⁶⁷ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 171-172.

sugerowania się treścią samej nazwy „wina”²⁰⁶⁸. Normatywnie pojmowana wina, której sens najlepiej oddają słowa J. Goldschmidta, jednego z twórców tej koncepcji, że nie polega ona na tym, że ktoś chce zrobić coś, co nie powinno się stać (*Wollen des Nicht-Sein-Sollenden*), ale na tym, że nie powinien był tego chcieć (*nicht-sein-sollendes Wollen*)²⁰⁶⁹, nie jest więc nową konstrukcją dogmatyczną, a jedynie przywróceniem pojęciu winy jego pierwotnego, preteoretycznego znaczenia.

Spór o istotę karnoprawnej winy umieścić trzeba na szerszym tle, mocno wpisuje się on bowiem w ogólną kontrowersję w sprawie ontologicznego statusu kultury, a w konsekwencji właściwego paradygmatu nauk społecznych. Nie może być zaskoczeniem, że psychologiczne pojmowanie winy wyrosło na gruncie naturalistycznego odłamu szkoły pozytywnej, który w ślad za ogólnym filozoficzno-naukowym pozytywizmem, domagającym się oczyszczenia „wiedzy pozytywnej” z wszelkiej „metafizyki”, negującym wartość poznawczą wypowiedzi oceniających oraz normatywnych i zakładającym metodologiczną jedność nauki²⁰⁷⁰, próbował doszukać się istoty winy w czymś opisywalnym i stwierdzalnym w ramach paradygmatu nauk ścisłych²⁰⁷¹. Do spełnienia tej roli dobrze nadawał się świat zjawisk psychicznych, którego poznawanie, wraz z rozwojem naukowej psychologii, w drugiej połowie XIX wieku przestało być domeną spekulatywnej filozofii, a stało się jedną z dziedzin wiedzy empirycznej.

Podejście to konweniowało z właściwym wczesnemu darwinizmowi drugiej połowy XIX w. przeciwstawieniem sobie stanu naturalnego oraz etycznego²⁰⁷². Paradygmat nauk przyrodniczych, tak jak go wówczas rozumiano, nakazywał poszukiwać desygnatu pojęcia winy w empirycznie poznawalnej rzeczywistości natury, po to, by dzięki uzyskanej w ten sposób wiedzy, jak Huxleyowski ogrodnik plewiący chwasty trzymać ją w ryzach za pomocą narzędzi kulturowych (w tym przypadku oddziaływania resocjalizacyjnego aplikowanego

²⁰⁶⁸ Ibidem, s. 169-172. Konstatacja ta jest tym bardziej istotna, że – jak słusznie zauważył P. Zakrzewski – dokonując analizy pojęcia prawnokarnej winy nie można ograniczyć się wyłącznie do argumentów językowych (P. Zakrzewski, *Stopniowanie...*, op. cit., s. 163).

²⁰⁶⁹ J. Goldschmidt, *Der Notstand*, op. cit., s. 12-13.

²⁰⁷⁰ *Pozytywizm*, [w:] *Wielka Encyklopedia PWN*, t. 22, op. cit., s. 199.

²⁰⁷¹ Ducha tej epoki oddaje stanowisko F. Liszta, który uważał, że wina jest jedynie pewnym faktem, nie ma natomiast w sobie ładunku etycznego czy ocenego (podają za: M. Król-Bogomilska, „*Formy winy*”..., op. cit., s. 50). Warto zauważyć, że kierunek psychologiczny zainicjował, obok C. Stübbla i K. Grolmana, również A. Feuerbach, który początkowo pojmował winę normatywnie, przyjmując, że polega ona na tym, że sprawca nie dał się odstraszyć ustawie od popełnienia przestępstwa (D. Janicka, *Nauka o winie i karze w dziejach klasycznej szkoły prawa karnego w Niemczech w I połowie XIX wieku*, Toruń 1998, s. 51 i 173; K. Buchała, [w:] *Wina w prawie karnym*, W. Wolter, K. Buchała, M. Dąbrowski, Kraków 1954, s. 17-18).

²⁰⁷² Co, jak już wspomniano, zniekształcało rzeczywistą myśl K. Darwina.

czysto rozumowo na wzór środków terapeutycznych²⁰⁷³). Skrajny przykład takiego podejścia widać u E. Ferriego, który postulując prawo karne bez winy i kary, zakładał, że warunkiem zastosowania przewidzianych przez nie środków będzie stwierdzenie, że u sprawcy występowały psychiczne komponenty czynu²⁰⁷⁴. Również jednak w mniej radykalnych wizjach prawa karnego jeszcze przez dłuższy czas utrzymało się silne powiązanie winy ze „stwierdzalną” stroną psychiczną przestępstwa z wyłączeniem elementu potępienia moralnego²⁰⁷⁵.

Zwrot w kierunku normatywnego pojmowania winy nastąpił wraz z odejściem od założeń pozytywizmu ku filozofii wartości, w ramach której człowiek przestał być rozpatrywany w kategoriach natury, a jego stosunek do społeczeństwa uznano natomiast za domenę kultury²⁰⁷⁶. Był to więc jeszcze jeden z przejawów oddziaływania konwencji nazwanej później przez ewolucjonistów „standardowym modelem nauk społecznych”, której myśl przewodnią stanowi założenie wyłącznie kulturowego uwarunkowania zjawisk społecznych oraz immanentnego braku możliwości zastosowania paradygmatu nauk przyrodniczych do badania ludzkiej kultury.

Spór pomiędzy zwolennikami psychologicznej oraz normatywnej teorii winy nie sytuował się więc wyłącznie na obszarze dogmatyki prawa karnego, ale swe źródła miał w fundamentalnej kontrowersji na temat natury człowieka i tworzonej przez niego kultury, a także możliwości i sposobów ich poznania. Już jednak E. Mezger dostrzegł jego jałowość wobec faktu, że czystego „psychologizmu” w nauce prawa karnego właściwie nigdy nie

²⁰⁷³ Jak to często w przypadku memów bywa, intelektualne źródło tej koncepcji jest zaskakujące: pierwszą kodyfikacją, w której przewidziano przekreślające zasadę *nullum poena sine lege* kary nieoznaczone był skonstruowany w duchu absolutyzmu oświeconego i antynaukowej tendencji propagowanej przez Fryderyka II Landrecht pruski. Uzasadnienie ich wprowadzenia było jednak zbieżne z niektórymi wątkami humanitarnej myśli Oświecenia, a zwłaszcza sformułowanym przez Suareza postulatem tworzenia domów pracy, w których sprawcy przestępstw po odbyciu kary mieliby przebywać tak długo, aż uzyskaliby możliwość utrzymania się z uczciwej pracy (zob. S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 86). Opracowane w ramach naturalistycznego nurtu pozytywizmu w prawie karnym, a następnie w szkołach obrony społecznej, koncepcje „dwutorowe”, w bliższym oglądzie okazują się więc jedynie kolejnym przetworzeniem motywów przewijających się już wcześniej, do tego w pozornie antagonistycznych filozofiach reakcji karnej. W każdym jednak przypadku wiążą się one z pojmowaniem prawa karnego jako reakcji na społeczne niebezpieczeństwo sprawcy, nie zaś na społeczną szkodliwość popełnionego czynu (jak głosił F. Liszt: „to nie czyn, lecz jego sprawca podlega ukaraniu, toteż kary należy dostosować do osobowości i stopnia niebezpieczeństwa sprawcy” – podaję za: A. Marek, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 33). Czyn stanowi w tym ujęciu nie przedmiot prawnokarnego wartościowania, ale – jako symptom – przesłankę do objęcia takim wartościowaniem osoby jego sprawcy (np. czołowy przedstawiciel nurtu *Social Defense* M. Ancel definiował przestępstwo jako „fakt ludzki, który stanowi objaw i wyraz osobowości sprawcy” – zob. L. Tyszkiewicz, *Doktryny i ruch „obrony społecznej” we współczesnym prawie karnym*, Poznań 1969, s. 109 i 121-122).

²⁰⁷⁴ I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 160.

²⁰⁷⁵ Ibidem.

²⁰⁷⁶ Ibidem.

było²⁰⁷⁷, między innymi z tego powodu, że nie sposób znaleźć jakiegokolwiek psychicznego korelatu dla tej postaci psychologicznie rozumianej winy, jaki tradycyjnie określano mianem niedbalstwa²⁰⁷⁸, ponieważ granicę pomiędzy nim a brakiem winy wyznaczają wyłącznie elementy normatywne²⁰⁷⁹. Teoria psychologiczna nie radzi sobie także z wytłumaczeniem, z czego wynika brak zawinienia w przypadku sprawcy niepoczytalnego, którego stosunek psychiczny do czynu może być identyczny jak sprawcy poczytalnego (może on np. chcieć popełnienia czynu zabronionego i mieć świadomość możliwości jego popełnienia)²⁰⁸⁰. W pojęciu winy musi zawierać się więc element oceny²⁰⁸¹.

Trudności z udzieleniem odpowiedzi na pytanie o istotę winy doprowadziły do powstania koncepcji, które rezygnując z takich ambicji, koncentrowały się na wyjaśnieniu sposobu istnienia winy²⁰⁸²: statusu logiczno-semantycznego wyrazu „wina” (teoria relacyjna)²⁰⁸³ lub społecznej funkcji tego zjawiska (teoria funkcjonalna)²⁰⁸⁴.

W ujęciu metodologicznym (teoria relacyjna) zaproponowanym przez W. Patryasa²⁰⁸⁵ wyrażenie „wina” jest nazwą zbioru trójek uporządkowanych, stanowiącego relację zawinienia (X zawinił C w okresie t). Wyraz „wina” nie jest – z semiotycznego punktu widzenia – podobny do takich wyrazów, jak „koń”, „planeta” czy „człowiek”, a jest raczej

²⁰⁷⁷ E. Mezger, *Strafrecht...*, op. cit., s. 250. Podobnie S. Glaser uważał, że spór pomiędzy teorią psychologiczną a normatywną w istocie rzeczy nie dotyczy tego, czy w pojęciu winy ma tkwić element oceny, ale czy wartościowanie ma być ograniczone do kwestii poczytalności i stosunku psychicznego sprawcy do czynu, czy też opierać się także na dodatkowych elementach (zob. S. Glaser, *Normatywna nauka o winie*, Warszawa 1934, s. 20-24).

²⁰⁷⁸ Zob. M. Kowalewska-Lukuć, *Wina...*, op. cit., s. 43-49.

²⁰⁷⁹ Zob. np. W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, op. cit., s. 171.

²⁰⁸⁰ Zob. A. Zoll, *Kwalifikacja prawna czynu i wina niepoczytalnego sprawcy*, [w:] *Okoliczności wyłączające winę: materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2010, s. 14. Zasygnalizować należy jednak, że możliwość ustalania strony podmiotowej czynu sprawcy niepoczytalnego wywołuje kontrowersje (zob. T. Kaczmarek, *Spory...*, [w:] *W kręgu teorii...*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, op. cit., s. 177; A. Zoll, *Spory wokół charakteru odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw popełnionych w warunkach zawinionej niepoczytalności*, PiP 2004, z. 1, s. 44). W sporze tym co do zasady rację należy przyznać A. Zollowi, że niepoczytalność nie wyklucza przypisania znamion strony podmiotowej, tym niemniej jednak M. Kowalewska-Lukuć słusznie zastrzegła, że w przypadku, gdy sprawca nie rozpoznaje nawet ontologicznego znaczenia czynu, nie sposób przypisać mu umyślności oraz świadomej nieumyślności (M. Kowalewska-Lukuć, *Wina...*, op. cit., s. 194). Błąd co do któregośkolwiek znamienia strony przedmiotowej czynu zabronionego wyklucza bowiem zamiar jego popełnienia, a z uwagi na tożsamość elementu intelektualnego – również świadomą nieumyślność (zob. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 45-46; Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym [zagadnienia ogólne]*, Poznań 2013, s. 39-44).

²⁰⁸¹ I. Andrejew, *O pojęciu winy w polskim prawie karnym*, PiP 1982, z. 7, s. 40.

²⁰⁸² Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Kilka uwag o relacyjnym ujęciu winy w prawie karnym*, RPEiS 2001, z. 4, s. 73.

²⁰⁸³ Zob. Ł. Pohl [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, red. R. Stefański, s. 49.

²⁰⁸⁴ Teoria ta jest częścią szerszego nurtu teoretycznego, który porzucając stanowiska ontologizujące orientował się na systematykę przestępstwa skonstruowaną na podstawie funkcji spełnianych przez prawo karne (zob. E. Weigend, *O okolicznościach wyłączających odpowiedzialność karną w prawie RFN*, PiP 1990, z. 10, s. 43 i nast.).

²⁰⁸⁵ Zob. W. Patryas, *Interpretacja...*, op. cit., s. 191-198.

podobny do takich, jak „przyjaźń”, „ojcostwo” bądź „mniejszość”, będących nazwami pewnych relacji²⁰⁸⁶. Według J. Majewskiego i P. Kardasa o ile formalna struktura winy nie jest zależna od konkretnego ustawodawstwa karnego, o tyle jego wyrazem jest merytoryczna treść winy. Sama zaś, zmodyfikowana przez tych autorów, relacja „bycia winnym”²⁰⁸⁷ pełni funkcję legitymizującą wobec kary²⁰⁸⁸. W tym ujęciu koncepcja relacyjna zbliża się już do teorii funkcjonalnej, której przedstawiciele, trafnie dostrzegli, że treść pojęcia winy nadaje cel, co oznacza, że przesłanki zawinienia są wtórne do społecznej potrzeby ukarania²⁰⁸⁹.

Bez ryzyka błędu można przyjąć, że celem tym jest spersonalizowanie ujemnej oceny²⁰⁹⁰ oraz potępienie sprawcy²⁰⁹¹.

²⁰⁸⁶ Również M. Cieślak uznawał, że wina w rozumieniu prawa karnego jest typową hipostazą (przedmiotem pozornym). Nie istnieje w sensie samodzielnego elementu rzeczywistości, ponieważ jest tylko cechą czynu, a jej słowna postać – rzeczownik „wina” – wyraża treść przymiotnikową. Innymi słowy, w rzeczywistości nie ma winy, są tylko czyny zawinione (M. Cieślak, *Polskie...*, op. cit., s. 293). Jeszcze wcześniej taką specyfikę wyrazu „wina” przyjmował Cz. Znamierowski (zob. Cz. Znamierowski, *Rozważania wstępne do nauki o moralności i prawie*, Warszawa 1964, s. 198).

²⁰⁸⁷ Według J. Majewskiego i P. Kardasa w polskim systemie prawa karnego pełna definicja bycia winnym mogłaby brzmieć: „Podmiot x i jego zachowanie się y spełniają relację bycia winnym *R_w* wtedy i tylko wtedy, gdy podmiotowi x można zarzucić (postawić zarzut), że w czasie swego bezprawnego, karalnego i karygodnego zachowania się y nie dał posłuchu normie prawnej (nie dochował wierności prawu) (J. Majewski, P. Kardas, *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, PiP 1993, z. 10, s. 74).

²⁰⁸⁸ J. Majewski, P. Kardas, *O dwóch znaczeniach...*, op. cit., s. 74-75.

²⁰⁸⁹ Zob. bliżej: K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 237; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 323; zob. też C. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York 1973, s. 16. Już w 1947 r. S. Stomma nazwał winę „klasyczną fikcją prawa karnego”, zauważając, że „w prawdziwym przebiegu oceny poszczególnych przypadków idzie się od kary do winy, a nie odwrotnie”, to znaczy „jest wina, gdy trzeba karać” (S. Stomma, *Fikcja winy*, PiP 1947, z. 10, s. 11-19, idem, *Wina i związek przyczynowy w rozwoju prawa karnego*, Wilno 1938, s. 54). Wyprzedzając ewentualną krytykę z pozycji aksjologicznych trzeba podkreślić, że uznanie deskryptywnych walorów tej teorii nie jest równoznaczne z akceptacją wywodzonych z niej postulatów, w szczególności relatywizacji przesłanek zawinienia i przyznania w tej materii dużej swobody ustawodawcy (zob. A. Zoll, *Kwalifikacja...*, op. cit., s. 18). Jak wielokrotnie już wskazywano, właściwe współczesnemu demokratycznemu państwu prawnemu humanitarne i gwarancyjne pojmowanie winy nie jest przejawem legislacyjnego kaprysu, który można dowolnie zastąpić innym modelem odpowiedzialności, ale stanowi zdobycz cywilizacyjną osiągniętą w procesie, który krok po kroku udoskonala środowisko kulturowe człowieka. Dezaktualizuje to zarzut, że posługiwanie się funkcjonalnym ujęciem winy jest równoznaczne z zanegowaniem całej ewolucji prawa karnego od obiektywizmu do subiektywizmu (zob. Z. Papierkowski, *Fikcja winy czy niezrozumienie nowoczesnego prawa karnego*, PiP 1948, z. 1, s. 74).

²⁰⁹⁰ Zob. E. Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente*, „Der Gerichtssaal” 1924, Bd. 89, s. 250; zob. również I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 171.

²⁰⁹¹ Przedstawiciele teorii funkcjonalnej z zasady zakładają, że uzasadnieniem dla przyjęcia winy jest celowość wymierzenia sprawcy kary, podyktowana względami szczególnie- lub indywidualno-prewencyjnymi (zob. A. Wąsek, *Ewolucja...*, op. cit., s. 11; A. Barczak-Oplustil, *Zasada koincydencji winy i czynu w Kodeksie karnym*, Kraków 2016, s. 145-146; G. Jakobs, *O prawnokarnej funkcji zamiaru, nieumyślności i winy*, [w:] *Teoretyczne...*, red. T. Kaczmarek, op. cit., s. 36). Spotkało się to z trafną krytyką, w ramach której m. in. podkreślono, że istota winy jest zbyt silnie zakotwiczona w retrybucyjnej funkcji prawa karnego, by sprowadzać ją do wymiaru czysto prewencyjnego (zob. J. Waszczyński, *Wina a prewencyjny aspekt kary*, [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej*, op. cit., s. 276). Zasadność tego zarzutu nie podważa, moim zdaniem, samego sedna funkcjonalnego spojrzenia na winę, a mianowicie, że jest ona kategorią niejako wtórną wobec społecznego celu, jakim jest ukaranie sprawcy. Rzecz bowiem w tym, że cel ten nie sprowadza się do oddziaływania prewencyjnego, obejmuje też reakcję retrybucyjną (moralny odwet) w całej złożoności jej relacji z prewencyjnym oddziaływaniem kary.

Jak to już za J. Makarewiczem podkreślano, potępienie jest immanentną, wpisaną w sam rdzeń znaczeniowy tego pojęcia („ostra nagana”), cechą kary we wszystkich kulturach i na wszystkich etapach rozwoju prawa karnego²⁰⁹². Pojęcie kary wytycza zarazem znaczenie pojęcia przestępstwa: jest nim to, za co wymierzana jest kara.

Choć uważa się, że J. Makarewicz nie przywiązywał wagi do ścisłego zdefiniowania pojęcia winy i właściwie przeszedł do porządku nad toczącym się wówczas w literaturze niemieckiej sporem, który na polski grunt przeniósł dopiero W. Wolter²⁰⁹³, to jednak omawiając winę w ramach problematyki „strony faktycznej” przestępstwa („odpowiedzialności podmiotowej”) i akcentując w niej pewien stosunek skutku do nastroju sprawcy²⁰⁹⁴, bez wątpienia dostrzegał także normatywny aspekt winy. Znalazło to wyraz choćby w wyróżnieniu, w ramach wywodu o historycznych przemianach represji karnej, „winy obiektywnej” i „winy subiektywnej” (a także „winy kolektywnej” i „winy indywidualnej”)²⁰⁹⁵. Gdy J. Makarewicz podkreślał, że na początkowym etapie rozwoju prawa karnego „materialistyczny punkt widzenia dominował w teorii winy i miał także racjonalistyczne uzasadnienie”, polegające na tym, że „nawet przypadkowo wyrządzona szkoda pozostaje szkodą”²⁰⁹⁶, to niewątpliwie przez winę rozumiał w tym przypadku coś innego niż stosunek skutku do nastroju psychicznego sprawcy. Skoro podstawą odpowiedzialności obiektywnej było samo przypisanie przyczynienia się do szkody (zła), bez wymogu spełnienia subiektywnych warunków dotyczących osoby sprawcy i jego świata psychicznego, to psychologicznie rozumiana wina pojawić mogła się dopiero wraz subiektywizacją odpowiedzialności karnej²⁰⁹⁷. „Wina obiektywna” to przecież z perspektywy teorii psychologicznej oksymoron.

Pojęcie „wina obiektywna” niewątpliwie nie jest jednak wewnętrznie sprzeczne. Zarzut winy, także we współczesnym ujęciu jej warunków, odnosi się przecież nie do samego ich spełnienia (poczytalności, dojrzałości, rozpoznawalności bezprawności i innych warunków determinujących zdolność do sensownej autodeterminacji w danych okolicznościach), ale do faktu nie zastosowania się do nakazu normy prawnej pomimo takiej możliwości związanej ze spełnieniem tych warunków²⁰⁹⁸. Elementy subiektywne określają

²⁰⁹² Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, op. cit., s. 266; idem, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 15.

²⁰⁹³ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 162-163.

²⁰⁹⁴ Zob. np. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 140; idem, *Polskie...*, op. cit., s. 97-98 i 303.

²⁰⁹⁵ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 331-464.

²⁰⁹⁶ Ibidem, s. 385.

²⁰⁹⁷ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 170.

²⁰⁹⁸ Abstrahując już od kwestii nietrafności psychologicznego ujęcia winy, bez wątpienia nie jest ona „zarzucalną (wadliwą) decyzją woli” (tak W. Wolter, *Nauka...*, op. cit., s. 118). Zarzut (sąd wartościujący)

zatem we współczesnym prawie karnym warunki, w których podmiotowi można zarzucić to, co jest mu obiektywnie przypisywalne. To, że na wcześniejszych etapach ewolucji prawa karnego warunki te były inne, a w przypadku czysto obiektywnej odpowiedzialności samo przypisanie autorstwa negatywnie ocenianej zmiany zewnętrznej było wystarczającą podstawą sformułowania zarzutu, nie oznacza, że natura tego zarzutu była odmienna. Jego istotą zawsze jest bowiem negatywna ocena moralna podmiotu z powodu zaistniałego zła, które autorstwo jest mu przypisywane²⁰⁹⁹.

Element personalnej zarzucalności i potępienia przetrwał w samym rdzeniu znaczeniowym pojęcia winy i choć próbowano definiować prawnokarną winę z ich pominięciem, to nie zrezygnowano jednak z samego terminu „wina”. Niewątpliwie wynikało to z jego silnego zakorzenienia, co z kolei świadczy o tym, że oddaje on dobrze jakąś preteoretyczną prawdę o finalnym etapie prawnokarnego wartościowania. Eliminując z pojęcia winy to, co ukształtowało się w drodze długiej praktyki wypowiedzania się na ten temat w języku potocznym (a trzeba pamiętać, że prawo karne istnieje znacznie dłużej niż język prawny i prawniczy), pozytywiści nurtu naturalistycznego – wbrew swym intencjom – podważali fundament naturalizacji nauki prawa, to jest założenie, że wytwory ludzkiej kultury podlegają tym samym fundamentalnym prawom, co cała przyroda.

Obie główne teorie winy mają więc – co stanowi kolejny paradoks – zbieżny w istocie rzeczy fundament filozoficzny, a jest nim wywodzące się z filozofii idealistów niemieckich ściśle przeciwstawienie sobie przyczynowego świata przyrody oraz kultury jako Kantowskiego indeterministycznego i moralnego „królestwa wolności”. Dualizm tak silnie zaprogramował sposób postrzegania relacji „natura-kultura”, że przedstawiciele pozytywizmu naturalistycznego, pozostający pod wpływem fascynacji wczesnymi sukcesami rozwijającego się poznania empirycznego, nie widzieli innej drogi naturalizacji nauk społecznych,

dotyczy przecież nie samego charakteru decyzji woli (tak słusznie K. Buchała, *Prawo...* [1980], op. cit., s. 331), ale popełnionego bezprawnego czynu, a jego brak, niewystępowanie związku przyczynowego lub brak naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym, czynią bezprzedmiotowymi wszelkie rozważania na temat zarzucalności „decyzji woli” (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, s. 172-174). Za słuszne uznać należy stanowisko C. Roxina, zgodnie z którym o ile bezprawność służy realizacji zadań całego porządku prawnego, o tyle wina (podobnie jak istota czynu) jako poziomy przestępności czynu mają partykularny charakter z uwagi na specyfikę zadań kryminalno-politycznych (zob. C. Roxin, *Kriminalpolitik...*, op. cit., s. 16). Odmienne zapatrywania w tym względzie mieli F. Liszt i K. Binding, którzy uważali, że wina, będąc atrybutem deliktu, obok bezprawności, stanowi kategorię ogólnoprawną (podają za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 77). Nie wydają się one jednak trafne.

²⁰⁹⁹ Według Ł. Kurka winę w prawie karnym należy utożsamiać z oceną moralną czynu popełnionego przez sprawcę. Podobne stanowiska wyrażane są na gruncie psychologii, np. według M. Alicke wina to odpowiedzialność połączona z negatywną oceną (Ł. Kurek, *Pojęcie winy w prawie karnym a problem wolnej woli w świetle neurofilozofii*, [niepubl. rozprawa doktorska], s. 17; M. Styśko, *Atrybucja winy. O roli stereotypów i odniesienia zdarzenia do Ja*, Warszawa 2007, s. 19; obie prace cyt. za: M. Kowalewska-Łukuć, *Wina...*, op. cit., s. 89).

jak tylko poprzez całkowite zanegowanie ontologicznej odrębności zjawisk kulturowych i przyjęcie pełnej ich sprowadzalności do dziedziny nauk ścisłych w myśl tezy o jedności nauki (tak jak ją wówczas rozumiano). W reakcji na ten błąd i jego konsekwencje do głosu doszła następnie druga skrajność: założenie o immanentnej niemożności przyrodniczego przekładu ustaleń dokonanych w naukach społecznych oraz o czysto hermeneutycznym ich paradygmacie. Na gruncie prawoznawstwa znalazło to swój wyraz w Kelsenowskim wyodrębnieniu sfer bytu (*Sein*) i powinności (*Sollen*) oraz przyjęciu aksjomatu, że nauka prawa nie powinna zajmować się badaniem bytów (tego, co jest), a jedynie powinności²¹⁰⁰. Nurt normatywny pozytywizmu prawniczego, uznając ustawę traktowaną jako byt samodzielny i niezależny od rzeczywistości pozaprawnej za jedyny fakt możliwy do poznania przez prawoznawstwo, a metodę formalno-dogmatyczną za wyłączną drogę do jego ścisłego, naukowego poznania, uchylił się tym samym od odpowiedzi na pytanie o ontologiczny status zjawisk prawnych.

Istnieje jednak *media via* pomiędzy obydwoma skrajnościami, a poszukiwać jej należy w wywodzącym się od Deweya, potwierdzonym przez współczesną naukę o człowieku, spostrzeżeniu, że kultura nie jest niczym innym, jak tylko dalszą częścią, rozwinięciem stanu natury. Zarzucalność wadliwości decyzji o podjętym zachowaniu nie jest żadną „metafizyką”, ale realnym, intersubiektywnym bytem Popperowskiego Świata 3, który może być naukowo wyjaśniany z odwołaniem się, przynajmniej w ogólnym zarysie, do biologicznych uwarunkowań natury ludzkiej, a więc składników Światów 1 i 2. Trafnie W. Wolter podkreślał, że teoria normatywna, nie różni się od kierunku psychologicznego, podobnie jak on zmierza bowiem do tego „by w winie znaleźć podstawy dla ujemnego osądu, wydanego na sprawcę”²¹⁰¹. Z normatywnego pojmowania winy wcale nie wynika więc, że nie jest ona „rzeczywistością, ale fikcją w umyśle innych tkwiącą”²¹⁰², winą jest bowiem nie tyle zarzut, czyli ocena „zlokalizowana” w psychice osoby wyrażającej osąd powstająca w chwili jego wydania²¹⁰³, ale zarzucalność będąca właściwością obiektywną, powstającą wraz

²¹⁰⁰ K. Buchała [w:] *Wina...*, op. cit., s. 47.

²¹⁰¹ Zob. W. Wolter, *Zarys...*, op. cit., s. 167.

²¹⁰² Tak np. S. Śliwiński, *Polskie...*, op. cit., s. 210-211.

²¹⁰³ Współcześnie w taki kierunek wpisują się wypowiedzi M. Rodzyńkiewicza, według którego zarzut (ujemny sąd wartościujący) stanowiący istotę czystego ujęcia normatywnego, nie aktualizuje się ani w przedmiocie (oceniany czyn), ani w sprawcy tego czynu, a jedynie u podmiotu, który ten zarzut stawia (M. Rodzyńkiewicz, *Kilka uwag...*, op. cit., s. 73). Konsekwentne rozwinięcie takiego spojrzenia na winę przedstawił M. Małecki, według którego istotą omawianej płaszczyzny w modelu przestępstwa jest przypisanie winy jako zachodząca wyłącznie w świecie aktualnym czynność ewaluacji czynu. Sam autor określił swoje podejście mianem imputacjonizmu (imputacyjnej koncepcji winy), proponując przekształcenie paremii *nullum crimen sine culpa* na *nullum crimen sine culpa imputatione* (M. Małecki, *Przypisanie...*, op. cit., s. 142). Kompleksowe spojrzenie na winę prezentuje natomiast M. Kowalewska-Lukuć, która definiuje ją jako

z czynem²¹⁰⁴. Dokonywany *ex post* akt oceny danego czynu (postawienie zarzutu winy) nie jest dla winy konstytutywny, a polega jedynie na odtworzeniu zaktualizowanych już w czasie czynu jej przesłanek²¹⁰⁵. W. Wolter rozumiejąc przez zarzucalność nie sam osąd, ale istniejącą w sferze faktów podstawę dla niego, dotknął samej istoty normatywności, którą jak to już wielokrotnie podkreślano, stanowi uwarunkowana kulturowo, uchwytna w praktyce społecznej i intersubiektywnie uzasadnialna, kwalifikowalność ludzkich zachowań na podstawie typowych cech ich samych oraz okoliczności w jakich są realizowane, w tym właściwości podmiotowych sprawcy. Zarzucalność nie jest wobec tego mniej realna niż wewnętrzne przeżycia psychiczne autora czynu. Dla naturalizacji nauki o przestępstwie nie ma potrzeby poszukiwania desygnatów pojęcia winy wśród bytów bliższych rzeczywistości materialnej, np. wytworów mentalnych sprawcy czynu. Z drugiej strony, skoro sfera normatywna, w tym takie jej elementy jak zarzucalność, *ex definitione* nie wymkają się ogólnemu poznaniu empirycznemu, to bezpodstawne byłoby ograniczanie się w badaniu zjawisk prawnych, w tym winy, wyłącznie do wewnątrzprawnej metody ścisłych pojęć²¹⁰⁶.

Zarzucalność zachowania naruszającego prawo, w sytuacji gdy obowiązek zastosowania się do niego był w danych warunkach dla określonego podmiotu wymagalny, i wynikające stąd potępienie należą do rdzenia bezdyskusyjnego znaczenia słowa „wina”²¹⁰⁷. Takie jego rozumienie, ale po silnym nasyceniu subiektywnymi warunkami tej

poznawczo-emocjonalny sąd co do czynu sprawcy, dostrzegając jednak, że taka definicja określa winę z perspektywy podmiotu oceniającego jako wytwór czynności obwiniania, uzupełnia ją stwierdzenie, że wina wyraża się nie tyle, czy nie tylko, w zarzucie czynionym sprawcy, lecz także w okolicznościach warunkujących tę negatywną ocenę, tj. w zdolności do bycia adresatem procesu oceny czynu i przyjęcia jego rezultatu – zarzutu (zob. M. Kowalewska-Lukuć, *Wina...*, op. cit., s. 136-137). Ujęcia tego nie da się obronić przed zarzutem przesunięcia kategoryjnego, łączy ono bowiem ze sobą zarówno przesłanki oceny, jak i jej wynik. Z perspektywy dogmatycznej winę należy w związku z tym konsekwentnie uznawać za obiektywną zarzucalność czynu istniejącą w czasie jego popełnienia, co oczywiście nie podważa potrzeby uwzględnienia specyfiki procesu przypisywania winy w ramach funkcji tej płaszczyzny w strukturze przestępstwa, bez jej uwzględnienia faktycznie trudno byłoby bowiem wyjaśnić na czym wina polega.

²¹⁰⁴ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 173-174. Autor ten zobrazował swoje stanowisko porównując relacje zarzucalności oraz zarzutu do widzenia barw, które jest wynikiem oddziaływania na narząd wzroku określonych fal świetlnych, które istnieją obiektywnie i tak samo obiektywnie istnieje dana barwa, niezależnie od tego, czy i w jaki sposób jest postrzegana (I. Andrejew, *O pojęciu...*, op. cit., s. 49).

²¹⁰⁵ Tak m. in. W. Wolter, *Z rozważań...*, op. cit., s. 798; W. Mąciór, *Problem...*, op. cit., s. 61 oraz Ł. Pohl, *Prawo...*, op. cit., s. 275-276.

²¹⁰⁶ Z tego względu nie ma racji M. Rodzyńkiewicz, który dokonując krytyki psychologicznej teorii winy, wyraził pogląd, że z uwagi na dychotomiczny charakter odróżnienia elementy ze sfer *sein* i *sollen* nie mogą być łączone w ramach jednej struktury (M. Rodzyńkiewicz, *Pojęcie winy w prawie karnym – próba analizy krytycznej na tle ujęcia relacyjnego*, RPEiS 1992, z. 3, s. 12). Brak akceptacji dla filozoficznej podstawy tak sformułowanego zarzutu nie pozbawia trafności stwierdzenia, że kompleksowa teoria normatywna, stapiając ze sobą ocenę i jej przedmiot, jest metodologicznie niepoprawna.

²¹⁰⁷ Zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 171-172.

zarzucalności²¹⁰⁸, ostatecznie utrwaliło się też w dogmatyce prawa karnego, w której teoria normatywna właściwie wyparła już ujęcie psychologiczne²¹⁰⁹, konsekwencją czego było przy okazji przesunięcie na płaszczyznę karalności kwestii stosunku psychicznego sprawcy do czynu²¹¹⁰.

5.3. Wina jako implikacja autonomii jednostki

Presupozycją dla zarzutu winy jest sprawstwo oraz indeterministyczne założenie jego dowolności²¹¹¹. Co do zasady rację miał B. Wróblewski wskazując, że „wina” oznacza zarzucalne przyczynienie się do czegoś ujemnego²¹¹². Kulturowo zmienne jest natomiast to, co uważa się za przyczynienie, a także jakie okoliczności, które mu towarzyszą uzasadniają lub wykluczają zarzut.

Naturalne wyposażenie umysłowego gatunku ludzkiego powoduje, że potępienie sprawcy zła z zasady zależy również od przesłanek subiektywnych, superdeterminujących sprawstwo. Przypomnieć należy wyniki badań prowadzonych z udziałem scenariuszy gier, takich jak np. przetarg ultymatywny, które wyraźnie wskazują na skłonność do różnicowania reakcji na szkodę, w zależności od tego, czy można ją przypisać czynnikom losowym albo osobie trzeciej (bankierowi), czy też była ona wynikiem dowolnej decyzji drugiej strony. Szczególną uwagę zwraca fakt, że w przypadku scenariuszy skonstruowanych w taki sposób, że gracz decydujący o podziale dóbr ma do wyboru albo pokrzywdzenie drugiego gracza, albo samego siebie, skłonność do jego ukarania w przypadku, gdy kierował się własnym interesem jest mniejsza. Wydaje się więc, że inkorporowany do ludzkiej umysłowości moduł filtrowania intencji zawiera w pewnym stopniu element poszanowania praw innych do kierowania się umiarkowanym egoizmem²¹¹³. Nie jest więc całkowicie egocentryczny,

²¹⁰⁸ Zaliczyć tu należy poczytalność sprawcy, jego dojrzałość warunkowaną przede wszystkim wiekiem, możliwość uświadomienia sobie bezprawności czynu oraz wymagalność zgodnego z prawem zachowania, wiązaną z normalną sytuacją motywacyjną, nie wywierającą nacisku na swobodę decyzji (zob. W. Mąciór, *O finalizmie...*, op. cit., s. 982; zob. też J. Majewski, P. Kardas, *O dwóch znaczeniach...*, op. cit., s. 77).

²¹⁰⁹ Zob. S. Stomma, *Fikcja...*, op. cit., s. 11; W. Wolter, *Czynnik...*, op. cit., s. 49.

²¹¹⁰ Prekursorem tej zmiany, w literaturze związanej najczęściej z finalizmem, był A. Merkel, który nie utożsamiał umyślności i nieumyślności z formami winy, ale uważał je za różne możliwości popełnienia czynu zabronionego (zob. M. Król-Bogomilska, *„Formy winy”...*, op. cit., s. 62).

²¹¹¹ Już Arytoteles zauważył, że“(…) błędy, które są przedmiotem nagany, muszą być w naszej mocy” (Arystoteles, *Etyka...*, op. cit., s. 133).

²¹¹² Z tym zastrzeżeniem, że sensem winy jest zarzucalność przyczynienia się, a nie przyczynienie się, które jest zarzucalne.

²¹¹³ Dwudziestoletnia praktyka prokuratorska autora rozprawy dostarcza licznych obserwacji wskazujących na silną skłonność do uwzględniania tego rodzaju czynników w działalności orzeczniczej. W przypadku przestępstw (np. skarbowych, przeciwko prawom na dobrach niematerialnych itp.) popełnianych w ramach

zawiera natomiast rys bezstronności zidentyfikowany przez Platona w tym aspekcie ludzkiego umysłu, który określił jako *thymos*. Rzecz jasna, można zarzucić, że tego rodzaju interpretacje są metodologicznie niepoprawne, bo przyznają uniwersalny charakter wynikom badań przeprowadzonych współcześnie, a przecież decyzje te mogą mieć znaczące, a nawet przeważające uwarunkowania kulturowe. Wydaje się jednak, że wniosek taki nie byłby uprawniony. Abstrahując już od faktu, że omawiane badania przeprowadzano w różnych, odległych od siebie kulturowo społecznościach, z zasadniczo zbieżnymi wynikami, przypomnieć wystarczy, że do uniwersaliów kulturowych zalicza się szereg kategorii związanych z odróżnianiem superdeterminacji rzeczywistości od przypadku, a w jej ramach dotyczących subiektywnych uwarunkowań procesów decyzyjnych, takich, jak np. dokonywanie wyborów (wybieranie jednej z możliwości), interpretowanie zachowań, „Ja” obarczone odpowiedzialnością, „Ja” subiektywne i obiektywne, „Ja”, które nie jest całkowicie bierne, ani zupełnie autonomiczne, kategoria semantyczna odnosząca się do wpływania na przedmioty i ludzi, odróżnianie stanów normalnych od nienormalnych, rozróżnienie między działaniami podlegającymi samokontroli a zachowaniami niekontrolowanymi²¹¹⁴. Wyniki badań nad atrybucją odpowiedzialności wskazują, że zasadniczy wpływ na ocenę zachowania ma kwestia kontrolowalności jego przyczyn albo innego stanu rzeczy, za który przypisywana jest odpowiedzialność (np. faktu zachorowania), tj. tego w jakim stopniu podmiot może o tym czynniku zadecydować²¹¹⁵. Skrajnie różne są też emocje, które takiej atrybucji towarzyszą²¹¹⁶.

faktycznie działających przedsiębiorstw do odpowiedzialności karnej najczęściej pociągane są wyłącznie osoby należące do kręgu decydentów, a z reguły równocześnie ekonomicznych beneficjentów czynu (ewentualnie dodatkowo ich najbliżsi współpracownicy). Często praktyką jest natomiast milczące pomijanie pracowników niskiego szczebla, pomimo że charakter podejmowanych przez nich czynności oraz wykazywalny na tej podstawie stan ich świadomości nierzadko w stopniu oczywistym pozwalały na przypisanie im współsprawstwa albo pomocnictwa. Dopatrzyć się w tej praktyce można analogicznych motywów, jak w przypadku kazusu znanego w orzecznictwie niemieckim pod nazwą *Leinenfängefall* (skądinąd był on jednym z kamieni milowych w procesie odchodzenia od psychologicznych koncepcji winy w stronę stanowiska normatywnego), w ramach którego niemiecki sąd uwolnił od odpowiedzialności z powodu braku winy woźnicę, który wykonując polecenie pracodawcy natychmiastowego przewiezienia towaru, wyjechał płochliwym koniem na drogę uczęszczaną przez samochody, mając świadomość niebezpieczeństwa spowodowania wypadku, co ostatecznie nastąpiło. Według sądu woźnica nie mógł postąpić inaczej, ponieważ naraziłby się na utratę pracy, której uzyskanie nie było łatwe (podają za: G. Rejman, *Teorie...*, op. cit., s. 33).

²¹¹⁴ S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 617-620. W praktyce karnej elementy te, w połączeniu z rezultatami błędów poznawczych, potrafiły tworzyć przedziwne konglomeraty, jak np. w orzeczeniu sądowym wydanym w 1457 r. w Savigny-sur-Étang, którym uniewinniono sześć prosiąt oskarżonych wraz z maciorą o zabicie pięcioletniego dziecka, motywując tę decyzję ich młodym wiekiem [podkr. własne] i złym przykładem ze strony matki, która jako jedyna „poniosła” odpowiedzialność (została skazana na śmierć przez ścięcie) (zob. W. Gogłoza, *Nieme...*, op. cit., s. 68).

²¹¹⁵ Zob. M. Kowalewska-Lukuć, *Wina...*, op. cit., s. 117-120 i literatura tam powołana.

²¹¹⁶ Badania dotyczące gotowości niesienia pomocy pokazują, że jest ona zdecydowanie niższa, gdy osoby potrzebujące znalazły się w takim położeniu na skutek czynników kontrolowalnych („ze swojej winy”),

Na płaszczyźnie winy przypisane na poprzednich etapach autorstwo zmiany w rzeczywistości oraz jej formalna i materialna negatywna ocena stanowi punkt wyjścia do wyrażenia repulsywnego sądu wartościującego, który przeistacza czyn karygodny, bezprawny i karalny w przestępstwo. Różnica pomiędzy winą, a poprzedzającymi ją płaszczyznami przestępstwa²¹¹⁷, polega właśnie na tym, że o ile ich sensem jest sam obiektywny akt ontologicznej askrypcji dowolnego autorstwa określonego stanu rzeczy oraz nałożenie na tę askrypcję ujemnej oceny ze względu na fakt naruszenia normy sankcjonowanej oraz jego społeczne skutki, o tyle pojęcie winy nasycza te elementy moralną emocją stanowiącą podstawę społecznego potępienia²¹¹⁸. Nie jest więc trafny zarzut, jakoby wyeliminowanie z winy elementów subiektywnych przez teorię normatywną sprowadzało ją do czysto obiektywnej kategorii, nie różniącej się właściwie od bezprawności²¹¹⁹. Zarzut winy nie jest bowiem obiektywną ujemną oceną faktu naruszenia normy sankcjonowanej, lecz jej spersonalizowaniem: moralnym przypisaniem podmiotowi, który mając możliwość wyboru zachowania zgodnego z tą normą nie spełnił ciążącej na nim powinności.

Wartościowanie na tej finalnej płaszczyźnie struktury przestępstwa polega – jak to trafnie przedstawiła M. Kowalewska-Łukuć – na uruchomieniu, w odpowiedzi na dostrzeżone (w drodze bezpośredniej percepcji bądź jedynie procesów umysłowych, dokonywanych na reprezentacjach poznawczych) zachowanie, złożonego procesu poznawczego, zawierającego w sobie również komponent emocjonalny – określoną społeczną emocję moralną nadbudowaną na prostych reakcjach o charakterze czysto emocjonalnym, które zostają przekształcone w emocje epistemiczne w wyniku uzupełnienia procesów afektywnych przez procesy poznawcze. Prowadzi to do powstania sądu o winie danego podmiotu lub jej braku i może uruchomić ponadto procesy motywacyjne, a w konsekwencji także procesy behawioralne, tj. zachowanie polegające na potępieniu lub wymierzeniu

a sytuacja taka wywołuje gniew zamiast współczucia, inaczej niż w przypadku potrzebujących pomocy z przyczyn niekontrolowalnych (zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Wina...*, op. cit., s. 117-120 oraz przywołane tam wyniki badań prowadzonych przez B. Weinera).

²¹¹⁷ Dopiero wtedy, gdy został popełniony czyn ujemnie oceniany, aktualizuje się kwestia jego zawinienia (zob. I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 171).

²¹¹⁸ Na emocjonalne podłoże sądów moralnych uwagę zwrócili m. in. P. Strawson i J. Prinz (zob. P. Strawson, *Freedom and resentment*, [w:] *The Philosophy of Free Will*, red. P. Russel, O. Deery, Oxford 1983, s. 65-63; J. Prinz, *The emotional...*, op. cit., s. 13 i 23-26; obu autorów cyt. za: M. Kowalewska-Łukuć, *Wina...*, op. cit., s. 110-112). Nie jest to oczywiście odkrycie naszej epoki: emocjonalne (ale równocześnie możliwe do racjonalnego wyjaśnienia oraz intersubiektywnej komunikacji) podstawy przeżyć moralnych dostrzegał przecież już Platon, rekonstruując je za pomocą figury *thymos*. Kognitywistyka dostarcza empirycznych potwierdzeń (w tym wyników badań wykorzystujących neuroobrazowanie) i wyjaśnień dla przeczuc oraz obserwacji czynionych wcześniej przez filozofów (zob. J. Prinz, *The emotional...*, op. cit., s. 21-22; cyt. za: M. Kowalewska-Łukuć, *Wina...*, op. cit., s. 112).

²¹¹⁹ Zob. L. Filar, *O niektórych ogólnych zasadach odpowiedzialności karnej w projekcie kodeksu karnego z sierpnia 1990 r. – polemicznie*, PiP 1991, z. 4, s. 86.

kary²¹²⁰. Komponent emocjonalny przypisania winy zakotwiczony jest na wcześniejszych względem winy stopniach struktury przestępstwa²¹²¹, dodatkowym elementem jest tu natomiast usprawiedliwienie lub jego brak – negatywne emocje związane z oceną niewłaściwego zachowania mają mniejsze natężenie, jeżeli istnieje wyjaśnienie lub usprawiedliwienie dla niego²¹²². Ponieważ negatywna ocena czynu jest stopniowalna (podobnie jak emocje jej towarzyszące), także i wina ma swój wymiar ilościowy.

Podsumowując, winę można uznać za intersubiektywne, istniejące w czasie czynu przesłanki jego społecznego potępienia z powodu dowolnego wyboru sprzecznego z normą sankcjonowaną kierunku superdeterminacji, a jednocześnie miarę kwantyfikacji tych przesłanek, na którą wpływa (co jednak jest sporne) zarówno waga szkodliwości tej superdeterminacji, warunkująca siłę społecznych oczekiwań co do dokonania wyboru prawidłowego²¹²³, jak i stopień jej kontrolowalności (indywidualnej możliwości zastosowania się do wzoru zachowania powinnego, inaczej mówiąc wolności sprawcy w jego czynie)²¹²⁴.

Właściwością winy jest to, że spaja ona trzy wymiary istnienia w rzeczywistości intertemporalnej podmiotu zdolnego do superdeterminującego oddziaływania na nią: w teraźniejszości stawia się zarzut potępiający fakt pogwałcenia w przeszłości powinności nakazującej na przyszłość dokonać wyboru określonego kierunku tej superdeterminacji²¹²⁵. Dodatkowo, jak to zostanie dalej wyjaśnione, przypisanie winy służy przede wszystkim przyszłej ochronie dobra chronionego przez naruszoną powinność (funkcja ochronna). Służy ono jednak również „rozładowaniu” utrzymującego się w teraźniejszości napięcia, które wynika z naruszenia ładu tworzonego przez realizację obowiązujących w grupie norm

²¹²⁰ M. Kowalewska-Łukuć, *Wina...*, op. cit., s. 126-127 i literatura tam powołana.

²¹²¹ Ibidem, s. 136.

²¹²² Zob. B. Weiner, *Emocje...*, op. cit., s. 131-132.

²¹²³ Zob. J. Majewski, *Stopień winy jako podstawowy wyznacznik dolegliwości reakcji karnej*, [w:] *Dyrektywy sądowego wymiaru kary: pokłosie X Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Warszawa 2014, s. 27-28; M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza...*, op. cit., s. 266 i 273; A. Zoll, *Materialne...*, op. cit., s. 15-16 (odmiennie zwłaszcza P. Zakrzewski, *Stopniowanie...*, op. cit. 236-248, według którego w toku ewolucji prawa karnego funkcja ocenna winy obejmująca wyrażenie naganności czynu została przejęta przez płaszczyznę karygodności [ibidem, s. 526] oraz M. Kowalewska-Łukuć, *Wina...*, op. cit., s. 259-266).

²¹²⁴ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Wina...*, op. cit., s. 163 i 255-256; J. Majewski, *Stopień...*, op. cit., s. 30. W. Wróbel posługuje się w tym kontekście określeniem „zawinienie”, które ma być miarą stopnia wolności sprawcy w popełnieniu czynu zabronionego. Z uwagi na przyrodzoną godność człowieka tak rozumiane zawinienie jest, jak uważa powołany autor, domniemywane, co nie neguje jednak domniemania niewinności, określonego w art. 5 § 1 k.p.k. (zob. W. Wróbel, *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej*, [w:] *Przestępstwo...*, red. J. Giezek, op. cit., s. 679-681).

²¹²⁵ Na intertemporalność wpisana w pojęcie winy uwagę zwraca, choć z innej perspektywy, także M. Małecki według którego „wina »w czasie czynu« należy do świata już-nieistniejącego S₀, przypisanie winy to czynność w świecie rzeczywistym S_r, natomiast bycie winnym to postulowany stan rzeczy świata możliwego S_{r+w} (...)” (M. Małecki, *Przypisanie...*, op. cit., s. 133).

(funkcja sprawiedliwościowa). Ten aspekt pojęcia winy dobrze oddali J. Majewski i P. Kardas, którzy wychodząc od koncepcji relacyjnej autorstwa W. Patryasa, zaproponowali w niej istotną zmianę, polegającą na zastąpieniu relacji zawinienia, opartej na czasowniku „zawinić”, użytym w czasie przeszłym, relacją bycia winnym. Zdaniem autorów, które trzeba podzielić, w takiej zmodyfikowanej postaci pojęcie winy lepiej oddaje intuicje karnistyczne łączące winę z tym, co terażniejsze, i – choć zakorzenione w jakimś fakcie z przeszłości – dalej trwa, co odzwierciedla zwyczaj językowy mówienia „jesteś winien” (np. morderstwa sprzed 5 lat)²¹²⁶. Z kolei M. Małecki nie bez racji zauważa, że zarzucalność, istniejąca w czasie czynu *in potentia*, dotyka *in actu* nie „historycznej podobizny sprawcy ze świata historycznego S₀”, ale sprawcy stojącego [tu i teraz] pod zarzutem odpowiedzialności karnej za dany czyn²¹²⁷.

Nie zmienia to jednak faktu, że podstawę osądu (askrypcji winy) stanowić musi układ ograniczony do elementów istniejących w czasie czynu, a nie w czasie jego osądzania²¹²⁸. W przeciwnym razie zarzut winy nie dotyczyłby bowiem wadliwości historycznego procesu decyzyjnego, ale przyszłego wobec chwili wykonania czynu stanu rzeczy, na który sprawca z reguły w przeważającej części nie miał wpływu, ani nie mógł go przewidzieć. Jej przypisanie byłoby przy tym zrelatywizowane do czasu dokonywania osądu, a w konsekwencji zależne od chwili ujawnienia czynu, czasu trwania postępowania itp. Sam zaś osąd nie miałby wobec tego charakteru trwałego i raz dokonany mógłby ulegać dalszym modyfikacjom wraz ze zmianami zachodzącymi w sferze ocen społecznych. Tak pojmowana dynamiczna askrypcja zawinienia podważałaby pragmatyczną funkcję normy prawnokarnej, a do tego wykazywałaby daleko idące podobieństwa do specyfiki prawa karnego państw totalitarnych, w którym bez oporów uwzględniano „potrzeby” penalne zaistniałe już po popełnieniu osądzanego czynu. Moment, na który należy dokonywać wartościowania omawianego elementu struktury przestępstwa w aktualnie obowiązującym w Polsce prawie karnym jednoznacznie wyznacza przepis art. 1 § 3 k.k.²¹²⁹ Nie kwestionując

²¹²⁶ J. Majewski, P. Kardas, *O dwóch znaczeniach...*, op. cit., s. 69-74.

²¹²⁷ M. Małecki, *Przypisanie...*, op. cit., s. 137.

²¹²⁸ Odmienne M. Małecki, według którego dla oceny możliwości przypisania winy sprawcy czynu zabronionego równie istotne jak zaszłości światów historycznych są aktualne i przyszłe stany rzeczy, kształtujące świat możliwy S_{t+w} obciążający sprawcę ciężarem przypisanej mu winy (M. Małecki, *Przypisanie...*, op. cit., s. 167 i nast.).

²¹²⁹ Na nieporozumieniu opiera się twierdzenie M. Małeckiego, jakoby literalne odczytanie użytego w omawianym przepisie sformułowania o „przypisaniu winy w czasie czynu” miało absurdalną implikację, polegającą na generalnym zablokowaniu możliwości przypisania winy jakiegokolwiek sprawcy czynu zabronionego (jak uważa powołany autor, bez dodatkowych zabiegów interpretacyjnych miałoby z niego wynikać, że winę należy „już w czasie czynu przypisać sprawcy”, a przecież „co do zasady faktycznie,

więc, że wina jest nie tyle zaszłością historyczną, co utrzymującym się stanem, który z tej zaszłości wynika, trzeba kategorycznie podkreślić, że stan zawinienia zostaje utrwalony z chwilą zakończenia się czynu i nie podlega dalszym zmianom²¹³⁰. Natomiast występująca w praktyce stosowania prawa karnego, a w pewnym stopniu zadekretowana przez ustawodawcę, tendencja do odzwierciedlenia w osądzie, jakiemu poddawany jest czyn okoliczności, które wystąpiły już po jego popełnieniu, a w tym samego upływu czasu, nie jest sprawą zarzucalności czynu (ani – co trzeba na marginesie również podkreślić – jego społecznej szkodliwości), ale uwzględnienia przesłanek o charakterze polityczno-kryminalnym, prowadzących do stwierdzenia w czasie dokonywania osądu braku potrzeby karania za czyn zawiniony i karygodny²¹³¹.

Wyewoluowanie tak złożonego intertemporalnie przedmiotu Świata 3, jakim jest wina było możliwe dzięki całemu, opisanemu wcześniej wyposażeniu adaptatywnemu człowieka, w skład którego wchodzi m. in. świadomość refleksyjna, moduł służący bezustannej atrybucji intencji oraz teoria umysłu, zdolność do krytycznych i w pewnym stopniu bezstronnych sądów moralnych oraz ich intersubiektywnego komunikowania. Uniwersalnego charakteru subiektywnie rozumianej winy nie podważa ani stosowanie represji karnej na zasadzie obiektywnej czy zbiorowej, ani stosowanie jej wobec zwierząt, przedmiotów czy zjawisk, co – jak to już wyjaśniano – wynikało z błędu antropomorfizacji: uniwersalnie ludzkiej skłonności do rzutowania świadomości własnej finalności na przebiegi przyczynowe zachodzące w otaczającej rzeczywistości i poszukiwania ich autora. Uporczywie utrzymujące się w prawie karnym przejawy odpowiedzialności obiektywnej, w rodzaju zawinienia na

a już z pewnością ustrojowo nie jest możliwe, by sąd towarzyszył sprawcy w czasie czynu”). Dalsze wywody oraz przykłady podawane dla ich zilustrowania wskazują, że autor utożsamiał przypisanie winy, o którym mowa w art. 1 § 3 k.k., z jej przypisaniem w sensie procesowym, tj. orzeczeniem o sprawstwie zachowania spełniającego wszystkie cechy przestępstwa (por. M. Małecki, *Przypisanie...*, op. cit., s. 168-177). Bez wątpienia cytowany przepis nie stwierdza, z czym powołany autor ostatecznie się zgadza, że warunkiem przestępności czynu jest dokonanie w czasie jego popełnienia czynności przypisania winy, ale (literalnie) stanowi on, że przestępstwem jest tylko taki czyn, którego sprawcy można (później) przypisać istniejący w czasie czynu stan rzeczy uzasadniający zarzut winy w materialnoprawnym rozumieniu tego pojęcia. Najprościej mówiąc, do czasu czynu nie jest zrelatywizowany osąd, ale jego przedmiot.

²¹³⁰ Zgodzić należy się natomiast z A. Barczak-Oplustil, że wina czasu czynu oznacza tylko tyle, że punktem odniesienia jest popełniony przez sprawcę czyn zabroniony, ale o tym, dlaczego zostaje on zawiniony wielokrotnie decydują okoliczności sprzed czynu, np. w przypadku tzw. zawinienia na przedpolu czynu (zob. A. Barczak-Oplustil, *Zasada...*, op. cit., s. 25 i 226-229; zob. też T. Kaczmarek, *Zawinienie na przedpolu czynu zabronionego*, [w:] *System prawa karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017, s. 684). Uwzględnienie w ramach przypisania winy okoliczności poprzedzających czyn niewątpliwie nie narusza istoty tego elementu struktury przestępstwa, którą stanowi zarzut wadliwej superdeterminacji.

²¹³¹ Zob. W. Wróbel, *Znaczenie zgody następczej oraz rezygnacji przez dysponenta dóbr prawnych z ochrony prawnokarnej w perspektywie zasady „ultima ratio” prawa karnego*, [w:] *Państwo...*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, op. cit., s. 759-760; idem, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53-116 k.k.*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 986-987.

przedpolu czynu czy też konstrukcji przyjmowanych w przypadku przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, stanowią natomiast relikty wczesnego prawa karnego, tworzonego poprzez faktyczne działania podejmowane pod wpływem powinnościowych przeżyć społecznych, wynikających z potrzeby przywrócenia naruszonej równowagi dóbr.

Fundamentem współczesnego prawa karnego jest pojmowanie człowieka jako istoty wyłamującej się z przyrodniczych przebiegów kauzalnych i obdarzonej zdolnością podejmowania decyzji o własnym zachowaniu na podstawie akceptowanego systemu wartości oraz wymagań społecznych, niezależnie od czynników egzogennych i endogennych²¹³². Zasada autonomii, uznająca człowieka za podmiot obdarzony rozumem i wolną wolą, a w konsekwencji zdolny do sensownej autodeterminacji²¹³³, jest presupozycją idei wolności jednostki jako możliwości swobodnego decydowania o swoim postępowaniu i samorealizacji, a poprzez nią również podstawą idei umowy społecznej oraz prawnoczułowieckiego porządku konstytucyjnego, w tym wszelkich praw i wolności obywatelskich²¹³⁴. Ponieważ reakcja karna jest formą ingerencji w sferę wolności jednostki jako odwet za „zakazaną samorealizację”, jest ona dopuszczalna tylko wtedy, gdy jednostka miała możliwość uprzedniego samozabezpieczenia się przed wymierzoną jej dolegliwością, co obejmuje zarówno obiektywną rozpoznawalność zakazu (wyrażoną np. przez anglosaską ideę *fair warning*: „zanim prawo uderzy, powinno wpierw ostrzegać”)²¹³⁵, jak i subiektywną możliwość zastosowania się do niego. Wynika to zresztą, co już wielokrotnie podkreślano, z samej istoty prospektywnego moralnego odwetu oraz pragmatycznej funkcji normy. Jak trafnie wyjaśnił A. Zoll, zagrożenie karą w sytuacji bezpośredniego kontaktu adresata normy sankcjonowanej z dobrem prawnym, ma sens tylko wtedy, kiedy adresat ten jest zdolny do podjęcia decyzji woli i postępowania zgodnie z nakazem zawartym w normie, co wymaga możliwości prawidłowego rozpoznania sytuacji zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnego jej wartościowania (element intelektualny)²¹³⁶ oraz prawidłowego, zgodnego z oczekiwaniami ustawodawcy, przeprowadzenia procesu

²¹³² Zob. G. Rejman, *Teorie...*, op. cit., s. 16.

²¹³³ Już w XVII w. S. Pufendorf podkreślał, że przypisać człowiekowi i wartościować moralnie można tylko takie zachowanie, które jest skutkiem jego wolnej woli. Myśl tę rozwinął J. Böhm, który rozróżniając przypisanie obiektywne i subiektywne (moralne), wskazywał, że podstawą tego ostatniego jest wina, wiązana przez niego z intelektem i wolą (D. Janicka, *Nauka...*, op. cit., s. 149-150).

²¹³⁴ Zob. A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 305-307.

²¹³⁵ A. Rychlewska-Hotel, *Zasada...*, op. cit., s. 306.

²¹³⁶ Obrazowo i syntetycznie ujął to S. Budziński stwierdzając, że „Wina tak daleko sięga, jak i przewidzenie” (S. Budziński, *Wykład...*, op. cit., s. 71).

motywacyjnego (element woluntatywny)²¹³⁷. Uznanie człowieka za wolny, autonomiczny podmiot, zdolny do rozwijania swojej osobowości i kształtowania swojego postępowania, jest przy tym warunkiem koniecznym poszanowania jego godności, wyklucza bowiem takie działania władz publicznych, które naruszałaby tę autonomię i traktowały jednostkę jedynie jako przedmiot oddziaływania czy też instrument służący realizacji określonych celów²¹³⁸.

Kończąc te rozważania warto przytoczyć fragmenty wyroku Najwyższego Trybunału Związkowego z 18 marca 1952 r., który stanowił jeden z kamieni milowych w rozwoju niemieckiego orzecznictwa dotyczącego istoty winy: „Wina to zarzucalność. Wraz z negatywnym osądem zarzuca się sprawcy, że nie zachował się zgodnie z prawem, że zdecydował się na wybór bezprawia, choć mógł opowiedzieć się po stronie prawa, mógł być zachować się w zgodzie z nim. Istota winy jako zarzutu polega na tym, że człowiek dąży do wolnego, odpowiedzialnego i moralnego samookreślenia i dlatego także jest zdolny wybrać prawo przeciwko bezprawiu, określić swoje zachowanie według norm powinności przewidzianej przez prawo, a unikać jego zakazów, kiedy tylko osiągnie odpowiednią dojrzałość moralną”²¹³⁹. Kategorie wolnej woli i moralnej autonomii człowieka, na których oparto to orzeczenie, choć nie są – jak to bliżej przedstawiono w pierwszej części rozprawy – niepodważalne w świetle współczesnej wiedzy o procesach zachodzących w ludzkim OUN, to jednak stanowią wystarczająco trafny ich model oddający ich niezwykłą złożoność, ze względu na którą człowieka można uznać za istotę wykraczającą poza kartezjański świat mechanicznej przyczynowości, a tym samym zdolną do sensownej autodeterminacji według obowiązujących ją powinności, których naruszenie może zostać jej zarzucone.

²¹³⁷ A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 93. Według M. Kowalewskiej-Łukuć istota winy może wyrażać się w zarzucie (poznawczo-emocjonalnym sądzie) czynionym sprawcy ze względu na popełnienie przez niego czynu zabronionego w przypadku, gdy miał on możliwość prawidłowego rozeznania znaczenia tego czynu (warunek kognitywny) oraz możliwość suwerennego nim pokierowania (warunek kontroli), tj. gdy jego wola i świadomość pozostawały niezakłócone (zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Strona podmiotowa a wina – wzajemne relacje*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018, z. 1, s. 190).

²¹³⁸ Zob. wyrok TK z 9 lipca 2009 r., SK 48/05, OTK-A 2009, z. 7, poz. 108; wyrok TK z 18 października 2017 r., K 27/15, OTK-A 2017, poz. 74.

²¹³⁹ Cyt. za: P. Girdwoyń, *Republika Federalna Niemiec*, op. cit., s. 243-244.

5.4. Funkcje instrumentalnego ataku na godność sprawcy przestępstwa

Intuicja podpowiada, że pomiędzy autonomią jednostki i jej godnością a karą jako potępiającą reakcją społeczną (a tym samym również przestępstwem jako jej przyczyną) musi istnieć związek. W tym kontekście wskazuje się na przykład, że z przyrodzoną godnością człowieka ściśle wiąże się jego odpowiedzialność za swoje czyny²¹⁴⁰. Powstaje jednak pytanie, czy poszczególne elementy tej relacji, w tym zwłaszcza ludzka godność, która na obszarze prawoznawstwa z reguły traktowana jest aksjomatycznie jako wartość „przyrodzona”, oraz jej związek z reakcją karną, mogą zostać wyjaśnione w kategoriach ewolucyjnych i czy może to dać nowe spojrzenie na winę jako element struktury przestępstwa.

Zacząć trzeba od spostrzeżenia, że człowiek ze swej natury nie tylko jest istotą społeczną, ale do tego grupy, które tworzy zawsze mają hierarchiczny charakter²¹⁴¹. Na biologiczne podłoże tworzenia się hierarchii społecznych wskazują zarówno badania dowodzące, że tak wśród małp, jak i ludzi, status społeczny ma swoje korelaty biochemiczne²¹⁴², jak i obserwacje grup dzieci świadczące o niezwłocznym wytworzeniu się w nich hierarchii, w ramach których te z nich, które są na jej szczycie są najbardziej lubiane, naśladowane i cieszą się największym posłuchem. Sama zaś hierarchia społeczna jest zjawiskiem uniwersalnym zarówno wśród społeczności ludzkich²¹⁴³, jak i wśród bliskich mu systematycznie gatunków hominidów.

Wszystko to, wraz z łatwością przyswajania wzorów zachowań o charakterze hierarchicznym oraz wykraczającą poza gatunek ludzki uniwersalnością przeżyć mentalnych towarzyszących sukcesom lub porażkom społecznym (duma i jej pozytywny odbiór, wstyd wraz z awersją do niego) i form, także nieuświadomionych, ich wyrażania²¹⁴⁴,

²¹⁴⁰ W. Wróbel, *Wina...*, op. cit., 678; idem, *O domniemaniach...*, op. cit., s. 247.

²¹⁴¹ Z uwagi na przedmiot rozprawy nie byłoby celowe przedstawienie tu wyjaśnienia, dlaczego wyrażane przez samego K. Darwina, jak i wielu późniejszych antropologów, przekonanie o istnieniu społeczeństw w pełni egalitarnych (taki charakter miały mieć – jak uważano – społeczności ludów łowiecko-zbierackich) jest błędne (zob. na ten temat: R. Wright, *Nonzero*, op. cit., s. 47-49; idem, *Moralne...*, op. cit., s. 217-219; por. też J. Kurczewski, *Prawo...*, op. cit., s. 80-83 i 237; B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 38; B. Olszewska-Dyoniziak, *Kilka...*, op. cit., s. 460).

²¹⁴² Dominujące samce koczokodanów mają więcej przekaźnika nerwowego – serotoniny – niż samce uległe. Inne badanie wykazało, że aktywiści studenci na ogół również mają więcej serotoniny niż studenci o mniejszych wpływach społecznych (zob. R. Wright, *Moralne...*, op. cit., s. 222-223).

²¹⁴³ Nierówności w statusie oraz ekonomiczne, jak również ich świadomość, zostały zaliczone przez D.E. Browna do uniwersaliów kulturowych (zob. S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 619).

²¹⁴⁴ Zob. np. F. de Waal, *Małpa...*, op. cit., s. 73-74; E.O. Wilson, *Konsiliencja*, op. cit., s. 320-321; J. van Lawick-Goodall, *W cieniu człowieka* [tyt. oryg. *In the Shadow of Man*], tłum. B. Bujalska-Grüm i L. Grüm, Warszawa 1974 [wyd. oryg. London-Boston 1971], s. 287-294.

jednoznacznie wskazuje na wrodzone podstawy tych procesów²¹⁴⁵. G. Murdock uznał zróżnicowanie statusu za zjawisko występujące w każdej zbiorowości ludzkiej²¹⁴⁶, zaś D.E. Brown na swojej liście uniwersaliów kulturowych uwzględnił szereg bardziej szczegółowych kategorii z tym związanych, takich jak status przypisywany i zdobywany, status i rola, status pojmowany jako coś odrębnego od jednostki, status przyznany na podstawie atrybutów innych niż płeć, wiek czy pokrewieństwo, status wynikający z trzech ww. czynników, niezmienny status związany z przynależnością do grup, w końcu zaś sama struktura społeczna jako taka²¹⁴⁷.

Do identycznych wniosków doszedł – pół wieku wcześniej – J. Makarewicz, pisząc, że „niezależnie od organizacji społeczeństwa wszędzie istnieją mocniejsi i słabsi członkowie (lub też całe klasy) i tylko system ich wzajemnych relacji może się różnorodnie kształtować”²¹⁴⁸.

Potrzeba wysokiej pozycji społecznej jest tak głęboko zakorzeniona w naturze ludzkiej, a jej przejawy tak powszechne i jednoznaczne, że świadomość tego faktu od dawna towarzyszyła refleksji filozoficznej²¹⁴⁹. Nie ma potrzeby by przedstawiać tu ewolucyjne wyjaśnienie ludzkiej potrzeby posiadania wysokiego statusu społecznego, co wymagałoby m. in. uwzględnienia pominiętej w rozprawie perspektywy, jaką daje teoria inwestycji rodzicielskiej. Zamiast tego wystarczy ogólnie wskazać, że z punktu widzenia współczesnego ewolucjonizmu wytłumaczenie opisywanych właściwości ludzkiej psychiki nie nastrocza żadnych trudności – są one adaptacją mentalną zwiększającą szanse sukcesu reprodukcyjnego replikatora genetycznego.

Z perspektywy współczesnego demokratycznego państwa prawnego fundamentalne znaczenie ma pogląd Kanta, według którego kluczową cechą człowieczeństwa jest godność, która uniemożliwia sprowadzenie człowieka do przedmiotu. Osoba ma godność, bo jest celem samym w sobie, a nigdy tylko środkiem do celu²¹⁵⁰. Godność jest źródłem praw człowieka („pulsuje w nich”), akcentując autonomię istoty ludzkiej: jest związana z wolną wolą (lub rozumem, jak u Kanta) i zawsze wyposaża człowieka w niepodważalne prawa

²¹⁴⁵ R. Wright, *Moralne...*, op. cit., s. 221-222.

²¹⁴⁶ G.P. Murdock, *The Common...*, op. cit., s. 123-142.

²¹⁴⁷ S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 620-621.

²¹⁴⁸ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 57.

²¹⁴⁹ Na przykład T. Hobbes uważał, że najistotniejszą, ogólną skłonnością wszystkich ludzi jest stałe i nie gasnące pragnienie coraz większej mocy (T. Hobbes, *Lewiatan*, op. cit., s. 85).

²¹⁵⁰ Zob. M. Granat, *Godność wobec praw człowieka w nieliberalnym konstytucjonalizmie*, „Przegląd Konstytucyjny” 2020, z. 4, s. 10.

podmiotowe²¹⁵¹. Uformowane w procesie sekularyzacji tego pojęcia, charakterystyczne dla demokratycznego państwa prawnego jej rozumienie, nie definiuje już godności człowieka przez pryzmat jego miejsca w hierarchii społecznej, jak to czyniły wcześniejsze koncepcje²¹⁵², ale zakłada, że wszyscy ludzie są równi w godności²¹⁵³.

Oparcie całego życia społecznego na rozumianej w taki sposób godności jednostki jest wyborem trafnym, który gwarantuje nie tylko swobodę w dążeniu do osobistego szczęścia, ograniczoną tylko koniecznością ochrony praw podmiotowych i godności innych osób, ale tworzy przy tym optymalne środowisko kulturowe dla efektywnego rozwoju społeczeństwa²¹⁵⁴. Oczywiście nie chodzi tu o egalitaryzm w sensie absolutnym, ale o największą równość społeczną, jaka jest możliwa na danym etapie rozwoju cywilizacyjnego i w określonych uwarunkowaniach przyrodniczo-kulturowych.

Na przestrzeni dziejów, począwszy od pism starożytnych filozofów, godność człowieka definiowano na różne sposoby²¹⁵⁵. Zawsze jednak, początkowo intuicyjnie, a później – pod wpływem chrześcijaństwa – już z konsekwentnym uzasadnieniem teologicznym, traktowano ją jako coś, co wyróżnia człowieka spośród innych bytów²¹⁵⁶. Choć niewątpliwie godność osobista jest kategorią, która w rozwiniętej, pełnej formie cechuje przede wszystkim istotę ludzką, to jednak traktowanie jej jako cechy ściśle odróżniającej człowieka od reszty przyrody jest kontrfaktyczne. Przytaczano tu już wyniki badań, które w spektakularny sposób pokazują, że także inne niż człowiek naczelne zdolne są do przeżywania, choćby w formach rudymenarnych, poczucia własnej godności²¹⁵⁷. Takie uczucia jak poczucie honoru czy duma

²¹⁵¹ M. Granat, *Godność...*, op. cit., s. 16; P. Tuleja, *Stosowanie...*, op. cit., s. 98-99.

²¹⁵² P. Tuleja, *Stosowanie...*, op. cit., s. 98.

²¹⁵³ M. Granat, *Godność...*, op. cit., s. 10.

²¹⁵⁴ Nie zgodzą się z tym oczywiście zwolennicy ideologii afirmujących podporządkowanie jednostki wąsko pojmowanym interesom grupy. Aktualnie kierunek ten posługuje się pojęciem tzw. „demokracji nieliberalnej”. Jej fundamentem ideologicznym, co obrazuje orzecznictwo węgierskiego Trybunału Konstytucyjnego na gruncie Ustawy Zasadniczej z 18 kwietnia 2011 r., jest „przepełnienie” pojęcia godności wieloma różnymi, pozostającymi we wzajemnym napięciu, znaczeniami (godność jednostki, godność narodu, godność wspólnoty religijnej) przez co staje się ono „plastyczne”: są godności „większe” i „mniejsze” (godność Węgry - godność migranta), a „godność” zbiorowości uzasadnia ograniczenie wolności obywatelskich. Przede wszystkim zaś godność przysługuje jednostce o tyle tylko, o ile wypełnia ona swoje obowiązki wobec zbiorowości (bliżej na ten temat zob. M. Granat, *Godność...*, op. cit., s. 21; zob. też W. Sadurski, *Pandemia populistów* [tyt. oryg. *A pandemic of Populists*], tłum. A. Wójcik, Kraków 2024 [wyd. oryg. Cambridge 2024], s. 125-129).

²¹⁵⁵ Bliżej na ten temat zob. P. Tuleja, *Stosowanie...*, op. cit., s. 98. Istotne dla prowadzonych rozważań jest rozróżnienie pomiędzy godnością osobistą a godnością osobową. Pierwsza odpowiada najbardziej intuicyjnemu rozumieniu pojęcia godności i oznacza tyle, co „cześć”, „dobre imię” czy „honor”. Konkretyzuje się ona w poczuciu własnej wartości i oczekiwaniu szacunku ze strony innych ludzi. Z kolei godność osobowa oznacza immanentną, przyrodzoną i niezbywalną cechę każdej istoty ludzkiej, ze względu na którą może ona być wyłącznie celem sam w sobie, a nie środkiem do realizacji innego celu (zob. M. Piechowiak, *Filozofia praw człowieka — Prawa człowieka w świetle ich międzynarodowej ochrony*, Lublin 1999, s. 343 i nast.).

²¹⁵⁶ P. Tuleja, *Stosowanie...*, op. cit., s. 98.

²¹⁵⁷ Co do poczucia honoru i szacunku u szympanсів zob. F.B.M de Waal, *Chimpanzee...*, op. cit., s. 114-117.

stanowią rozwinięcie genetycznie wrodzonej awersji do uległości, która ma ewolucyjny sens, chroni bowiem przed obniżeniem zajmowanej pozycji społecznej, co pociąga za sobą wymierne koszty natury ewolucyjnej²¹⁵⁸. Poczucie własnej godności jest ewolucyjnym wyposażeniem istoty żyjącej w wymiarze intertemporalnym, które służy efektywnemu dla jej interesów darwinowskich uczestnictwu w relacjach wymiany o charakterze iterowanych gier niezerowych. Posługując się aparatem pojęciowym gry w przetarg ultymatywny można to wyjaśnić w najprostszy sposób: kto zaakceptuje podział np. 5:95, nie będzie już mógł liczyć na korzystniejsze dla siebie propozycje w dalszych grach z podmiotami, które dysponują wiedzą o tym fakcie. I odwrotnie, ten kto w takiej sytuacji potrafi dokonać skutecznego i dolegliwego odwzajemnienia negatywnego, może spodziewać się korzyści w przyszłości, a dla tej perspektywy opłaca się poświęcić nikłą wygraną, jaka w przypadku scenariusza tej gry przypadłaby mu w razie zaakceptowania niesprawiedliwego podziału.

Horyzont czasowy oraz iterowany charakter wielkiej gry, jaką jest ludzkie życie (nie wspominając o jeszcze większej – transmisji genów przez długi ciąg pokoleń) nie tylko tłumaczy, dlaczego ludzie podejmują decyzje pozornie niezgodne z racjonalnością ekonomiczną, pozwala również wyjaśnić biologiczne podłoże odwetu.

Jedną z najsilniejszych ludzkich potrzeb jest potrzeba nadania wartości swojemu istnieniu, bezpośrednio albo poprzez wartość posiadanych rzeczy lub wyznawanych idei. Potrzeba ta jest głęboko zakorzeniona w społecznym instynkcie człowieka – to inni ludzie są audytorium oceniającym, lustrem w którym przegląda się jednostka poszukując potwierdzenia swojej wartości. Adaptatywne podłoże tej Heglowskiej potrzeby uznania ze strony innych ludzi, „pragnienie ich pragnienia” jest oczywiste: środowisko człowieka stanowią przede wszystkim inni ludzie. To oni są potencjalnymi partnerami seksualnymi, kooperantami lub konkurentami w dążeniu do osiągnięcia pożądaných dóbr. Uznanie ze strony innych jest miarą statusu jednostki w grupie, ten zaś wyznacza jej pozycję przetargową w niezerowych grach altruizmu wzajemnego. Poszukując potwierdzenia swej wartości w oczach innych ludzi człowiek w istocie rzeczy dąży do zwiększenia swojego dostosowania genetycznego.

Potrzeba uznania, która jest podstawowym motorem działań podejmowanych przez człowieka, a w konsekwencji całej ludzkiej historii, nie jest jednak tylko prostym pożądaniem statusu społecznego i wynikających stąd korzyści: cechą wyłącznie ludzką jest zdolność wzniesienia się ponad instynkt samozachowawczy i narażenia własnego życia w walce

²¹⁵⁸ R. Wright, *Moralne...*, op. cit., s. 234.

o czysty prestiż²¹⁵⁹. W pewien sposób potrzeba ta odrywa się też od jednostki umożliwiając intersubiektywny transfer godności, ponieważ – co odkrył Platon – tym, co może nadawać wartość człowiekowi w oczach innych ludzi są idee, sądy moralne, religia itp. zespoły memów.

Tymotejskie pożądanie uznania ma jednak również swój rewers. Obrażanie (znieważanie) także jest jednym z uniwersaliów kulturowych²¹⁶⁰. Odarcie człowieka z jego godności jest dolegliwością trafiającą w same podstawy jego społecznego funkcjonowania, jest więc uniwersalnym sposobem na wyrządzenie mu wymiernej krzywdy. Z tego względu znieważenie samo w sobie również jest surowo sankcjonowane, zwłaszcza jeżeli jest skierowane przeciwko osobie cieszącej się wysokim statusem społecznym²¹⁶¹.

Atak na godność może jednak nie być przejawem nieakceptowalnej agresji wewnątrz grupy, lecz sposobem sprawowania przez grupę kontroli społecznej i ochrony uznawanych wartości. Siła prawa karnego jako narzędzia kształtowania ludzkich zachowań opiera się nie tyle na prostej dolegliwości kar pozbawiających mienia, wolności czy nawet życia, ile przede wszystkim na dolegliwości wynikającej z odrzucenia przez grupę²¹⁶². Trafnie zauważył, cytowany przez J. Makarewicza, L. Bar, że „to nie ból przestępcy jest istotny, lecz aktywne potępienie. Dlatego całkowicie obojętne, czy w konkretnym przypadku przestępca odczuwa karę jako zło”²¹⁶³.

Atymia²¹⁶⁴ spycha człowieka w dół hierarchii statusu, z wszelkimi tego konsekwencjami, jeżeli chodzi o dostęp do redystrybuowanych w nim dóbr, radykalnie pogarszając jego pozycję przetargową w relacjach altruizmu wzajemnego. Jest więc bezpośrednio destrukcyjna z perspektywy darwinowskiej. Przede wszystkim jednak oznacza akt odmówienia jednostce

²¹⁵⁹ Por. F. Fukuyama, *Koniec...*, op. cit., s. 224 i 242.

²¹⁶⁰ S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 619.

²¹⁶¹ Zob. np. B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Życie...*, op. cit., s. 510.

²¹⁶² „Żądło bicia i wykrzywienie w dybach z pewnością nie były balsamem, ale jeszcze gorsze dla członków społeczności były przesywające spojrzenia sąsiadów, którzy byli świadkami ich hańby” (A. Hirsch, *The Rise of the Penitentiary. Prisons and Punishments in Early America*, New Haven 1992, s. 34; cyt. za: G. Maroń, *Kary...*, op. cit., s. 11).

²¹⁶³ L. v. Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin 1882, s. 321, cyt. za: J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 381

²¹⁶⁴ W starożytnej Grecji słowo *atimia* (ατιμία) oznaczało tylko jeden konkretny rodzaj kary, tj. pozbawienie czci obywatelskiej, która powodowała częściową lub całkowitą, dożywotnią lub czasową, utratę praw obywatelskich (udziału w zgromadzeniu ludowym, piastowania urzędów, prawa wstępu do świątyń itp.) oraz zdolności do działań prawnych (zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 1, op. cit., s. 57 i 93). Określenie to znakomicie oddaje jednak istotę każdej kary kryminalnej, którą jest uderzenie w godność przestępcy, będące wynikiem ostrego publicznego potępienia.

wartości, okazania jej, że własna grupa jej nie pragnie i nie akceptuje. Potępienie to odwrotność uznania, najbardziej drastyczna postać jego odmowy.

Nie bez przyczyny rozważania na temat istoty przestępstwa rozpoczęto w tej pracy od dość rozbudowanej, choć oczywiście jedynie przykładowej, prezentacji różnych form publicznego napiętnowania jako samoistnej reakcji na czyny antyspołeczne. Choć poszczególne metody wykazują duże zróżnicowanie, ich cel jest zawsze ten sam: upokorzyć sprawcę. Nie inaczej przedstawia się to w odniesieniu do kar wiążących się z wymierzeniem przestępcy uszczerbku w mieniu, zdrowiu czy życiu. W każdym przypadku wynikająca stąd dolegliwość uzupełniana jest przez element upokorzenia przez potępienie, co z natury rzeczy wymaga publiczności kary (dawniej jej wykonania, współcześnie z reguły już tylko orzeczenia). Całkowitą rację ma J. Makarewicz, że to właśnie ostre publiczne potępienie społeczne jest tym, co odróżnia karę od innych form wpływania przez grupę na zachowania poszczególnych jej członków²¹⁶⁵. Ten punkt widzenia reprezentował także F. Liszt, który definiował karę jako przykrość (*Übel*) zarządzoną przez sędziego karnego wobec przestępcy z powodu przestępstwa, w celu wyrażenia społecznej dezaprobaty (*Unwerturteil*) dla czynu i sprawcy²¹⁶⁶.

Przeprowadzone przez E. Fehra i S. Gächtera badania z wykorzystaniem scenariusza gry o dobro wspólne wykazały, że nawet kara ograniczona wyłącznie do wyrażenia niezadowolenia z egoistycznego zachowania niektórych graczy powoduje zwiększenie skłonności do kooperacji w populacji uczestników gry²¹⁶⁷. Na wytwarzanie się markera somatycznego kojarzącego wtórne emocje o charakterze repulsywnym z wyobrażeniem zachowania naruszającego normę sankcjonowaną wpływa nie tylko jawne i publiczne wymierzanie sprawcom jej naruszenia dolegliwości, ale w zasadniczym stopniu także towarzyszące temu potępienie społeczne, które często jest samo w sobie wystarczające dla spełnienia funkcji kary. To właśnie znaczenie czci człowieka dla jego społecznej egzystencji, wyjaśnia przyczyny wymierzania kar – z zasady znieważających – na trupie czy „na portrecie” (*in effigie*)²¹⁶⁸, która to praktyka przetrwała w Europie aż do XIX w.²¹⁶⁹ W takim samym kontekście umieścić trzeba też, powszechnie występujące na wcześniejszych etapach rozwoju prawa karnego, instytucje, w których dokonany przez przestępcę akt

²¹⁶⁵ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, op. cit., s. 266.

²¹⁶⁶ F. v. Liszt, *Lehrbuch...*[1912], op. cit., s. 251.

²¹⁶⁷ T. Zaleśkiewicz, *Psychologia...*, op. cit., s. 409-410.

²¹⁶⁸ Nie można tu oczywiście pomijać również wpływu wiary w życie pozagrobowe na społeczny odbiór dolegliwości wynikających z tego rodzaju kar.

²¹⁶⁹ Zob. K. Koranyi, *Powszechna...*, t. 3, op. cit., s. 295, 338 i 356; J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 207-209; B. Sygit, *Historia...*, op. cit., s. 139 i 155.

samoupokorzenia pozwalał mu uniknąć kary²¹⁷⁰. Wyraża on uległość wobec grupy i jej norm, ale zarazem stanowi dobrowolne wyzbycie się, przynajmniej w jakimś stopniu i na jakiś czas, wymiernych korzyści jakie dawał jednostce dotychczasowy prestiż społeczny.

Wiele wskazuje, że w mechanizmie wytwarzania u adresatów norm repulsywnego markera somatycznego za pomocą karania pierwszorzędne znaczenie ma nie tyle publiczne epatowanie samą dolegliwością, co właśnie uderzenie w godność człowieka na oczach jego grupy społecznej. Przekonanie o skuteczności resocjalizacyjnej, prewencyjnej i retrybutywnej kar zawstydzających wywodząco właśnie z tego, że sprawca egzystencjalnie zależał od wspólnoty, na oczach której go upokorzono i od której to wspólnoty trudno było mu się uwolnić²¹⁷¹. Powtarzalność ceremoniału publicznej kary jest odwrotnością wspominanej przez B. Malinowskiego „pasji wyróżniania się przez pokaz”, to jest tego, do czego jednostka dąży próbując przykuć uwagę innych niecodziennymi przejawami bogactwa, statusu, hojności itp.²¹⁷² Jawne odarcie człowieka z prestiżu, zawstydzenie go na oczach innych, często jest większą dolegliwością niż sam uszczerbek dla innych dóbr jednostki. Świadczy o tym choćby spotykana w różnych społecznościach praktyka ratowania się przed hańbą poprzez honorowe samobójstwo, które w niektórych kulturach traktowane jest wręcz jako moralna powinność²¹⁷³. Z drugiej strony, sam nacisk społeczny opierający się wyłącznie na wywoływaniu poczucia wstydu z powodu nieakceptowanych społecznie zachowań często jest wystarczający by je całkowicie zmarginalizować²¹⁷⁴.

W tym kontekście trzeba zauważyć, że odrębność emocji wstydu i poczucia winy jest jedynie względna: obie charakteryzują się podobnym poziomem pobudzenia

²¹⁷⁰ Na przykład tzw. pokora u Słowian, *soro* na Fidżi, *sachtanga* w indyjskich kastach, czy pokuta kościelna, która w prawie północnogermańskim pozwalała uniknąć banicji (zob. np. J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 252-253; idem, *Polskie...*, op. cit., s. 302). Odnotować można także przykład pochodzący z XX w. – według kodeksu karnego NRD przyznanie się do winy stanowiące autokrytykę lub samopotępienie przed kolektywem stanowiło surogat kary (G. Rejman, *Teorie...*, op. cit., s. 80).

²¹⁷¹ G. Maroń, *Kary...*, op. cit., s. 12.

²¹⁷² Wspominany już potłacz wbrew pozorom nie był kulturową anomalią, lecz formą, w której wyrażała się ludzka potrzeba uznania przez innych. Niedorzeczność tego typu praktyk, w swej osnowie dostrzegalnych także w społeczeństwach współczesnych (np. wystawny tryb życia na pokaz, często nieadekwatny do rzeczywistej sytuacji finansowej) nie jest tak oczywista, jak mogłoby się to wydawać. Darwinowski sens zjawisk, takich jak niszczenie własnego majątku czy rozrzutność można wytłumaczyć odwołując się do teorii upośledzenia (*handicap theory*) A. Zahawiego, zgodnie z którą takie kosztowne energetycznie, a przy tym utrudniające ukrycie się albo ucieczkę przed drapieżnikami, cechy fenotypowe jak poroże u samców jeleniowatych czy ozdobne upierzenie znacznych rozmiarów u samców pawia wyewoluowało jako wskaźnik ogólnej jakości organizmu, którym kierują się samice przy wyborze partnerów seksualnych. Zdolność do radzenia sobie z dodatkowymi obciążeniami związanymi z posiadaniem tych cech manifestuje dobre dostosowanie genetyczne (zob. Am. Zahavi, *Mate selection. A selection for a handicap*, „Journal of Theoretical Biology” 1975, Vol. 53, No. 1, s. 205-214).

²¹⁷³ Zob. np. B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 59-61; J. Widacki, *Przestępczość...*, op. cit., s. 69-72.

²¹⁷⁴ B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 87-88.

sensomotorycznego i posiadają taki sam rdzeń cech konstytutywnych, a to że przybierają one odmienną postać, wynika z obecności dodatkowych czynników²¹⁷⁵. Co szczególnie istotne, zarówno wstyd, jak i poczucie winy cechują się ujemnym ładunkiem afektywnym, pojawiają się w kontekście interpersonalnym, ich odczuwanie skłania do dokonywania negatywnych atrybucji wewnętrznych, do ich wzbudzenia niezbędna jest ocena poznawcza zaistniałego wydarzenia wraz ze zdolnością przewidywania jego skutków, a przy tym mają one związek z naruszeniem norm²¹⁷⁶. Zasadnicza różnica polega natomiast na tym, że wstyd ma charakter globalny, wpływa na obniżenie samooceny i ogranicza zdolność do radzenia sobie w sytuacjach negatywnych²¹⁷⁷. W konsekwencji silniejsze tendencje do unikania powstają właśnie w reakcji na odczucie wstydu niż w reakcji na poczucie winy²¹⁷⁸.

Wyjaśnia to przyczyny, z powodu których kara kryminalna jako publiczne uderzenie w godność przestępcy ma taką siłę prewencyjną związaną z kształtowaniem się repulsywnych markerów somatycznych odnoszonych do czynu przestępczego, zarówno u jego sprawcy, jak i innych członków grupy²¹⁷⁹. Natężenie odczuwanej w wyniku zawstydzenia przykrości²¹⁸⁰, obok obiektywnej degradacji w hierarchii statusu społecznego z wszelkimi tego konsekwencjami, nadaje opartej na nim karze także wymiar retrybutywny.

Karnoprawny odwet uderzający w godność osobistą przestępcy nie ma jednak wyłącznie retrybutywnego czy prewencyjnego charakteru: równie istotny jest jego wymiar kompensacyjny. Wysoki status społeczny jest dla każdej jednostki aktywem w ramach bilansu jej szans darwinowskich, a uderzające w nią przestępstwo aktywu tego ją pozbawia przez sam w sobie fakt unaocznienia innym możliwości wyrządzenia jej krzywdy (uczynienia „frajera” [sucker] w terminologii używanej przez ewolucjonistów). Moralny odwet, prywatny albo publiczny, wyrównuje to niezgodne z normami obowiązującymi w grupie zakłócenie równowagi w rozkładzie „jednostek przetrwania”, zarówno wtedy, gdy prowadzi do kompensaty bezpośredniej (pozbawienia sprawcy analogicznych dóbr jak utracone przez pokrzywdzonego albo odebrania ich przestępcy i przekazania pokrzywdzonemu jako

²¹⁷⁵ A. Kleszczewska-Albińska, R. Albiński, *Wstyd...*, op. cit., s. 83-98.

²¹⁷⁶ Ibidem.

²¹⁷⁷ Ibidem, s. 92.

²¹⁷⁸ Ibidem, s. 96.

²¹⁷⁹ Ludzie obserwujący sprawcę posiadają zdolność empatii. Sami doznając kiedyś wstydu, mają tym samym świadomość emocji będących udziałem przestępcy doświadczającego kary zawstydzającej. Widząc go w pewien sposób internalizują też jego wstyd i zażenowanie i dochodzą do wniosku, że czyn przestępny nie jest warty tej ceny (zob. G. Maroń, *Kary...*, op. cit., s. 32 i powołana tam literatura amerykańska). Oczywiście istotna jest tu nie tylko świadoma refleksja, ale także (a właściwie przede wszystkim) mechanizm pozaświadomy wiążący karany czyn z emocją wstydu.

²¹⁸⁰ Jeden ze skazanych na karę zawstydzającą opisał swoje doświadczenie jako „czyste piekło” (podają za: G. Maroń, *Kary...*, op. cit., s. 32).

rekompensaty), jak i wtedy gdy wyrównaniu podlega wyłącznie sama zaburzona hierarchia statusu²¹⁸¹. Aspekt kompensacyjny kary nie ogranicza się do przestępstw godzących w dobra jednostki: w przypadku przestępstw przeciwko zbiorowości polega na wyrównaniu straty, którą poniosła ona w wyniku naruszenia obowiązujących w niej norm. Karnoprawne odrzucenie przez grupę stanowi w tym przypadku zniwelowanie korzyści, jaką przestępca odniósł lub mógłby odnieść dzięki swej niełojalności wobec niej („jazdy na gapę”)²¹⁸².

Nie da się ukryć, że wszystko to, co dotąd o winie w rozprawie napisano, pozostaje w wyraźnej opozycji do współczesnego sposobu pojmowania prawa karnego, wyrastającego z poglądu Kanta, że kara jako czysta odpłata, w założeniu wolna od jakiegokolwiek celu, który miałby za jej pomocą zostać osiągnięty, jest czymś, co służyć ma ochronie godności sprawcy przestępstwa przed przedmiotowym traktowaniem²¹⁸³. Jeżeli jednak postrzegamy prawo karne nie z perspektywy idealizacyjnych założeń filozoficznych, lecz jako realne zjawisko wyrosłe z normatywnej praktyki społecznej, musimy przyznać, że jest wprost przeciwnie: istotą kary zawsze jest instrumentalne zaatakowanie godności sprawcy przestępstwa, po to, by poprzez odstręczający przykład zapewnić w przyszłości ochronę wartości cenionych przez społeczeństwo. W orzecznictwie i nauce amerykańskiej broniąc kar zawstydzających nie bez racji zauważa się, że każdy wyrok skazujący rodzi społeczne konsekwencje – „zasadniczo wszyscy skazani za poważne przestępstwa odczuwają poniżenie i wstyd oraz mogą być poddani ostracyzmowi ze strony ich społeczności”, a braku poszanowania godności skazanego równie dobrze można upatrywać w karze więzienia, ponieważ „przestępca umieszczony w zakładzie karnym przypomina zwierzę zamknięte w klatce”²¹⁸⁴. Element publicznego pohańbienia zawiera samo w sobie jawne

²¹⁸¹ Warto przypomnieć, że rozstrzygnięcie „pojedynku sądowego”, niezależnie od tego, czy był to eskimoski pojedynek na pieśni, czy praktykowany przez Aborygenów „konkurs” rzutów oszczepem w „pozwanego”, przynosiło stronie zwycięskiej prestiż i społeczne uznanie dla jej przymiotów osobistych, których dowodem była wygrana, odpowiednią stratę w tych dobrach ponosił natomiast przegrywający. Greckie słowo *timōria* (τιμωρία), oznaczające „karę”, w swoim rdzeniu wykazuje związek z rzeczownikiem oznaczającym „honor” i „szacunek” (*timē*), co żyjący w II w. n.e. rzymski pisarz Geliusz uważał za potwierdzenie, że jednym z celów kary jest przywrócenie (*vindicatio*) honoru ofierze, którego byłaby ona pozbawiona, gdyby winowajca uszedł karze (zob. J.M. Kelly, *Historia...*, op. cit., s. 53 i 95).

²¹⁸² Zbliżony w swej istocie sposób rozumienia winy reprezentują koncepcje ujmujące ją jako zadłużenie (*Schuld*) sprawcy wobec drugiego człowieka lub wobec społeczeństwa (zob. G. Rejman, *Teorie...*, op. cit., s. 31-32). Stanowisko to przy okazji podkreśla aspekt intertemporalny winy (zadłużenie to stan, który utrzymuje się aż do wymierzenia sprawcy kary).

²¹⁸³ J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 102-103.

²¹⁸⁴ G. Maroń, *Kary...*, op. cit., s. 28 oraz przytoczone tam orzeczenia i publikacje.

ogłoszenie wyroku skazującego²¹⁸⁵, a jego zasięg dodatkowo zwiększa możliwość podania wyroku do publicznej wiadomości²¹⁸⁶ oraz zamieszczenie informacji o skazaniu w rejestrze karnym.

Nie można oczywiście zaprzeczyć, że jednym z wyraźnie wyczuwalnych kierunków ewolucji prawa karnego, wpisującym się w całłościowy proces jego humanitaryzacji, jest stopniowe ograniczanie pohańbiającego aspektu kary (w tym jej publiczności)²¹⁸⁷. Całkowita jego eliminacja byłaby jednak równoznaczna z pozbawieniem odpowiedzialności karnoprawnego charakteru, jak to ma miejsce w przypadku sankcji, nieraz bardzo dolegliwych, które w swym mechanizmie oddziaływania odwołują się wyłącznie do racjonalności ekonomicznej (sankcje administracyjne, kary porządkowe itp.).

Drugim, obok zmniejszającego się natężenia pohańbienia w reakcji karnej, niewątpliwym trendem w ewolucji prawa karnego jest poszerzanie się obszaru, na którym naruszenie normy sankcjonowanej uznawane jest za usprawiedliwione. Proces ten jest składnikiem uchwyconej przez J. Makarewicza "nici przewodniej" prawa karnego – subiektywizacji odpowiedzialności karnej. Wychodząc od odpowiedzialności obiektywnej, w której askrypcja sprawstwa była w zasadzie równoznaczna ze stwierdzeniem winy, stopniowo poszerzał się katalog przyczyn subiektywnych wyłączających potępienie²¹⁸⁸.

Stosunkowo wcześniej zaczęto uwzględniać właściwości samego podmiotu limitujące jego zdolność do zadośćuczynienia społecznym oczekiwaniom co do kierunku superdeterminacji (nieletniość, niepoczytalność)²¹⁸⁹ oraz wadliwości procesu decyzyjnego

²¹⁸⁵ Stosownie do art. 364 § 1 k.p.k. ogłoszenie wyroku zawsze odbywa się jawnie, nawet jeżeli jawność rozprawy była wyłączona w całości lub w części.

²¹⁸⁶ Zob. art. 43b k.k.

²¹⁸⁷ Współcześnie rzadkością są już kary polegające na publicznym ostentacyjnym upokorzeniu przestępcy, takie jak np. kary zawstydzające w prawie karnym Stanów Zjednoczonych (zob. G. Maroń, *Kary...*, op. cit., s. 5-38). Odwrót od kar zawstydzających obserwować można już od początku XIX w. Obok wpływu humanitarnych idei Oświecenia, jako przyczynę tego procesu wymienia się także zachodzące wówczas głębokie przemiany społeczne (wzrost populacji, rozwój środków transportu, zwłaszcza kolei, urbanizacja i rewolucja przemysłowa skutkujące masową migracją ludności), które powodowały osłabienie więzi społecznych i postępująca anonimizację, co – jak się uważa – zmniejszyło retributywny, prewencyjny i resocjalizacyjny potencjał publicznego pohańbienia, w porównaniu do tego, jaki miał on w niewielkich i hermetycznych wspólnotach wiejskich (zob. G. Maroń, *Kary...*, op. cit., s. 12).

²¹⁸⁸ W pewnym zakresie proces subiektywizacji odpowiedzialności karnej prowadził jednak do odwrotnego rezultatu, a mianowicie penalizacji usiłowania (w tym nieudolnego), a nawet przygotowania, których nie obejmowała odpowiedzialność na zasadzie obiektywnej.

²¹⁸⁹ Pełną nieodpowiedzialność dzieci (poniżej 7 roku życia) oraz osób chorych psychicznie, a także ograniczoną karalność osób przed osiągnięciem dorosłości (15 do 18 lat w zależności od szkoły prawnej) przewidywało prawo islamu (zob. J. Bielawski, *Islam...*, op. cit., s. 197-199). Wyłączenie winy z uwagi na małoletniość (poniżej 12 lat), a w niektórych przypadkach także z powodu choroby psychicznej, znane było prawu salickiemu (T. Maciejewski, *Historia...*, op. cit., s. 368). W okresie średniowiecza oraz czasach wczesnonowożytnych okoliczności tego rodzaju nie stanowiły jednak same przez się przyczyny bezkarności, zgodnie z recypowaną z prawa rzymskiego zasadą *malitia supplet aetatem* (złośliwość czynu uzupełnia wiek), natomiast o winie

wynikające z nieprawidłowej percepcji rzeczywistości (błąd). Obecnie w coraz większym stopniu wyznacznikiem winy stają się dodatkowe czynniki wpływające na wynik niepatologicznego procesu motywacyjnego, ugruntowuje się bowiem przekonanie, że popełnienie czynu zabronionego usprawiedliwia anormalna sytuacja motywacyjna, w której od sprawcy – w pełni zdanego do zawinienia i nie działającego pod wpływem błędu – nie można było wymagać zachowania zgodnego z prawem²¹⁹⁰. Dostrzec tu można przejaw wzrastającej akceptacji dla umiarkowanego egoizmu jednostki (jak to już wspomiano, skłonność taką uwidaczniają np. badania prowadzone w ramach scenariuszy przetargu ultymatywnego), co wpisuje się w omawiany już wcześniej kierunek historycznych przemian form ludzkiej świadomości – od etosu bezwzględного podporządkowania jednostki grupie do ideału człowieka swobodnie realizującego swój interes w granicach wyznaczonych wyłącznie przez konieczność respektowania analogicznej wolności innych. Proces ten nie jest rzecz jasna linearny, a w ramach regularnych nawrotów ideologii przyznających prymat, tak czy inaczej rozumianym, interesom zbiorowości, dostrzegalne jest – obok wzmożenia represji karnej – także zawężenie pola tolerowanego egoizmu. W społeczeństwach znajdujących się na takim etapie cyklu rozwojowego zasadą jest pełne podporządkowanie jednostki grupie, a każdy przejaw niesubordynacji podlega ukaraniu, bez uwzględnienia kosztów, jakie jednostka poniosłaby podporządkowując się adresowanej do niej normie.

Procesu subiektywizacji karnoprawnej winy nie powinno się jednak postrzegać tylko w kategoriach globalnej przemiany modelu ludzkiej świadomości, stanowi on – jak się wydaje – także przejaw specjalizacji i doskonalenia normatywnych narzędzi kulturowych. Dobitnie przekonuje o tym fakt, iż równolegle zachodzi odwrotny proces w przypadku prawa cywilnego, w którym obserwuje się rozwój form odpowiedzialności „bez zawinienia” (odpowiedzialność na zasadzie słuszności, ryzyka czy – w końcu – odpowiedzialność absolutna)²¹⁹¹.

orzekał sąd, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy. Zasadą było jednakże łagodniejsze karanie takich osób (zob. W. Uruszczak, *Historia...*, op. cit., s. 116, 357-358). Obejmujący niepoczytalność i nieletniość (poniżej 12 lat) katalog okoliczności wyłączających winę zawarto w *Josephinie* z 1787 r. (zob. S. Salmonowicz, *Z wieku...*, op. cit., s. 78).

²¹⁹⁰ Jako przykład wskazać można uregulowaną w art. 26 § 2 k.k. instytucję stanu wyższej konieczności wyłączającego winę. W tym przypadku wyłączenie przestępności czynu nie wynika z dodatniego bilansu społecznej opłacalności poświęcenia określonego dobra prawnego w celu ratowania innego dobra, lecz właśnie z anormalnej sytuacji motywacyjnej w jakiej znalazł się sprawca, która usprawiedliwia poświęcenie dobra prawnego o wartości równej lub wyższej (lecz nie oczywiście wyższej) od dobra ratowanego (zob. J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005, s. 175-176; A. Zoll [w:] *Kodeks...*, red. K. Buchała, A. Zoll, op. cit., s. 232-233; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 398-399).

²¹⁹¹ Zob. np. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 167-169.

To „rozchodzenie się” fundamentów odpowiedzialności karnej i cywilnej wytłumaczyć można uwzględniając destrukcyjne konsekwencje karnoprawnego ataku na godność sprawcy i powiązanego z tym jego odrzucenia przez grupę. Wraz z rozwojem prawa materialnego, proceduralnej regulacji wtórnej, a także narzędzi poznawczych umożliwiających ustalanie prawnie relewantnych stanów faktycznych, skuteczna restytucja naruszonej równowagi dóbr prawnych coraz częściej nie wymaga odwoływania się do drastycznej ze swej istoty metody prawa karnego. Z perspektywy „doboru grupowego” adaptatywną przewagę daje ograniczanie „skutków ubocznych” reakcji karnej, takich jak fizyczna czy społeczna eliminacja jednostek albo wyrzucanie ich na margines grupy, przez co społeczeństwo nie tylko nie wykorzystuje ich potencjału, ale dodatkowo pozwala jeszcze na tworzenie się subkultur antyspołecznych. Karanie ludzi, którzy nie mogli się zachować inaczej albo – z przyczyn patologicznych lub sytuacyjnych – mieli ograniczoną możliwość wyboru właściwego zachowania, szkodzi realizacji motywującej funkcji normy prawnej²¹⁹². Prowadzi to do dewaluacji prawa karnego: z narzędzia, którego ultymatywność podkreśla wagę naruszonej normy i szczególnie negatywną ocenę zachowania, staje się ono jedynie środkiem zastraszania dowodzącym bezradności wobec istniejących problemów społecznych. Bez wątpienia przewagę adaptatywną uzyskuje takie społeczeństwo, które potrafi chronić istotne dobra prawne powściągliwie korzystając z instrumentalnego ataku na godność swych członków, potępiając raczej czyn aniżeli jego sprawcę²¹⁹³, czy w końcu gwarantując jednostkom bezpieczny udział w obrocie dobrami prawnymi bez ryzyka poniesienia odpowiedzialności karnej za trudne do przewidzenia lub uniknięcia skutki własnych zachowań. Wydaje się przy tym, że subiektywizacja odpowiedzialności karnej jest możliwa także dzięki obiektywizacji prawa cywilnego, które przejmując w zasadniczym stopniu funkcję przywrócenia zaburzonej równowagi dóbr, niejako uwalnia od niej prawo karne.

Rozwój praktyki karania w przedstawionym kierunku doprowadził do tego, że akcent w sposobie rozumienia winy przesunął się z samego potępiającego ataku na godność sprawcy czynu zabronionego na dopełniający go obszar gwarantowanej przez prawo karne wolności od reakcji karnej za zachowania niezawinione. Zasada winy wiąże się w ten sposób z ochroną godności osobowej człowieka, którą naruszałoby karanie za to, na co nie miał on wpływu

²¹⁹² W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 324; zob. też A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 93.

²¹⁹³ W psychologii wskazuje się, że nadmierne potępienie prowadzi do przyjęcia postawy samoobronnej, wypierającej lęk i poczucie winy, które z kolei odgrywają dodatnią rolę w kształtowaniu się osobowości (zob. G. Rejman, *Teorie...*, op. cit., s. 81 i literatura tam cytowana).

i czego nie mógł uniknąć²¹⁹⁴. Nie ma przy tym żadnej antynomii pomiędzy gwarancyjnym znaczeniem winy a jej prewencyjnym podłożem, którego jeden z aspektów uchwycił Feuerbach w swojej teorii przymusu psychologicznego, zauważając, że kara stanowić będzie „bodziec hamujący” dla potencjalnego sprawcy tylko wtedy, gdy jej wymierzenie będzie dla niego przewidywalne dzięki istnieniu ustawowego zakazu obwarowanego sankcją karną.

Z uwagi na ograniczone ramy rozprawy poza zakresem szczegółowych rozważań trzeba pozostawić niezwykle sporną kwestię, w którym konkretnie miejscu wina sytuuje się na osi pomiędzy indywidualno-konkretną możliwością przewidzenia skutku²¹⁹⁵, a generalno-obiektywną powinnością jego przewidzenia²¹⁹⁶. Intuicyjne, cechujące się niepodważalną dogmatyczną elegancją, rozwiązanie przyjmuje, że kryterium generalno-obiektywne przynależy do obszaru bezprawności (bezprawność jako „niedopełnienie powinności”), natomiast winę ujmuje jako konkretno-indywidualny zarzut wobec sprawcy, że nie zaniechał zachowania niezgodnego z prawem, chociaż mógł postąpić inaczej²¹⁹⁷.

Wbrew pozorom rozwiązanie to nie jest jednak wolne od istotnych mankamentów. Z jednej strony bowiem odpowiedź na pytanie, czy osoba indywidualna, która stoi oskarżona przed sądem, była w stanie postąpić inaczej, tj. odpowiednio do nakazów porządku prawnego, wymagałaby przeprowadzenia dla każdej pojedynczej osoby i konkretnego czynu dowodu wolnej woli²¹⁹⁸. Kategoria wolnej woli, o czym już wspomiano, jest natomiast jedynie użyteczną idealizacją, sprawdzającą się na poziomie teoretycznej eksplanacji natury człowieka, nie jest jednak możliwe jej udowodnienie w sensie indywidualno-konkretnym. Słusznie wskazuje się też, że ekstremistyczne stosowanie kryterium konkretno-indywidualnego prowadziłoby do ekskulpacji z powodu braków charakterologicznych,

²¹⁹⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 324. Znalazło to normatywny wyraz w prawie niemieckim, gdzie zasadę winy traktuje się jako wyraz zasady państwa prawnego (Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 104).

²¹⁹⁵ Problem ten oczywiście nie dotyczy wyłącznie przestępstw materialnych, ale uniwersalnie odnosi się do przewidywalności realizacji desygnatów wszelkich znamion typu czynu (skutku w szerokim znaczeniu, w jakim używał tego pojęcia G. Wright, obejmującym wszelkie zmiany w fizycznej rzeczywistości, w tym samo zachowanie sprawcze), a w konsekwencji separacji płaszczyzn winy, karalności oraz bezprawności.

²¹⁹⁶ Na ten temat zob. zwłaszcza Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 358-376 i literatura tam powołana.

²¹⁹⁷ Tą drogą poszedł polski ustawodawca dokonując w dniu 20 lutego 2015 r. w ustawie o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Dz. U. 2015. 396) nowelizacji przepisu art. 28 § 1 k.k., w kontekście której przewidywalność popełnienia czynu zabronionego stanowiącą warunek obiektywnego przypisania zarówno typu umyślnego, jak i nieumyślnego, a *expressis verbis* wyeksponowaną w przypadku nieświadomej nieumyślności (art. 9 § 2 k.k.), rozumieć należy w sposób zgeneralizowany i obiektywny, w odróżnieniu od przynależnej do sfery winy przewidywalności indywidualno-konkretniej, o której stanowi art. 28 § 1 k.k. (tak m. in. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 221; M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego [art. 28 § 1 k.k.]*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 35-36; idem, *Umyślność i nieumyślność w projekcie nowelizacji kodeksu karnego [analiza wybranych uwag krytycznych]*, Pal. 2014, z. 5-6, s. 113-114).

²¹⁹⁸ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, op. cit., s. 370-371.

a przecież bez minimalnych wymagań wobec woli sprawcy nie jest możliwe utrzymywanie porządku prawnego za pomocą norm²¹⁹⁹. Z kolei uwzględnienie kryteriów generalno-objektywnych sprowadzałoby pojęcie winy do przypisywanej jej przez teorię funkcjonalną roli wtórnego uzasadnienia reakcji karnej, której faktyczną podstawą są konwencje wynikające z rzeczywistych lub urojonych potrzeb kryminalno-politycznych²²⁰⁰.

Z drugiej strony konsekwentne oparcie bezprawności wyłącznie na kryterium obiektywno-generalnym prowadziłoby do uchylenia odpowiedzialności karnej za skutki, których przewidywalność wykracza poza możliwości „przeciętne”, ale jest dostępna dla indywidualnego sprawcy dysponującego możliwościami „ponadprzeciętnymi”²²⁰¹.

W konsekwencji nie da się całkowicie uniknąć zarówno elementów indywidualizujących przy wartościowaniu na poziomie bezprawności, jak i aspektu normatywnego (objektywizującego) w ramach subiektywnego przypisania czynu²²⁰². Przyjęte w tej pracy podejście metodologiczne pozwala zrezygnować z dążenia do ścisłej separacji elementów składających się na poszczególne płaszczyzny w strukturze przestępstwa i zaakceptować umiarkowany stopień ich wzajemnego przenikania się na obrzeżach. Można zatem przyjąć, że przypisanie bezprawności polega na ujemnym wartościowaniu określonego zachowania na podstawie reguł postępowania z dobrem prawnym, które w przeważającym stopniu mają charakter generalny i obiektywny, choć w przypadku niektórych dóbr prawnych zawierają także pewne elementy subiektywne. Zgeneralizowanie i obiektywizacja reguł postępowania z dobrami prawnymi ma przy tym charakter jednokierunkowy, nie są one bowiem jednolite w odniesieniu do wszystkich adresatów normy sankcjonowanej, ponieważ modyfikuje je uniwersalna reguła, która nakazuje zachować ponadprzeciętny standard temu, kto taką możliwością dysponuje. Z drugiej strony, choć zarzut winy opiera się na konkretno-indywidualnej przewidywalności popełnienia czynu zabronionego, to mimo wszystko w zwinienie wkomponowane są pewne minima o charakterze normatywnym (objektywizującym), które w istocie rzeczy są koncesjami na rzecz społecznej potrzeby karania.

Przedstawione stanowisko, choć do pewnego stopnia zbieżne ze spostrzeżeniami przedstawicieli funkcjonalnej koncepcji winy, nie uzasadnia jednak nazywania winy fikcją ani podważania celowości posługiwania się tym pojęciem. Pomimo jego kontaminacji przez

²¹⁹⁹ Zob. ibidem.

²²⁰⁰ Zob. ibidem, s. 372-373 i literatura tam powołana.

²²⁰¹ Ibidem, s. 368-369.

²²⁰² Zob. ibidem, s. 371.

elementy obiektywno-generalne nie może bowiem budzić wątpliwości, jak to celnie wyślowił E. Krzymuski, że czyn (bezprawny i obłożony karą przez prawodawcę) może być przestępstwem dopiero wtedy, gdy jego sprawcę można uznać nie tylko za fizyczną, lecz i za moralną jego przyczynę²²⁰³.

6. Podsumowanie – elementy struktury przestępstwa jako różne przejawy oddziaływania funkcji ochronnej prawa karnego

Zaprezentowane w tej części rozprawy spostrzeżenia wydają się potwierdzać postawioną na wstępie hipotezę, że ani działalność prawodawcza, ani incjująca ją lub opracowująca jej wytwory działalność dogmatyczna, nie sprowadza się wyłącznie do tworzenia modeli-wzorów w rozumieniu przedstawionym przez M. Rodzyńkiewicza. W najbardziej głębokich warstwach te modele-wzory stanowią bowiem próbę coraz doskonalszego odwzorowania realnego, przedteoretycznego zjawiska przestępstwa. Odpowiedzialność karna może być przy tym postrzegana jako fenotypowa cecha wszystkich jednostek składających się na grupę społeczną – ich wspólna adaptacja normatywna służąca wpływaniu na przyszłe zachowania tworzących ją ludzi, tak by były one przewidywalne i zgodne z wiążącym w danej grupie wzorcem. Specyfiką prawa karnego jest to, że przyszłe zachowania członków grupy stymulowane są poprzez odwet za dokonane już naruszenia wiążących wzorów zachowania. Poziom natężenia reakcji na tego rodzaju naruszenie, nieznanym innym systemom norm, oraz wyposażenie jej w element ostrego potępienia, są konsekwencją wagi wartości chronionych przez normy prawa karnego. Wynikają także, co jest ściśle związane z „ostatecznym” charakterem prawa karnego, z samego mechanizmu oddziaływania jego norm, który polega na wytwarzaniu za pomocą publicznej i dolegliwej kary repulsywnego markera somatycznego u adresatów chronionych przez prawo karne norm sankcjonowanych.

Jak się przy tym wydaje, odwzorowywane przez dogmatykę prawa karnego, a nie jedynie przez nią tworzone, jest nie tylko samo zjawisko przestępstwa, ale i poszczególne płaszczyzny w jego strukturze. Wszystkie proponowane od zarania teoretycznej refleksji nad prawem karnym modele tej struktury niezmiennie krążą wokół kilku tych samych elementów, a różnice dotyczą jedynie ich wzajemnych relacji i szczegółowej zawartości poszczególnych płaszczyzn.

²²⁰³ E. Krzymuski, *Wykład...*, op. cit., s. 289-290.

Gdy bliżej się tym elementom przyjrzymy, dostrzeżemy, że każdy z nich w swoisty dla siebie sposób służy zoptymalizowaniu realizacji głównej funkcji prawa karnego, jaką jest ochrona dóbr prawnych. Wymaga to zapewnienia możliwie największej na danym etapie rozwoju cywilizacyjnego formalnej i aksjologicznej przewidywalności reakcji karnej oraz możliwości uchronienia się przed nią przez jednostkę dzięki antycypacji skutków własnego zachowania. Prezentowane tu stanowisko nie stawia oczywiście znaku równości pomiędzy współczesnym prawem karnym a prawami karnymi dawnych epok czy społeczeństw prymitywnych. Oznacza tylko, a może raczej aż tyle, że immanentnie w każdej reakcji o charakterze karnoprawnym, nawet tej najbardziej prymitywnej, tkwiły pewne właściwości (etapy czy też warstwy askrypcji), z których wyewoluowały płaszczyzny struktury przestępstwa znane współczesnej refleksji nad prawem karnym. Zaliczyć do nich należy:

- 1) Obiektywne przypisanie określonego stanu rzeczy podmiotowi uznawanemu za autora przemian zachodzących w świecie, dysponującego możliwością wyboru alternatywnego zachowania się (czyn);
- 2) Stwierdzenie, że przypisywalny stan rzeczy jest szkodliwy dla grupy (karygodność);
- 3) Przypisanie temu podmiotowi naruszenia akceptowanych społecznie reguł postępowania z uznawanym w danej kulturze dobrem prawnym (bezprawność);
- 4) Zidentyfikowanie w bezprawnym czynie takich cech, z uwagi na które przynależy on do kategorii czynów typowo spotykających się w danej grupie z publicznym i wspólnotowym odwetem (karalność);
- 5) Stwierdzenie, że autor karygodnego, bezprawnego i karalnego czynu miał możliwość jego uniknięcia, jest więc nie tylko fizyczną, ale i moralną jego przyczyną, a wobec tego zasługuje na potępienie i odwet (wina).

Zakończenie – kierunek i perspektywy dalszej ewolucji prawa karnego.

Postawienie hipotezy, że prawo karne ewoluuje zobowiązuje do wykazania, że jego zmiany nie mają przypadkowego charakteru, ale polegają na przechodzeniu z niższych na wyższe poziomy²²⁰⁴, wyróżniane z perspektywy jego fundamentalnych właściwości, którym można przypisać adaptatywne znaczenie.

Na ewolucyjnym pojmowaniu procesu rozwojowego prawa karnego opierały się wspomniane już badania Mommsena-Bindinga, natomiast autorem, który przedstawił całościową koncepcję ewolucji tej gałęzi prawa, obejmującą wyjaśnienie jej mechanizmu oraz kierunków („nici przewodnich”), był J. Makarewicz. Wyróżnił on trzy fazy rozwoju prawa karnego²²⁰⁵. Na pierwszym z nich przestępstwo utożsamiano z naruszeniem interesów silniejszych członków grupy, przy czym kryterium siły mogła być przewaga fizyczna, intelektualna, odwaga, bogactwo, wpływy itp., a podmiotem, którego interesy chroniono – osoba, rodzina albo klasa społeczna²²⁰⁶. Luźna organizacja społeczna była spajana głównie przez wolę silniejszego, która w związku z tym wymagała bezwzględного posłuszeństwa. Była przy tym arbitralna i zmienna²²⁰⁷, wobec czego często dopiero fakt ukarania wyznaczał oczekiwany wzór zachowania, a karze podlegały nie tylko uchwytnie czyny, ale i negatywnie oceniane właściwości członka grupy, w tym nawet jego nieprzydatność dla społeczeństwa²²⁰⁸. W drugiej, teokratycznej fazie, w ślad za wykształceniem się religii, która rozwinęła się z kultu przodków naczelnika grupy, przestępstwem był czyn uznany za niezgodny z wolą bóstwa²²⁰⁹. Mógł on polegać albo na jego bezpośredniej obrazie związanej z naruszeniem norm religijnych, albo na naruszeniu usankcjonowanych przez bóstwo lub jego przedstawicieli stosunków społecznych, zajęć, miejsc, budynków, rzeczy czy też członków kasty społecznej uznawanej za świętą lub nietykalną²²¹⁰. Przestępstwem nadal było więc

²²⁰⁴ Wyłącznie w sensie ogólnym, ponieważ jak to już wielokrotnie wskazywano, ewolucjonizm nie jest równoznaczny z prostym progresywizmem i nie wyklucza stagnacji czy – nawet długotrwałego i głębokiego – regresu. Jako przykład wskazać tu można kodeksy karne XX-wiecznych państw totalitarnych odrzucające, za pomocą różnych konstrukcji teoretycznych, zasady *nullum crimen sine lege* oraz *lex retro non agit*. Niebezpieczeństwa z tego wynikające przewidział J. Makarewicz, dla którego ten kierunek był oczywistym krokiem wstecz w rozwoju ludzkości, prowadzącym do destrukcji systemu prawa karnego (zob. J. Makarewicz, *Kodeks...* [1938], op. cit., s. 51-52; idem, *Wstęp*, [w:] *Kodeks karny Republik Sowieckich*, Warszawa 1926, s. 13-14; idem, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 107-109; idem, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 113).

²²⁰⁵ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 10-23.

²²⁰⁶ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 147-148; idem, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 11.

²²⁰⁷ J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 13.

²²⁰⁸ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 149 i 157-159.

²²⁰⁹ Ibidem, s. 168-169.

²²¹⁰ Ibidem, s. 173-180 i 189; zob. także idem, *Faza teokratyczna w ewolucji przestępstwa*, „Ateneum” 1900, t. 4, s. 591.

naruszenie interesów silniejszego, przy czym do obecnych już w poprzedniej fazie kryteriów decydujących o uprzywilejowaniu dołączyły kolejne, takie jak dziedziczenie lub namaszczenie przez bóstwo²²¹¹. Poprzez odwołanie się do woli bóstwa karnoprawnej ochronie podlegały również interesy grupy, np. tzw. pokojem bożym obejmowano te miejsca, na których odbywały się wydarzenia dla niej ważne (zgromadzenia, handel itp.). Pod wpływem takiej praktyki stopniowo kształtowało się przekonanie, że pewne dobra (np. życie) podlegają ochronie jako takie, a nie tylko z uwagi na miejsce lub okoliczności ich naruszenia²²¹². Równolegle zanikały ograniczenia podmiotowe ochrony, w przypadku np. morderstwa coraz mniej istotna była przynależność kastowa ofiary, a w coraz większym stopniu uznawano, że gniew bogów powoduje sam rozlew krwi²²¹³. W trzeciej fazie przestępstwem jest czyn antyspołeczny – naruszający interes społeczeństwa rozumianego jako całość, co związane jest z wykształceniem się abstrakcyjnego pojęcia dobra publicznego, wspólnego dla wszystkich²²¹⁴. Kryterium naruszenia interesu silniejszego opiera się na przewadze większości²²¹⁵. Rozwija się ochrona życia i zdrowia jako takiego, niezależnie od warstwy społecznej, pojawia się też ochrona warstw niższych przed nadmiernym wyzyskiem²²¹⁶. Wraz z postępem społecznym i technologicznym wykształcają się nowe typy przestępstw, chroniące nowe instytucje oraz przedmioty użytku powszechnego²²¹⁷.

Interesujące spostrzeżenia na temat ewolucji prawa karnego, w aspekcie postępującej jego subiektywizacji, przedstawił także J. Kochanowski. Autor ten, podobnie jak J. Makarewicz, wyróżnił trzy etapy rozwoju odpowiedzialności karnej, przy czym głównym układem odniesienia uczynił postęp w „technologii” odpowiedzialności karnej, wiążąc go bardziej z doskonaleniem się narzędzi poznawczych, niż z panującymi na danym etapie stosunkami polityczno-gospodarczymi²²¹⁸. Według tej koncepcji na pierwszym etapie, „sięgającym do zamierzchłych i trudnych już do uzmysłowienia sobie czasów”, ustalenie odpowiedzialnego, wobec braku myślenia kauzalnego, wynikało bezpośrednio z przeniesienia emocji wywołanych przez coś uznanego za zło na to, co się z nim stykało. Stąd karanie właściciela ziemi lub wody, w której odnaleziono zwłoki, osoby, która je odnalazła itp. Na drugim etapie, wraz z rozwojem wiedzy o zależnościach

²²¹¹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 184-189.

²²¹² Ibidem, s. 194-202; idem, *Metoda...*, op. cit., s. 24-25; idem, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 42.

²²¹³ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 202-205; idem, *Faza...*, op. cit., s. 597.

²²¹⁴ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 14; idem, *Wstęp...*, op. cit., s. 220.

²²¹⁵ Ibidem, s. 231.

²²¹⁶ Ibidem, s. 226.

²²¹⁷ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 14; idem, *Wstęp...*, op. cit., s. 226-227.

²²¹⁸ J. Kochanowski, *Subiektywne...*, op. cit., s. 14-17.

przyczynowych, odpowiedzialność oparta została na zależnościach odpowiadających współczesnemu rozumieniu przyczynowości, ponieważ jednak nie potrafiono jeszcze definiować ich w kategoriach abstrakcyjnych, to opierano się na kazuistycznych wyliczeniach. To przyczynowe myślenie wciąż zawierało liczne błędy, wynikające z deficytów wiedzy o kauzalnych zależnościach zachodzących w świecie, których konsekwencją była wadliwość – często rażąca – jego wyników (np. przyjmowano przyczynowość czarów). Odpowiedzialność karna na tym etapie miała charakter obiektywny w tym sensie, że nie uwzględniano w niej elementu subiektywnego, tj. rozróżnień w zakresie świadomości i woli sprawcy zła. Dopiero na trzecim etapie rozwoju odpowiedzialności karnej samo przyczynowe powiązanie zła z zachowaniem człowieka zaczęto uważać za niewystarczające, w związku z czym pojawił się wymóg pewnej dodatkowej, rzeczywistej lub potencjalnej, relacji psychicznej rozumianej obecnie jako umyślność lub nieumyślność.

Oba przywołane spojrzenia na ewolucję prawa karnego i zjawiska przestępstwa można uznać za komplementarne, a przy tym w przeważającej części trafne. Naświetlają one bowiem z nieco odmiennych perspektyw ten sam mechanizm ewolucyjny, który uwidoczni się, gdy koncepcje J. Makarewicza i J. Kochanowskiego umieścimy w kontekście teorii koewolucji genetyczno-kulturowej.

Ze spostrzeżeń J. Makarewicza wyciągnąć można wniosek, że postęp w prawie karnym polega między innymi na stopniowym poszerzaniu się kręgu podmiotów podlegających prawnokarnej ochronie. Początkowo wspólnotowa reakcja karząca zabezpieczała jedynie wąsko rozumianą spoistość grupy społecznej jako takiej oraz interes jednostek czy warstw społecznych stojących na jej czele. Jedną z pierwszych fundamentalnych innowacji było rozciągnięcie karzącej reakcji społecznej na krzywdy wyrządzane jednostkom, w związku z czym przestały one być jedynie przedmiotem zainteresowania zaangażowanych w konflikt rodów, ale stały się dodatkowo również przyczyną moralnego potępienia ze strony wspólnoty, która zaczęła rozumieć, że pomiędzy dobrem jej członków i pomyślnością grupy jako całości zachodzi ścisły związek²²¹⁹. Spostrzeżenie to dobrze oddaje przyczynę postępu moralnego, jaki możemy zaobserwować na przestrzeni dziejów. Jego motorem jest bowiem, o czym już wielokrotnie wspomniano, rozrastająca się wraz z rozwojem cywilizacyjnym sieć powiązań altruizmu wzajemnego, która powoduje, że prawo karne – wraz z innymi wytworami kulturowymi oraz towarzyszącymi im formami świadomości – stopniowo

²²¹⁹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 297.

przechodzi od świata uporządkowanego według zasad doboru krewniaczego do świata opartego na bardziej oddalonych od substratu biologicznego związkach społecznych.

Początkowo społeczna ochrona dóbr indywidualnych, takich jak życie i mienie, ograniczała się jednak wyłącznie do relacji wewnątrz grupy²²²⁰. J. Makarewicz, posługując się bardzo bogatym materiałem porównawczym oraz szeroką analizą lingwistyczną, zobrazował rozwój ideologiczny rozpoczynający się od etapu, na którym pojęcie „człowiek” oznacza wyłącznie członka własnej grupy, a wszystko to, co poza nią to „nie-ludzie”. Na tym poziomie rozwojowym wszystko to, co jest poza grupą wzbudza niechęć i pogardę, ale przede wszystkim również nieufność i obawę²²²¹. Lwowski uczony doskonale zdawał sobie sprawę, że przyczyną takiego stanu rzeczy był brak wykraczających poza grupę więzi społecznych i gospodarczych. Ideologia, którą kierowano się na tym wczesnym etapie rozwoju cywilizacyjnego wynikała z logicznego wnioskowania, że skoro z obcym nie ma żadnych związków, które powodowałyby, że mógłby być on zainteresowany współpracą, a jedyne co może go interesować to potraktowanie wnioskującego wraz z jego dobytkiem i rodziną jako łupu, to obcy jest prawdopodobnym wrogiem i lepiej, żeby zginął²²²².

Ślady tego rozumowania można odnaleźć w etymologii słów oznaczających w różnych językach „obcego”, „gościa” czy „obcokrajowca”, które uniwersalnie wywodzą się od określeń mających takie dodatkowe znaczenia, jak np. „szkodnik”, „grabieżca”, „przeznaczony na śmierć” czy „mający umrzeć”. W ubogim słownictwie ludów pierwotnych na „obcego”, „wroga” i „przestępcę” używano jednego określenia²²²³. Wsparcia początkowo udzielała tu również religia, która z uwagi na swój partykularny charakter, uzasadniała traktowanie obcych jako wrogów, skoro bowiem nie czcili oni „naszych” bogów, to musieli być przez nich znienawidzeni, a każdy kto przestawałby z obcymi nieuchronnie ściągałby na siebie gniew bogów²²²⁴. W konsekwencji, ludzie znajdujący się poza wewnątrzgrupowym „kręgiem moralnej troski” (obcy i wykluczeni z niej) nie korzystali z jakiegokolwiek ochrony,

²²²⁰ Ibidem, s. 303.

²²²¹ Zob. ibidem, s. 298. Lęk przed obcymi stanowi uniwersalium kulturowe (S. Pinker, *Tabula...*, op. cit., s. 618; zob. też E.O. Wilson, *O naturze...*, op. cit., s. 146-147).

²²²² J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 298. Najnowsze badanie pokazały, że w grę wchodzi tu również dodatkowy czynnik, jakim jest faktycznie zwiększone zagrożenie epidemiologiczne w kontaktach międzygrupowych (zob. M. Schaller, D. Murray, *Pathogens, personality and culture: Disease prevalence predicts worldwide variability in sociosexuality, extraversion, and openness to experience*, „Journal of Personality and Social Psychology” 2008, Vol. 95, s. 212-221). Nie zaskakuje więc, że także obecnie populiści, którzy zawsze odwołują się do instynktów i lęków ludzkich, dążąc przy ich wykorzystaniu do rozbicia więzi międzyludzkich wykształconych w toku rozwoju moralności, by osiągnąć własne egoistyczne cele, uniwersalnie posługują się figurą „obcego-wroga”, często obudowaną odniesieniami do zwierząt stanowiących zagrożenie epidemiologiczne (takich jak szczury, wszy czy karaluchy).

²²²³ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 298-300.

²²²⁴ Ibidem, s. 299.

ich zabójstwo było czynem co najwyżej obojętnym prawnie²²²⁵, często jednak wartościowym moralnie i chwalebnym²²²⁶, a nawet nakazanym przez religię i prawo pod sankcją kary doczesnej lub pośmiertnej²²²⁷. Obcego można było bezkarnie okraść, obrabować czy też oszukać²²²⁸.

Wraz z rozwojem wymiany międzygrupowej, do której przyciągały generowane przez nią korzyści, a popychało zagrożenie wojną, ta pierwotna skrajna wrogość do wszystkiego co obce musiała w końcu zostać zniwelowana. Wymiana nie mogła obejść się bez wspierających ją wytworów mentalnych, takich jak gościnność, oraz objęcia obcych kontrahentów i ich przedstawicieli ochroną prawną²²²⁹. Początkowo następowało to w typowy dla procesu ewolucyjnego sposób: poprzez dostosowanie istniejących już form do nowych potrzeb. Dla „uczłowieczenia” obcych kontrahentów, a w konsekwencji objęcia ich ochroną prawną, posługiwano się więc fikcją pokrewieństwa, wymieniano z nimi imiona, dokonywano zmieszania krwi, adoptowano ich, pozwalano im zakupić grunt na terytorium wspólnoty lub w inny sposób przyznawano członkostwo w niej i wynikającą z niego indywidualną ochronę prawną²²³⁰. Środki te, choć wykorzystywane w różnych odmianach aż do czasów współczesnych, były jednak niewystarczające dla coraz bardziej rozwiniętych form wymiany, charakteryzujących się znaczną bezosobowością oraz przypadkowością i koncentrujących się w miejscach umożliwiających jednoczesne zestawienie ze sobą popytu i podaży (rynek). Dla pomyślności wymiany miejsca takie wymagały ochrony prostej i nie opartej na indywidualnych przywilejach. Z pomocą przyszła tu religia, która – poprzez odwołanie się do opieki wspólnych bogów i uczynienie w ten sposób z rynku miejsca świętego – pozwoliła na wytworzenie się pojęcia pokoju handlu, które stanowiło pierwsze przełamanie obowiązującej wcześniej bezwarunkowo i bliższej biologicznym korzeniom natury ludzkiej zasady personalnej oraz załączek, z którego następnie rozwinęła się zasada terytorialności ochrony prawnej²²³¹.

²²²⁵ Jak np. w prawie germańskim, według którego za zabójstwo obcokrajowca nie przysługiwała żadna grzywna ani prawo do zadośćuczynienia dla jego krewnych, a czyn ten nie pozbawiał zabójcy pokoju i nie wymuszał na nim ucieczki z kraju (ibidem, s. 301).

²²²⁶ Na przykład w plemionach Siuksów, Dajaków na Borneo czy Naga w Asamie (ibidem, s. 301).

²²²⁷ Na przykład w dawnej Macedonii, na Fidżi czy u Indian (zob. ibidem, s. 302).

²²²⁸ J. Makarewicz przywołał tu przykłady pochodzące z Galii z czasów Cezara, Polinezji, Fidżi, różnych plemion afrykańskich, malajskich i in. oraz relikty tego zjawiska dostrzegalne nawet w prawie Europy późnego średniowiecza (ibidem, s. 303-305).

²²²⁹ Zob. ibidem, s. 307-308.

²²³⁰ Zob. ibidem, s. 310-316.

²²³¹ Zob. ibidem, s. 306-310.

Dalszy rozwój komunikacji i handlu oraz narastająca bezosobowość tych relacji, w związku, z którą afektywne zabarwienie kontaktów międzygrupowych (wrogość-przyjaźń) stopniowo zastępowała pragmatyczna obojętność, prowadził do powolnego przekształcania się prawa karnego, w którym ochrona oparta na fikcjach pokrewieństwa czy pokoju miejsca, zastępowana była przez ochronę pewnych dóbr prawnych jako przysługujących ludziom z samego faktu bycia nimi²²³².

Niezależnie od tych przemian, prawo karne zawsze stanowi przede wszystkim spoiwo pomagające grupie społecznej dążyć do wspólnego celu poprzez ograniczanie egoistycznych interesów jej członków. Dla J. Makarewicza tendencja rozwojowa prawa polegała więc nie tyle na zmianie jego celu, tym zawsze był bowiem interes zbiorowości²²³³, ile na postępujących, wraz z rozwojem ogólnych stosunków społecznych i wzmacnianiem się więzi wewnątrzgrupowych, przemianach w skonkretyzowanej treści tych interesów oraz w sposobie formułowania celów grupy: od utożsamiania ich z interesem najsilniejszych jednostek i warstw społecznych (co na wczesnych etapach rozwoju cywilizacyjnego było niezbędne dla realizacji podstawowego interesu grupy – zapewnienia własnej spójności) po powiązanie z abstrakcyjnie rozumianą wspólnotą inkorporującą także interesy jednostek i grup słabszych.

Finalnym etapem poszerzania „kręgu moralnej troski” na gruncie prawa karnego jest, jak się wydaje, objęcie moralną troską również samego przestępcy. W wyniku długotrwałego rozwoju prawa karnego sprawca przestępstwa przestaje już być odrzuconym przez grupę, pozbawionym wszelkich praw, wyrzutkiem, a coraz częściej postrzegany jest zgodnie z postulatami szkoły uppsalskiej jako pełnoprawny członek wspólnoty, której obowiązkiem jest chronienie należących do niej jednostek przed przestępczymi skłonnościami, co następuje między innymi za pomocą zagrożenia karą i przynosi korzyść zarówno jednostkom, jak i społeczeństwu jako całości²²³⁴. Z przedmiotu, na którym rozładowywany jest instynkt odwetu i poczucie zagrożenia, przestępca staje się podmiotem kary rozumianej jako środek, za pomocą którego próbuje się przywrócić go społeczeństwu²²³⁵.

Taki sposób myślenia o sprawcy przestępstwa upowszechnia się jednak z dużymi oporami, co dotyczy nie tylko świadomości szerszych kręgów społecznych, ale nawet filozofii prawa karnego. Silne przeciwstawienie sprawcy przestępstwa społeczeństwu dostrzegalne

²²³² J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 317-318. Towarzyszył temu rozwój ideologii wspierających tę nową perspektywę (zob. ibidem, s. 319).

²²³³ Zob. np. ibidem, s. 152.

²²³⁴ Zob. S. Frankowski, *Szwecja*, op. cit., s. 333-334.

²²³⁵ Zob. J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 123 i 143.

było jeszcze w teorii kary A. Feuerbacha, a także w leżących na przeciwnym biegunie myśli karnistycznej, koncepcjach naturalistycznego nurtu pozytywizmu, w których przestępca był traktowany jako istota genetycznie lub behawioralnie odmienna od reszty obywateli, co w najlepszym przypadku oznaczało uprzedmiotowienie go jako obiektu terapeutycznie pojmowanych przymusowych oddziaływań resocjalizacyjnych. Dla wielu pozytywistów (w tym F. Liszta) było to także uzasadnieniem dla stosowania drastycznych środków eliminacyjnych, jak np. kastracja czy dożywotnie internowanie w zakładach o zaostrzonym rygorze²²³⁶.

Pewne podobieństwo pomiędzy „ideałem resocjalizacyjnym” naturalistycznego pozytywizmu a prewencyjnymi w swym założeniu postulatami szkoły uppsalskiej nie może przysłaniać tej zasadniczej różnicy. W pierwszym przypadku akcentowana była odmienność sprawcy przestępstwa, przez co był on przeciwstawiany reszcie społeczeństwa i poddawany oddziaływaniu negatywnego, wykluczającego aspektu instynktu upodobnienia. W związku z tym samo usunięcie z terminologii prawa karnego pojęć zabarwionych emocją potępienia (przestępstwo, kara) i zastąpienie ich pojęciami „neutralnymi” (takimi jak np. „stan zagrożenia”, „środki ochrony społecznej”), miało charakter czysto semantyczny. W żadnej mierze nie ograniczono w ten sposób detymizacji sprawcy przestępstwa, a wręcz przeciwnie: przesuwając akcent z antyspołeczności czynu na antyspołeczne właściwości sprawcy²²³⁷, jedynie pogłębiano pohańbienie osoby poddanej „przeciw-przestępnej” reakcji społecznej.

Z kolei dla przedstawicieli szkoły uppsalskiej fakt popełnienia przestępstwa nie zmieniał statusu sprawcy jako członka społeczeństwa, eksponowano natomiast ogólnoprewencyjną funkcję kary, jednakże nie ze względu na jej siłę odstraszenia, ale z powodu zdolności wzmacniania właściwych społecznych ocen moralnych²²³⁸.

Koncepcja, że najistotniejszą funkcją prawa karnego jest kształtowanie pożądanych ocen moralnych, tak by powstrzymywanie się od naruszeń dóbr prawnych było wynikiem wewnętrznego impulsu, a nie obawy przed ukaraniem, jest w najwyższym stopniu trafna. W rozdziale poświęconym winie wspomniano już o podobieństwach i różnicach pomiędzy emocjami wstydu i poczucia winy. Wyksponowano przy tym, że z uwagi na dużo bardziej

²²³⁶ Zob. S. Frankowski, *Szwecja*, op. cit., s. 333-334.

²²³⁷ Jak zauważył St. Rappaport, w ciągu kilkudziesięciu lat przemożnego wpływu kierunków pozytywnych na naukę prawa karnego pojęcie przestępstwa uległo znacznej degradacji klasyfikacyjnej, uznano je bowiem za wyraz oderwanej od życia spekulacji, która nie ułatwiała celowej walki z przestępczością, to znaczy z żywym, wrogo usposobionym społecznie człowiekiem-przestępcą (zob. E.St. Rappaport, *Media...*, op. cit., s. 8).

²²³⁸ S. Frankowski, *Szwecja*, op. cit., s. 334.

destruktywny, a do tego globalny, wpływ wstydu na jednostkę doznającą tej emocji i związaną z tym silniejszą niż w przypadku poczucia winy tendencję do jej unikania, instrumentalne poniżanie stanowiące immanentną cechę zjawiska kary stało się uniwersalnym narzędziem kształtowania w społeczeństwie repulsywnych markerów somatycznych kojarzących negatywne emocje z wyobrażeniem popełnienia czynu zagrożonego karą.

Nie da się jednak ukryć, że podatność na reagowanie wstydem jest mniej adaptacyjna niż podatność na reagowanie poczuciem winy, a przy tym odczuwanie wstydu wpływa na obniżenie jakości kontaktów z innymi ludźmi, eskalację złości czy brak zachowań empatycznych²²³⁹. Odczuwanie poczucia winy prowadzi natomiast do hamowania zachowań destrukcyjnych i motywuje do podejmowania zachowań empatycznych. Wstyd związany jest z doświadczaniem bezsilności, chęcią ucieczki i wycofania się. Poczucie winy z kolei wiąże się z doświadczaniem napięcia i wyrzutów sumienia, chęcią naprawy i przeprosiny. Emocja wstydu prowadzi do prób dokonywania globalnych zmian „ja”. Poczucie winy zaś prowadzi do prób dokonywania zmian ściśle związanych z sytuacją²²⁴⁰.

Można założyć, że o ile na wcześniejszych etapach rozwoju cywilizacyjnego, gdy społeczeństwa dysponowały jedynie prymitywnymi i nieefektywnymi narzędziami ochrony przed zagrożeniami ze strony sił natury i innych grup, konformizacja przez silne zawstydzanie przynosiła korzyści adaptacyjne na poziomie „doboru grupowego”, o tyle obecnie – w świecie w którym społeczeństwa dysponują znacznymi nadwyżkami „jednostek przetrwania”, a sukces grupy nie zależy od zapewnienia „mechanicznej” spójności społecznej i standaryzacji zachowań jej członków – przewagę adaptacyjną zdobywają społeczeństwa oparte na afirmacji wartości jednostki, jej inicjatywy i oryginalności jej wkładu do dobra wspólnego. Za takim kierunkiem rozwoju cywilizacyjnego podąża prawo karne, wykorzystując coraz bardziej podatność adresatów swoich norm na wywołanie poczucia winy, aniżeli posługując się zawstydzeniem i strachem.

To spostrzeżenie dobrze ilustrują dyskusje, które toczą się w karnistyce amerykańskiej na temat celowości utrzymania w systemie tamtejszego prawa karnego kar zawstydzających²²⁴¹. Zwraca się tam uwagę, że publiczne zawstydzanie i poniżanie nie prowadzi do społecznej reintegracji sprawcy, ale jest wręcz kontrproduktywne, ponieważ reakcją na doznane upokorzenie jest często chęć zrewanżowania się czy dokonania odwetu z powodu łącznie

²²³⁹ A. Kleszczewska-Albińska, R. Albiński, *Wstyd...*, op. cit., s. 92.

²²⁴⁰ Ibidem.

²²⁴¹ Z uwagi na fakt, iż istotą tej kategorii kar jest samoistne „odarcie z godności”, można uznać je za przypadek wzorcowy normatywnego oddziaływania za pomocą zawstydzania.

odczuwanego gniewu i strachu²²⁴². Podkreśla się też, że sprawca wykluczony ze społeczeństwa nie widzi sensu w zachowywaniu norm społecznych, wobec czego stygmatyzowanie go piętnem przestępcy może być samospełniającym proroctwem²²⁴³. Co szczególnie istotne z perspektywy prowadzonych tu rozważań, dostrzega się, że kary zawstydzające tracą sens we współczesnych realiach społecznych, ponieważ w silnie zatomizowanym i pluralistycznym społeczeństwie nie mogą posiadać wartości użytecznej porównywalnej do tej, jaką miały w niewielkich i homogenicznych wspólnotach czasów kolonialnych²²⁴⁴. Współczesny człowiek nie jest tak silnie ekonomicznie, społecznie i politycznie zależny od innych, jak dekady czy wieki temu, a wobec braku silnych komunitarystycznych więzi i spójnej moralności w narodzie amerykańskim oraz rozpowszechnienia w nim kultu jednostkowej wolności i autonomii, resocjalizacyjne i prewencyjne oddziaływanie kar zawstydzających jest wątpliwe²²⁴⁵. Wszystko to, wraz z łatwością zmiany miejsca pobytu, dzięki czemu bez problemów można zniknąć z oczu tych, przed którymi zostało się napiętnowanym i w nowym miejscu zamieszkania prowadzić życie analogiczne do dotychczasowego, powoduje, że przynajmniej niektórym sprawcom obce jest uczucie zażenowania będące następstwem upublicznienia ich kryminalnych czynów²²⁴⁶.

Przytoczone powyżej argumenty wypowiedziane w amerykańskiej dyskusji na temat kar zawstydzających dobrze wpisują się w przedstawioną w początkowych rozdziałach tej rozprawy koncepcją dynamicznej natury ludzkiej, której rozwój polega na przekształcaniu się form świadomości w ślad za przemianami przyrodniczo-kulturowej niszy środowiskowej człowieka. Z kolei z perspektywy hipotezy o spiralnym rozwoju cywilizacji ludzkiej, w ramach którego ciągle na nowy sposób przetwarzane są, jak w muzycznym kontrapunkcie, te same pary przeciwstawnych motywów tworzących Heglowską tezę i antytezę (w tym konkretnym przypadku instrumentalnego, prewencyjnego poniżenia oraz afirmacji godności przynależnej każdej jednostce ludzkiej), warto odnotować, jako interesującą próbę syntezy, koncepcję „reintegrującego zawstydzenia” autorstwa australijskiego kryminologa Johna Braithwaite’a²²⁴⁷. Opiera się ona na założeniu, że społeczeństwo nie powinno chronić sprawców przestępstw przed poczuciem wstydu i winy, ale rozsądnie ich zawstydząć przy jednoczesnym oferowaniu im szacunku i ścieżki prowadzącej do odzyskania statusu

²²⁴² G. Maroń, *Kary...*, op. cit., s. 23-24 i powołana tam literatura.

²²⁴³ Ibidem.

²²⁴⁴ Ibidem.

²²⁴⁵ Ibidem.

²²⁴⁶ Ibidem.

²²⁴⁷ Podaję za: G. Maroń, *Kary...*, op. cit., s. 35-36.

pełnoprawnego członka społeczności. Dzięki temu zawstydzenie nie ma charakteru stygmatyzującego, lecz reintegrujący. Nie komunikuje bowiem nienawiści, wstrętu i pogardy wobec postrzeganego jako „zło”, nie zasługującego na przebaczenie i społeczne zaufanie, przestępcy-kryminalisty, ale wyraża dezaprobatę i potępienie czynu przestępczego, nie przekreślając i nie odrzucając jego sprawcy. W przestępcy wciąż upatruje się kogoś zdolnego do czynienia dobra, komu należy dać możliwość potwierdzenia trafności tej prognozy. Sprawca po poniesieniu należytej dolegliwości, wyrażeniu skruchy i przeproszeniu jest nagradzany przebaczeniem i powtórным włączeniem do wspólnoty prawowitych obywateli²²⁴⁸. Nietrudno dostrzec, że koncepcja ta w swej osnowie konweniuje z poglądami przedstawicieli szkoły uppsalskiej.

Jako komplementarne, bo oparte na podobnym postrzeganiu psychospołecznych realiów funkcjonowania prawa karnego, przedstawiają się poglądy ukształtowane w nauce prawa karnego krajów skandynawskich na tle niepowodzenia dominującego tam w połowie XX w. modelu resocjalizacyjnego²²⁴⁹. Przykład ten jest szczególnie pouczający z tego względu, że doprowadził do uformowania się poglądów, nazywanych neoklasycznymi²²⁵⁰, które nie były jednak równoznaczne z prostym powrotem do idei odstraszałej prewencji generalnej. Uświadamiano sobie już bowiem, że prawo karne jest tylko jednym z systemów kontroli społecznej, którego roli w przeciwdziałaniu przestępczości nie można przeceniać.

Badania empiryczne pokazują, że ani resocjalizacja, ani odstraszenie samoistnie nie przynoszą oczekiwanych rezultatów, natomiast rzeczywisty efekt ogólnoprewencyjny, obok takich czynników praktycznych jak wykrywalność czy szybkość postępowania, daje podejście uznające prawo karne za narzędzie komunikacji społecznej niosące informację o tym, jakie wartości podlegają ochronie i jakie są wzorce zachowania pożądanego, a także jakie konsekwencje wiążą się z ich naruszeniem. Rolą kary jest więc wyrażenie negatywnej oceny społecznej dla zachowania niezgodnego z akceptowanym wzorcem, jej dolegliwość zaś

²²⁴⁸ Ibidem.

²²⁴⁹ Trzeba tu jednak wyjaśnić, że rozpowszechnione przekonanie, zgodnie z którym szwedzki kodeks karny z 1962 r. wprowadził w życie radykalne koncepcje „nowej ochrony społecznej”, nie odpowiada w pełni rzeczywistości. Istotnie, w pracach komisji kodyfikacyjnej, zapoczątkowanych już w latach trzydziestych, przewagę uzyskał ten właśnie kierunek, co znalazło wyraz m. in. w rezygnacji w sprawozdaniach końcowych z jej prac z użycia terminu „kara” (posługiwano się neutralnym pojęciem „sankcji”), jednakże pod wpływem krytyki w samym kodeksie nie wyeliminowano tego terminu, a przy tym pozostawiono w nim szereg nawiązań do tradycyjnych zasad prawa karnego, w tym do idei odpłaty. Faktem jest jednak, że jako przewodnią ideę kodeksu wskazano prewencję, a w szczególności resocjalizację sprawcy (S. Frankowski, *Szwecja*, op. cit., s. 335-336).

²²⁵⁰ Interesujące jest też, poczynione w początku lat siedemdziesiątych przez I. Antillę, spostrzeżenie, że w skandynawskiej nauce prawa karnego doszło do swoistego odwrócenia ról „konserwatysty” i „radykała” – tymi ostatnimi stali się bowiem zwolennicy szkoły klasycznej, podczas gdy za konserwatystów uchodzili przedstawiciele pozytywizmu (zob. S. Frankowski, *Szwecja*, op. cit., s. 366).

powinna zależeć od zawartości zła tkwiącego w tym zachowaniu²²⁵¹. Kluczowy jest więc aspekt afirmacyjno-motywacyjny prawa karnego, które nie ma zastępować niezinstytucjonalizowanego nacisku społecznego, ale go kształtować w pożądanym kierunku, a następnie wspierać. Oczywiście podkreślenie motywującej roli prawa karnego nie jest równoznaczne z rezygnacją z resocjalizacji, tam gdzie jest ona możliwa, ani z oddziaływania odstraszającego, w rozsądnych – rzecz jasna – granicach. Trzeba natomiast mieć świadomość, że warunkiem skuteczności prawa jest jego przestrzeganie, to zaś zależy od istnienia silnego, wewnętrznego punktu widzenia wśród adresatów norm, stwarzającego nacisk na zachowania zgodne z akceptowanymi wzorcami, którego nie zastąpi ani strach²²⁵², ani zinstytucjonalizowana stymulacja pożądanых postaw u sprawców przestępstw²²⁵³. Wydaje się przy tym, że wzmożenie represji karnej, z towarzyszącym jej odstraszającym okrucieństwem, następuje właśnie wtedy, gdy zawodzi niezinstytucjonalizowany nacisk społeczny. Dzieje się tak zwłaszcza w sytuacji gwałtownego załamania się dotychczasowego porządku społecznego, albo takich przemian, które prowadzą do utraty przez system społeczny zdolności do samoregulacji. Z kolei stabilizacji i zrównoważonemu rozwojowi z zasady towarzyszą, jak się wydaje, tendencje liberalizacyjne, co wynika zapewne z faktu, że w takich warunkach samorzutnie wytwarza się skuteczny mechanizm społeczny kształtowania ludzkich zachowań, nie ma więc potrzeby sięgania po bardziej drastyczne środki. Komunikacyjne pojmowanie roli prawa karnego, wyznacza pewien „złoty środek” pomiędzy – zbyt pesymistycznym w swej wizji natury ludzkiej – stanowiskiem upatrującym sensu kary w ogólnoprewencyjnym odstraszaniu, a nadmiernie optymistycznym w tym względzie modelem resocjalizacyjnym. Kierunek ten pozwala przy tym wykorzystać cały potencjał socjotechniczny, jaki daje współczesna wiedza o działaniu ludzkiego umysłu oraz o społecznym funkcjonowaniu człowieka²²⁵⁴.

²²⁵¹ Zob. S. Frankowski, *Szwecja*, op. cit., s. 366.

²²⁵² Podkreślał to już Ciceron pisząc: *Timor non est diuturnus magister officii* (Ciceron, *In Marcum Antonium orationes Philippicae*, 90.XXXVI; cyt. za: T. Kaczmarek, *Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii i praktyce sądowej*, Wrocław 1980, s. 57).

²²⁵³ Dla ukazania wagi niezinstytucjonalizowanego nacisku społecznego jako czynnika ograniczającego przestępczość, warto sięgnąć po raz kolejny do przykładu pochodzącego ze społeczeństwa prymitywnego: jak zaobserwował B. Malinowski w społeczeństwie Triobriandczyków praktycznie nie występuje zjawisko kradzieży. Wszystkie wypadki z jakimi badacz się zetknął dokonane były przez osoby „niespełna rozumu, wyrzutek społeczeństwa lub nieletnich”. Wyjaśnieniem tego faktu jest to, że dla tubylców nie ma większej hańby, aniżeli nie mieć żywności, odczuwać jej brak lub prosić o nią. Zdradzenie czynem, że jest się w takiej sytuacji, iż musi się kraść, pociąga za sobą największe upokorzenie, jakie można sobie tylko wyobrazić. Z kolei kradzież przedmiotów wartościowych jest niepodobieństwem, ponieważ są one dobrze cechowane (B. Malinowski, *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj...*, op. cit., s. 87-88).

²²⁵⁴ Na przykład uwzględnienie ludzkiej skłonności do posługiwania się różnego rodzaju heurystykami o konformizującym charakterze pozwala zrozumieć, że w przeciwdziałaniu przestępstwom polegającym na

Wymaga to całościowego spojrzenia na funkcje reakcji karnej, które w dużym stopniu realizowane są nie tylko przez samo prawo karne materialne, ale równolegle również przez prawo karne procesowe. Obok wspomnianego już problemu wykrywalności, szybkości postępowania czy realizacji idei sprawiedliwości naprawczej, np. poprzez włączenie do procesu karnego akcji cywilnej na rzecz ofiary przestępstwa, kluczowe znaczenie ma tu realizacja stanu sprawiedliwości proceduralnej, który oznacza taką sytuację, w której osoba przeciwko której lub na rzecz której proces się toczy, nabiera przekonania, że organy procesowe zrobiły wszystko, aby prawu stało się zadość, postępując w stosunku do niej zgodnie z prawem, sumiennie i w najlepszej woli²²⁵⁵. Gdy spojrzymy na reakcję karną jak na pewien rodzaj informacji adresowanej do społeczeństwa, w tym zwłaszcza do osób zainteresowanych konkretną sprawą (sprawcy przestępstwa i pokrzywdzonego), to zrozumiałe jest, że istotna jest nie tylko treść przekazu (urzeczywistnienie prawa karnego materialnego), ale także sposób w jaki została ona zakomunikowana. Badania z zakresu psychologii społecznej potwierdzają tę konkluzję²²⁵⁶.

Funkcja sprawiedliwościowa, odwołująca się do zbiorowych afektów moralnych, pomimo podważających ją eksperymentów w dziedzinie polityki karania, nie straciła nic na swoim znaczeniu i nadal reakcją na najbardziej szkodliwe ataki na dobra prawne – wbrew przewidywaniom wyrażanym w pierwszych dekadach XX wieku – pozostaje kara jako dolegliwość wyrażająca społeczne potępienie sprawcy przestępstwa²²⁵⁷. Potrzeba utrzymania odpłaty jako podstawy prawa karnego, zamiast zastąpienia jej ideą racjonalnej kary celowej, nie wynika jednak, jak to widział J. Makarewicz, wyłącznie z konieczności zastosowania się do żądań zemsty formułowanych przez „niższe” grupy społeczne²²⁵⁸, które nie potrafią zaakceptować skutków bardziej subtelnych uzasadnień kary. Oczywiście lwowski uczony miał rację realistycznie oceniając, że dominujące w społeczeństwie przeżycia sprawiedliwościowe ograniczają swobodę ustawodawcy w forsowaniu uznawanych za lepsze, ale z tymi intuicjami sprzecznych, rozwiązań

prowadzeniu pojazdów w stanie nietrzeźwości lepszy efekt, aniżeli drastyczna represja przynieść może (choć wymagać to będzie długotrwałego oddziaływania) spójny i konsekwentnie przekazywany społeczeństwu złożony komunikat, na który składać się będzie wyważona, respektująca rozsądne oczekiwania społeczne oraz godność sprawców przestępstw, polityka karania połączona z propagowaniem właściwych postaw, modelu spożycia alkoholu, rozwiązywania problemów z nim związanych itp.

²²⁵⁵ Zob. S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces...*, op. cit., s. 25.

²²⁵⁶ Zob. np. M. Borucka-Arztowa, *Koncepcja sprawiedliwości proceduralnej i jej role w okresie przemian systemu prawa – analiza teoretyczna i funkcjonalna*, [w:] *Dynamika wartości w prawie*, red. K. Pałeczki, Kraków 1997, s. 33.

²²⁵⁷ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 21.

²²⁵⁸ J. Makarewicz, *Słuszne prawo*, PPiA, 1906, t. 31, s. 428.

prawnych²²⁵⁹. Mylił się chyba jednak zakładając, że rozwój cywilizacyjny dojdzie do takiego momentu (a przynajmniej, że jest on już bliski), w którym prawo karne społecznej zemsty zostanie zastąpione przez wolne od moralnego potępienia oddziaływanie resocjalizacyjne. Współczesna wiedza o człowieku nakazuje uznać, że racjonalną karą celową jest właśnie kara oparta, przynajmniej w jakimś stopniu, na idei odpłaty, tylko ona bowiem może spełnić funkcję prewencyjną, zarówno w aspekcie indywidualnym, jak i generalnym. Zmiana tego stanu rzeczy wymagałaby uprzedniego radykalnego przeformowania ludzkiej natury, co wydaje się mało prawdopodobne, zwłaszcza że zasada odwzajemnienia, na której opiera się funkcja sprawiedliwościowa prawa karnego, ma bardzo dawny – na pewno przedludzki, a może nawet i przedbiologiczny – rodowód.

Ewolucja prawa karnego obejmuje nie tylko proces „poszukiwania” takiego natężenia reakcji karnej, które będzie optymalne z uwagi na relację skuteczności ochrony dóbr prawnych oraz indywidualnych i zbiorowych szkód wyrządzanych w wyniku karania, ale również stopniowe doskonalenie się jej „technologii”, co jest składową ogólnego postępu w wytwarzaniu materialnych i niematerialnych narzędzi, za pomocą których człowiek kształtuje swoją niszę przyrodniczo-kulturową. Ten aspekt ewolucji prawa karnego akcentowało zwłaszcza ujęcie zaproponowane przez J. Kochanowskiego, przy czym przywołany autor potraktował je wycinkowo, odnosząc swoją koncepcję przede wszystkim do procesu subiektywizacji odpowiedzialności karnej. W istocie rzeczy analogiczny proces przebiega w odniesieniu do szeregu innych elementów tej odpowiedzialności, zaś jego wspólnym mianownikiem jest coraz bardziej precyzyjna ochrona dóbr prawnych oraz wzrost formalnej i aksjologicznej przewidywalności reakcji karnej²²⁶⁰, co zwiększa normatywną siłę oddziaływania norm prawa karnego.

Zastosowanie wynalazku pisma do komunikowania norm sankcjonowanych i sankcjonujących umożliwiło typizację czynów zabronionych oraz sformalizowanie reguł publikacji aktów normatywnych, a na dalszym etapie wykształcenie się zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege* i będącego jej konsekwencją zakazu retroakcji. Wraz z rozwojem wiedzy przyrodniczej udoskonaleniu ulegają reguły przypisania negatywnie

²²⁵⁹ Podobnie wypowiadał się na ten temat S. Rappaport, który chwalił polski kodeks karny z 1932 r. za to właśnie, że odpowiadał on ówczesnej „realistycznej psychice polskiej” i podkreślał w tym kontekście, że należy opracowany kodeks karny nie może „wisieć w powietrzu” – stanowić oderwaną od życia konstrukcję prawną, choćby najbardziej pomysłową. Nie może też uwzględniać zbyt śmiałych eksperymentów kodyfikacyjnych, ponieważ musi być należycie zrozumiany przez społeczeństwo, być temu społeczeństwu bliski (E.St. Rappaport, *Media...*, op. cit., s. 4-8).

²²⁶⁰ Tę ostatnią ogranicza jednak charakterystyczny dla czasów współczesnych rozrost „sztucznej” regulacji karnoprawnej, tworzącej typy czynów zabronionych odległe od rozpowszechnionych w społeczeństwie intuicji sprawiedliwościowych.

wartościowanego stanu rzeczy podmiotowi odpowiedzialnemu, co obejmuje również kwestię samego zakresienia kręgu podmiotów uznanych za zdadne do ponoszenia odpowiedzialności karnej. Wymienić tu można także rozwój pojęciowych układów odniesienia dla identyfikowania stanów rzeczy zagrażających wartościom społecznym, a w tym np. „wynalazienie” przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo, zarówno konkretnego, jak i abstrakcyjnego, usiłowania czy też różnych postaci zjawiskowych przestępstwa. Postęp ten ma zasadnicze znaczenie dla realizacji przez prawo karne funkcji ochronnej, dzięki niemu staje się ono bowiem coraz skuteczniejszym narzędziem oddziaływania na przyszłe zachowania ludzi poprzez coraz bardziej precyzyjne wyodrębnianie zachowań atakujących lub zagrażających dobrom prawnym, z jednoczesnym ograniczaniem represji karnej do tych tylko przypadków, w których można było oczekiwać zgodnego z prawem zachowania. Nie ulega wątpliwości, że skuteczność oddziaływania kary na przyszłe wybory ukaranego oraz innych członków społeczeństwa, zależy w zasadniczym stopniu od przeświadczenia, że wybór ten będzie decydować o jej poniesieniu lub uniknięciu. W tym samym kierunku zmierza również ograniczanie elementów odpowiedzialności zbiorowej na rzecz winy indywidualnej²²⁶¹ oraz zastępowanie odpowiedzialności obiektywnej przez odpowiedzialność opartą na zasadzie winy. Znaczenie postępu w omawianym zakresie, dostrzegane również przez J. Makarewicza²²⁶², nie ogranicza się oczywiście do zwiększenia skuteczności ochronnego oddziaływania norm prawa karnego, wraz z subiektywizacją i indywidualizacją odpowiedzialności karnej, zakazem retroakcji oraz zasadą ustawowej wyłączności i określoności, rozwija się bowiem także funkcja gwarancyjna prawa karnego²²⁶³, a postęp ten stanowi składową ogólną tendencję do poszerzania się „kręgu moralnej troski”.

Wszystkie te przemiany powodują, że prawo karne staje się coraz lepszym narzędziem ochrony godności ludzkiej, którą rozumieć należy nie jako nadnaturalną kategorię moralną, lecz jako komponentę egocentrycznie ukierunkowanych emocji, których adaptatywną funkcją jest zagwarantowanie sobie korzystnej pozycji przetargowej w relacjach altruizmu wzajemnego, przebiegających w sposób opisywany modelami iterowanych gier o sumach niezerowych. Im bardziej uczestnicy gry szanują nawzajem swoją godność, tym większy jest poziom ich wzajemnego zaufania, które jest podstawą relacji altruizmu wzajemnego.

²²⁶¹ J. Makarewicz, *Wstęp...*, op. cit., s. 331-383.

²²⁶² J. Makarewicz, *Kodeks...* [1938], op. cit., s. 31-32; idem, *Wstęp...*, op. cit., s. 305-437; idem, *Technika ustawodawstwa karnego*, Lwów 1913, s. 11-12; idem, *Czy nowelizować kodeks karny?*, „Głos Sądownictwa” 1938, z. 3, s. 181-183.

²²⁶³ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 105.

Sprzyja to angażowaniu się w społeczną wymianę oraz dbałości o dobro wspólne, co łącznie przekłada się na wzrost sumy niezerowej stanowiącej korzyść do podziału pomiędzy uczestników kooperacji. Z uwagi na fundamentalne cechy natury ludzkiej poszanowanie godności czy humanitaryzm stanowią znacznie lepsze i silniejsze spoiwo społeczne aniżeli strach lub przymus, które krótkoterminowo mogą okazać się skuteczne, w dalszej jednak perspektywie prowadzą do regresu i degradacji²²⁶⁴. Prawo karne zmierzające w kierunku coraz większej ochrony i poszanowania godności ludzkiej²²⁶⁵, humanitaryzmu i wzajemnego uzupełniania się funkcji sprawiedliwościowej, kompensacyjnej, ochronnej i gwarancyjnej, staje się coraz bardziej skutecznym narzędziem („prawniczą dźwignią”) wspierania kooperatywnych skłonności ludzkich.

L. Petrażycki zwrócił uwagę na występujące pomiędzy prawem a rozwojem społecznym sprzężenie zwrotne, polegające na tym, że prawo podnosi na wyższy poziom „psychikę społeczną”, ta zaś następnie zmienia prawo w takim kierunku, że stawia ono obywatelom coraz wyższe wymagania, a jednocześnie osiąga w tym kierunku lepsze, aniżeli poprzednie, bardziej prymitywne systemy prawne, rezultaty, ponieważ oddziałuje na coraz szlachetniejsze elementy charakteru ludzkiego, które skądinąd rozwinęły się dzięki wcześniejszemu oddziaływaniu m. in. prawa. Zaawansowane systemy prawne „grają swój koncert psychiczny na duszach lepszych, bardziej uspołecznionych”, wobec czego mogą posługiwać się bardziej subtelnymi środkami, np. mniej surowymi karami²²⁶⁶.

Dla podsumowania tych rozważań wskazać można następujące „nici przewodnie” w ewolucji prawa karnego:

- 1) Postęp w identyfikowaniu dóbr prawnych, rozpoznawaniu mechanizmów kauzalnych, zarówno w odniesieniu do naruszeń dóbr, jak i sposobów ich ochrony (rozwój reguł

²²⁶⁴ L. Petrażycki, krytykując postulaty zaostrzenia kar podkreślał, że „nadmierna surowość kar i odpowiednio silniejsze wprawianie w ruch poczucia strachu w społeczeństwie przyczynia się do osłabienia i ograniczenia swobody i pola działania innych, lepszych pobudek” (zob. L. Petrażycki, *Wstęp...*, op. cit., s. 49; zob. też G.L. Seidler, *Z zagadnień...*, t. 2, op. cit., s. 57-59).

²²⁶⁵ Zob. J. Makarewicz, *Zbrodnia...*, op. cit., s. 123 i 143.

²²⁶⁶ Zob. L. Petrażycki, *Wstęp...*, op. cit., s. 15-16. Taki sam kierunek rozwoju prawa karnego – w odniesieniu do kary śmierci – w związku ze „zmniejszaniem się natężenia mściwości społecznej” przewidywali także J. Makarewicz (J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład...*, op. cit., s. 238) oraz R. Ihering, według którego historia kary jest historią stopniowego jej zaniku (E.St. Rappaport, *Media...*, op. cit., s. 15). Poglądy te wpisują się w rozpowszechniony w XIX w. nurt refleksji historycznej, zakładający, że historia to dzieje narastającej wolności człowieka i oświecenia rodzaju ludzkiego. H. Butterfield określił ten – opierający się na błędnych metodologicznie wnioskowaniach – punkt widzenia „wigowskim wyjaśnieniem historii” (od stronnictwa Wigów, do którego należał, jeden z prekursorów tego nurtu, J. Locke) (zob. H. Butterfield, *The Whig Interpretation of History*, London 1931, s. 5-6). Wydaje się jednak, że osiągnięcia współczesnej nauki przemawiają za trafnością przeczuc nie tylko L. Petrażyckiego czy J. Makarewicza, ale również i Kanta, rozwiązując one bowiem za pomocą kategorii przyczynowych nurtującą królewieckiego filozofa „zagadkę”, jakie prawo przyrody kryje się za „towarzyską aspołecznością” człowieka, napędzającą teleologię procesu dziejowego.

postępowania z dobrami prawnymi), a w konsekwencji coraz bardziej precyzyjne konstruowanie norm sankcjonowanych²²⁶⁷, jak również ograniczanie penalizacji dóbr rezerwowych (mechanizmów konformizujących: posłuszeństwa, hierarchii społecznej itp.).

- 2) Odchodzenie od rudymenarnych form odpowiedzialności karnej: kolektywnej i za obiektywny skutek, które stanowiły wsparcie dla struktur społecznych opartych przede wszystkim na bezpośrednim wpływie czynników genetycznych, na rzecz narzędzi chroniących bardziej złożone konstrukcje społeczne bazujące na rozwiniętych i zinstytucjonalizowanych mechanizmach altruizmu wzajemnego. Towarzyszy temu postęp w subiektywizacji i indywidualizacji odpowiedzialności, a przy okazji poszerzanie się katalogu dóbr prawnych wraz z rozciąganiem karnoprawnej ochrony na coraz to nowe zjawiska przynależne do Świata 3 (prawa na dobrach niematerialnych, prawidłowość działania różnych instytucji życia społecznego, np. stosunku pracy, instytucji państwowych)²²⁶⁸.
- 3) Coraz większy obiektywizm (przewidywalność) odpowiedzialności karnej, związany z rozwojem pojęcia czynu jako płaszczyzny przypisania autorstwa ataku lub zagrożenia dla dobra prawnego, jak również wykształceniem się i rozwojem zasady dostatecznej ustawowej określoności, co powoduje, że reakcja karna i jej rodzaj jest bardziej przewidywalna.
- 4) Coraz bardziej subtelne oddziaływanie na *thymos* sprawcy przestępstwa, w większym stopniu odwołujące się do jego pozytywnych aspektów i sięgające po środki umożliwiające uniknięcie dolegliwości związanej z karą w zamian za przyjęcie oczekiwanej postawy wobec wartości społecznych (np. środki probacyjne), a przez to nie niweczące definitywnie jego wartości dla społeczeństwa. Bezpośrednio związana jest z tym subiektywizacja winy karnoprawnej, oznaczająca większe poszanowanie jednostki i jej prawa do umiarkowanego egoizmu.
- 5) Coraz bardziej dokładne ważenie zysków i strat społecznych związanych ze stosowaniem represji karnej, czego przejawem jest zwłaszcza stopniowe wypieranie kar okrutnych i eliminacyjnych.

²²⁶⁷ Jak zauważył Cz. Znamierowski, granicę, w której obrębie można stanowić normy, wyznacza niezależnie od wszelkiego stanowienia natura rzeczy (Cz. Znamierowski, *Z rozmyślań teoretyka prawa*, RPEiS 1929, z. 2, s. 178-179). Wraz z rozwojem jej poznania wzrasta zdolność stanowienia norm pozostających z nią w zgodzie, a dzięki temu mających większy potencjał kształtowania przyszłych zachowań ludzkich.

²²⁶⁸ Jak zauważył J. Makarewicz na najniższym stopniu rozwoju liczba przestępstw jest bardzo nieznaczna, co wynika z tego, że społeczeństwo mało ma dóbr do ochrony, a w konsekwencji mało norm do ustanowienia (J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 127).

- 6) Pozostający z tymi przemianami we wzajemnym sprzężeniu zwrotnym postęp w naukowej refleksji nad prawem karnym, dzięki któremu reakcja karna opiera się na coraz doskonalszym układzie pojęciowym, a przy tym na lepszym zrozumieniu własnych funkcji, dostępnych narzędzi i ich ograniczeń.

Kończąc rozważania na temat ewolucji prawa karnego trzeba zaznaczyć, że błędem byłoby pojmowanie jej w kategoriach naiwnego progresywizmu czy koncepcji „wigowskich”. Wspominano już o cyklicznie występujących okresach wzmożenia represji karnej, które można powiązać z okresami gwałtownych przemian społeczno-gospodarczych prowadzących do destabilizacji życia społecznego. Tego rodzaju przejściowe zmiany wektora przemian prawa karnego wytłumaczyć można adaptatywną odpowiedzią na załamanie się, zwłaszcza nagłe, stabilności środowiska społeczno-przyrodniczego. Pomimo, że w tych przypadkach proces humanitaryzacji prawa karnego zatrzymuje się, a nawet cofa, to często nie oznacza to regresu w ewolucji „technologii” prawa karnego²²⁶⁹.

W historii prawa karnego da się jednak dostrzec również i takie zjawiska oraz odpowiadające im kierunki ideologiczne czy doktrynalne, których nie sposób nie uznać za przejaw rzeczywistego regresu ewolucyjnego. Co typowe dla ewolucji kulturowej, także i w tych przypadkach regresywne zespoły memów budowane są z istniejących już elementów, wcześniej często postępowych, które osadzone zostają w zupełnie innym kontekście. Paradoksem jest na przykład, że dla uzasadnienia wynaturzeń systemów represji karnej państw totalitarnych XX wieku wykorzystano, w eklektycznym powiązaniu, takie gwarancyjne w swej genezie i ogólnym sensie idee, jak: subiektywizm odpowiedzialności, za pomocą którego zwolennicy hitlerowskiej „szkoły kilońskiej” przekuli bezprawność w „wiarołomstwo” (naruszenie obowiązku wierności narodowo-socjalistycznemu „porządkowi prawnemu”)²²⁷⁰, formalne ujęcie przestępstwa, z którego wyeliminowano sens ustawy jako karty wolności (*magna charta*), a zaczęto je rozumieć jako naruszenie prawa państwa do posłuszeństwa wobec wydawanych w nim ustaw, w całkowitym wyabstrahowaniu od ich treści, czy w końcu materialny aspekt przestępstwa,

²²⁶⁹ Jako przykład ponownie wskazać tu można *Constitutio Criminalis Carolina* (zob. S. Salmonowicz, *Wizerunek...*, op. cit., s. 64), a także prawa Hammurabiego.

²²⁷⁰ Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, op. cit., s. 47. Ponownie nasuwa się tu myśl o spiralnym procesie dziejowym, przebiegającym w ramach dialektycznej triady Hegla, gdzie poszczególne motywy nie znikają, ale ulegają przetworzeniu, nabierają nowego sensu i zostają wkomponowane w charakteryzującą dany etap rozwojowy formę świadomości. Właśnie w ten sposób subiektywizm, który kiedyś był bronią przeciwko karaniu za szkody niezawinione, w miarę upowszechniania się zasady, że bez winy nie ma przestępstwa, stracił na znaczeniu jako postulat winy, a jego sens przesunął się na inne obszary: zainteresowania osobą sprawcy i dostosowania środków penalnych do jego osobowości (I. Andrejew, *Podstawowe...*, op. cit., s. 82). W tej wariacji wpłynął na powstanie wynaturzeń hitlerowskiego prawa karnego.

który w systemach prawa karnego stalinowskiego Związku Radzieckiego oraz hitlerowskiej Trzeciej Rzeszy posłużył do przywrócenia stanu, przeciwko któremu występował C. Beccaria i inni myśliciele Oświecenia – stosowanej bez jakichkolwiek gwarancji i minimum obiektywizacji represji karnej na zasadzie analogii oraz całkowitej arbitralności opresyjnego aparatu państwowego²²⁷¹.

Najbardziej dziś aktualnym przejawem regresu prawa karnego jest zjawisko populizmu penalnego²²⁷², które z punktu widzenia założeń ewolucyjnej analizy prawa oraz teorii gier uznać należy za nic innego, jak nieprzyjazną (niekooperatywną) strategię, polegającą na instrumentalnym stymulowaniu w społeczeństwie rudymenarnych, ewolucyjnie bardziej pierwotnych emocji moralnych w celu osiągnięcia indywidualnych korzyści z jednoczesną szkodą dla zbiorowości. Dodać należy, że memy populizmu penalnego – odwołujące się do lęków głęboko zakorzenionych w naturze ludzkiej, bo odnoszących się do zagrożeń fundamentalnych dla przetrwania w środowiskach ancestralnych – wykazują przez to silne powinowactwo do umysłu człowieka, co sprzyja ich rozprzestrzenianiu się w społeczeństwie²²⁷³. Populizm penalny jest więc dobrym przykładem potwierdzającym trafność spostrzeżenia R. Dawkinsa, że w przebiegu ewolucji kulturowej występują liczne pułapki, związane między innymi z właściwościami memów jako replikatorów, w związku

²²⁷¹ Warto wspomnieć, że J. Makarewicz dostrzegał niebezpieczeństwo, jakie wynika z tych kierunków doktrynalnych, jeszcze zanim zmaterializowało się ono w tragicznych skutkach dla całego świata, i już w połowie lat 30. XX w. zaciekle występował przeciwko wszelkim pozostającym pod ich wpływem stanowiskom orzecznictwa polskiego Sądu Najwyższego (zob. J. Makarewicz, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 521-523; idem, *Prawo karne i prawa obywatela*, op. cit., s. 104-116; idem, *Wstęp*, [w:] *Kodeks karny Republiki Sowieckich*, op. cit., s. 13-14; J. Majewski, *Spory...*, op. cit., s. 139-142; K. Wiak, *Juliusz Makarewicz o prawie karnym i prawach obywatela*, [w:] *Karnopolityczne koncepcje profesora Juliusza Makarewicza – wczoraj i dziś [w 50. Rocznice śmierci]*, red. I. Nowikowski, P. Strzelec, Lublin 2006, s. 140-142; zob. też W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 58-60).

²²⁷² Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, op. cit., s. 62-63.

²²⁷³ Jako przykład można podać obserwowaną w ostatnich latach w prawie polskim ewolucję regulacji kontratypu obrony koniecznej, przy czym w praktyce uległ on jeszcze dalszemu faktycznemu poszerzeniu, wprost naruszającemu obowiązujący porządek prawny (art. 2 ust. 2 lit. a EKPC, który ma pierwszeństwo przed ustawami, w tym kodeksem karnym, zgodnie z art. 91 Konstytucji RP), o czym świadczy przykład z 2018 r., kiedy to na konferencji prasowej ówczesny Minister Sprawiedliwości - Prokurator Generalny ogłosił, że wydał polecenie umorzenia postępowania przygotowawczego w sprawie oddania strażów z broni palnej przez okradzionego właściciela kantoru w kierunku uciekających samochodem złodziei (jeden z pocisków rozbił szybę w odjeżdżającym aucie). Znamienne jest, że zarówno ten, jak i kolejny często eksponowany przykład wtargnięcia do domu jako okoliczności usprawiedliwiającej przekroczenie granic obrony koniecznej (co skądinąd znalazło ostatecznie wyraz we wprowadzeniu do kodeksu karnego przepisu art. 25 § 2a), odpowiadają typowym w prawach archaicznych (greckim, rzymskim, muzułmańskim, germańskim, anglosaskim, słowiańskim, u ludów malajskich, w prawie mojęszowym itp.) przypadkom timorii indywidualnej – uznanego przez społeczeństwo prawa do zemsty krwawej. Co istotne, timoria nie była konieczną obroną własną, ale wykonaniem społecznej zemsty (zob. J. Makarewicz, *Ewolucja...*, op. cit., s. 131-132). Nawet jednak ustawa XII tablic w 451 r. p.n.e. dopuszczała timorię indywidualną (zabójstwo) wobec złodzieja tylko wtedy, gdy stawiał on opór z bronią w ręku (ibidem, s. 131).

z którymi jej rezultaty często są nieadaptatywne, a niekiedy wręcz destrukcyjne dla poszczególnych osób lub grup społecznych.

Można jednak, mimo to, wyrazić przekonanie, że dalsza ogólna ewolucja prawa karnego będzie nadal przebiegać w kierunku zarysowanym w tej rozprawie. Założenie to jest uzasadnione dotychczasową historią rozwoju tej gałęzi prawa oraz mocą eksplanacyjną wyjaśnień, jakie w tej sprawie dostarcza teoria ewolucji. Najkrócej rzecz ujmując, mechanizm działania doboru naturalnego charakteryzuje się bowiem tym, że nawet niewielka wartość selekcyjna wynikająca z drobnej przewagi adaptacyjnej określonych cech fenotypowych w odpowiednio długim ciągu pokoleń wywiera silną presję i może prowadzić do wyewoluowania – z mało finezyjnych form rudymenarnych – niezwykle zaawansowanych i subtelnych przystosowań.

Bibliografia

Literatura

- Adamski A., Bojarski T., Chrzczonowicz P., Filar M., Girdwoyń P., *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej*, red. P. Girdwoyń, Toruń 2007.
- Ajdukiewicz K., *Język i poznanie*, t. 2, Warszawa 1965.
- Akert R.M., Aronson E., Wilson T.D., *Social Psychology. The Heart and the Mind*, Boston 2010.
- Alexander R., *Darwinism and Human Affairs*, Washington 1979.
- Alexander R., *How Did Humans Evolve? Reflections on the Uniquely Unique Species*, Ann Arbor 1990.
- Alexander R., *The Biology of Moral Systems*, New York 1987.
- Anderson B., *Wspólnoty wyobrażone. Rozważania o źródłach i rozprzestrzenianiu się nacjonalizmu* [tyt. oryg. *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*], tłum. S. Amsterdamski, Kraków 1997 [wyd. oryg. London 1983].
- Andrejew I., [publikacja bez tytułu w dziale „Polemiki”], PiP 1975, z. 10.
- Andrejew I., *Beccaria czytany dziś*, NP 1965, z. 3.
- Andrejew I., *Istota czynu przestępnego w rozwoju nauki burżuazyjnej*, Warszawa 1951.
- Andrejew I., *Nowy kodeks karny. Z rozważań nad projektem*, Warszawa 1963.
- Andrejew I., *O pojęciu winy w polskim prawie karnym*, PiP 1982, z. 7.
- Andrejew I., *O „społecznej szkodliwości w związku z dyrektywami co do wymiaru kary*, NP 1957, z. 12.
- Andrejew I., *Oceny prawne drobnej kradzieży*, Pal. 1966, z. 1.
- Andrejew I., *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988.
- Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1970.
- Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1978.
- Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1986.
- Andrejew I., *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968.
- Andrejew I., *Społeczne niebezpieczeństwo, znamiona przestępstwa, wina – jako problemy kodyfikacyjne*, NP 1955, z. 7-8.
- Andrejew I., *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978.
- Andrejew I., *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959.
- Andrejew I., *Wprowadzenie do prawa karnego Afryki Czarnej*, Warszawa 1965.
- Andrejew I., *Zarys prawa karnego państw socjalistycznych*, Warszawa 1975.
- Andrejew I., Sawicki J., *Istota przestępstwa w Polsce Ludowej. Kilka uwag z zakresu teorii prawa karnego*, Warszawa 1949.
- Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 5, *Polityka* [tyt. oryg. *Πολιτικά*], tłum. L. Piotrowicz, Warszawa 2002.

- Aristoteles, *Etyka Nikomachejska* [tyt. oryg. *Ἠθικά Νικομάχεια*], tłum. D. Gromska, Warszawa 2007 [347-330 p.n.e.].
- Aumann R.J., *Acceptable Points in General Cooperative n-Person Games*, [w:] *Contributions to the Theory of Games*, ed. by A.W. Tucker, R.D. Luce, „Annals of Mathematics Studies”, Princeton 1959, Vol. 4, No. 40.
- Austin J.L., *Jak działać słowami* [tyt. oryg. *How to Do Things with Words*, wyd. oryg. Cambridge 1962]; *Prośba o wybaczenie* [tyt. oryg. *A plea for Excuses: The Presidential Address*, wyd. oryg. „Proceedings of the Aristotelian Society” 1956-57, Vol. 57], [w:] *Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne*, tłum. B. Chwedończuk, Warszawa 1993.
- Avalos F., *An Overview of the Legal System of the Aztec Empire*, „Law Library Journal” 1994, No. 2.
- Axelrod R., *Effective Choice in the Prisoner's Dilemma*, „Journal of Conflict Resolution” 1980, Vol. 24, No. 1.
- Axelrod R., *More Effective Choice in the Prisoner's Dilemma*, „Journal of Conflict Resolution” 1980, Vol. 24, No. 3.
- Axelrod R., *The Complexity of Cooperation: Agent-Based Models of Competition and Collaboration*, Princeton 1997.
- Axelrod R., *The Emergence of Cooperation among Egoists*, „American Political Review” 1981, Vol. 75, No. 22.
- Axelrod R., *The Evolution of Cooperation*, New York 1984.
- Axelrod R., Hamilton W.D., *The Evolution of Cooperation in Biological Systems*, „Science” 1981, Vol. 211.
- Badcock A., *Evolutionary Psychology. A Critical Introduction*, Cambridge 2000.
- Bafia J., *Polityka karania przestępstw ściganych na skutek skargi pokrzywdzonego*, Warszawa 1968.
- Bar L. v., *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin 1882.
- Barczak-Oplustil A., *Obowiązywanie zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, CzPKiNP 2013, z. 3.
- Barczak-Oplustil A., *Zasada koincydencji winy i czynu w Kodeksie karnym*, Kraków 2016.
- Bardach J., Leśnodorski J. B., Pietrzak M., *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2009.
- Baumgarten A., *Die Aufgab der Verbrechenslehre*, Tübingen 1913.
- Baumgarten A., *Die Lehre von Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, Breslau 1909.
- Bearden J.N., *Ultimatum Bargaining Experiments: The State of the Art*, publikacja dostępna online pod adresem: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=626183 [data dostępu: 8 września 2019 r.].
- Beccaria C., *O przestępstwach i karach* [tyt. oryg. *Dei delitti e delle pene*], tłum. z 6. wydania oryginału E.St. Rappaport, Łódź 2017 [anonimowe wyd. oryg. s.l. 1764].
- Becker G., *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976.

- Beling E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906.
- Bentham J., *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa* [tyt. oryg. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*], tłum. B. Nawroczyński, Warszawa 1958 [wyd. oryg. London 1789].
- Bickerton D., *Adam's Tongue: How Humans Made Language, How Language Made Humans*, New York 2010.
- Biddle F., *Proces norymberski*, PiP 1948, z. 3.
- Bielawski J., *Islam, religia państwa i prawa*, Warszawa 1973.
- Bielski M., *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, CzPKiNP 2010, z. 2.
- Bielski M., *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009.
- Binding K., *Die Normen und Ihre Übertretung*, Leipzig 1872.
- Binding K., *Die Normen und Ihre Übertretung*, Leipzig 1890.
- Binding K., *Die Normen und Ihre Übertretung*, Leipzig 1916.
- Binding K., *Handbuch des Strafrechts*, Berlin 1885.
- Binding K., *Lehrbuch des gemeinen detschen Strafrechts, besonderer Teil*, Leipzig 1902.
- Boas F., *The Northwest Tribes of British Columbia*, London 1899.
- Boehm Ch., *Hierarchy in the Forest. The Evolution of Humanitarian Behavior*, Cambridge [USA, Mass.] 1999.
- Bojarski T., *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2002.
- Bojarski T., *Typizacja przestępstw i zasada nullum crimen sine lege (wybrane zagadnienia)*, „Annales UMCS” 1977, t. 29, z. 8.
- Bojarski W., *Kara śmierci w prawach państw antycznych*, [w:] *Kara śmierci w starożytnym Rzymie*, red. H. Kowalski i M. Kuryłowicz, Lublin 1996.
- Bonner J.T., *The Evolution of Culture in Animals*, Princeton 1983.
- Borowski W., *Zasady prawa karnego. Część ogólna*, Warszawa 1922.
- Borucka-Arztowa M., *Koncepcja sprawiedliwości proceduralnej i jej role w okresie przemian systemu prawa – analiza teoretyczna i funkcjonalna*, [w:] *Dynamika wartości w prawie*, red. K. Pałeczki, Kraków 1997.
- Bosiacki A., *Utopia. Władza. Prawo. Doktryny i koncepcje prawne „bolszewickiej” Rosji 1917-1921*, Warszawa 1999.
- Bracken Ch., *The Potlach Papers: A Colonial Case History*, Chicago 1997.
- Brosnan S., *Nonhuman Species' Reactions to Iniquity and their Implications for Fairness*, „Social Justice Research” 2006, Vol. 19, No. 2.
- Brożek B., *Normatywność prawa*, Warszawa 2012.
- Brożek A., Brożek B., Stelmach J., *Fenomen normatywności*, Kraków 2013.

- Buchała K., *Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające ją dozwolone ryzyko*, Warszawa 1971.
- Buchała K., *Bezprawność zorientowana na zachowanie się sprawcy czy też jego następstwa*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci prof. dra W. Świdy*, red. J. Fiema, Warszawa 1969.
- Buchała K., *Niektóre problemy zabójstwa pod wpływem silnego afektu*, Pal. 1987, z. 10-11.
- Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980.
- Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989.
- Buchała K., *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej*, Warszawa 1973.
- Buchała K., *Spoleczne niebezpieczeństwo czynu jako dyrektywa sądowego wymiaru kary*, KSP 1970.
- Buchała K., *W sprawie „znikomego społecznego niebezpieczeństwa czynu”*, Pal. 1970, z. 3.
- Buchała K., *Wina przy przestępstwie sprowadzenia powszechnego niebezpieczeństwa*, Warszawa 1960.
- Buchała K., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997.
- Buchała K., Zoll A., *W stu pięćdziesięciolecie śmierci Paula Johana Anzelma Feuerbacha*, PiP 1983, z. 12.
- Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M., Mozgawa M., *Prawo karne materialne*, red. nauk. M. Mozgawa, Warszawa 2011.
- Budziński S., *Wykład porównawczy prawa karnego*, Warszawa 1868.
- Bühler K., *Teoria języka. O językowej funkcji przedstawienia* [tyt. oryg. *Sprachtheorie*], tłum. J. Koźbiał, Kraków 2004 [wyd. oryg. Jena 1934].
- Butterfield H., *The Whig Interpretation of History*, London 1931.
- Carneiro R., *A Theory of the Origin of the State*, „Science” 1970, Vol. 169.
- Carneiro R., *Ascertaining, Testing and Interpreting Sequences of Cultural Development*, „Southwestern Journal of Anthropology” 1968, Vol. 24, No. 4.
- Carneiro R., *The Measurment of Cultural Development in Ancient Near East and in Anglo-Saxon England*, „Transactions of the New York Academy of Sciences” 1969, Vol. 31.
- Carter R.F., *The Amazing Aztec Jurisprudence*, „American Bar Association Journal” 1964, Vol. 50 No. 7.
- Cassirer E., *Esej o człowieku. Wstęp do filozofii kultury* [tyt. oryg. *An Essay on Man: An Introduction to a Philosophy of Human Culture*], tłum. A. Staniewska, Warszawa 1977 [wyd. oryg. New York 1944].
- Cavalli-Sforza L.L., Feldman M.W., *Cultural and Biological Evolutionary Processes. Selection for a Trait under Complex Transmission*, „Theoretical Population Biology” 1976, No. 9.
- Cavalli-Sforza L.L., Feldman M.W., *Cultural versus Biological Inheritance: Phenotypic Transmission from Parent to Children*, „The American Journal of Human Genetics” 1973, No. 25.
- Chakrabarty D., *Prowincjonalizacja Europy. Myśl postkolonialna i różnica historyczna, z nową przedmową autora* [tyt. oryg. *Provincializing Europe. Postcolonial Thought Historical Difference*].

- With a new preface by the author*], tłum. D. Kołodziejczyk, T. Dobrogoszcz, E. Domańska, Poznań 2011 [wyd. oryg. Princeton 2008].
- Chojnacka K., Olszewski H., *Historia doktryn politycznych i prawnych. Podręcznik akademicki*, Poznań 2004.
- Ciepluch M., *Imperium Azteków – społeczeństwo, sądownictwo, prawo*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2015, z. 4.
- Cieślak M., *Faktory przestępczości czynu w związku z projektem k.k.*, WPP 1963, z. 3.
- Cieślak M., *Pojęcie niebezpieczeństwa w prawie karnym*, ZNUJ, „Prace Prawnicze” 1955, z. 1.
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1971.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994.
- Cieślak M., *Recenzja książki L. Kubickiego: Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, PiP 1977, z. 2.
- Condorcet A.N., *Szkic obrazu postępu ducha ludzkiego poprzez dzieje* [tyt. oryg. *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*], tłum. B. Suchodolski, Kraków 1957 [wyd. oryg. s.l. 1795].
- Cosmides L., Tooby J., *Psychological Foundations of Culture*, [w:] *The Adapted Mind. Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*, ed. by J.H. Barkow, L. Cosmides, J. Tooby, New York-Oxford 1992.
- Cycon, *In Marcum Antonium orationes Philippicae*, 90.XXXVI.
- Cycon, *O prawach* [tyt. oryg. *De legibus*], tłum. I. Żółtowska, Kęty 2016.
- Cyprian T., *Kaucukowy przepis*, NP 1956, z. 10.
- Cyprian T., *Zbrodnia przeciwko pokojowi*, PiP 1948, z. 3.
- Cyprian T., Sawicki J., *Prawo norymberskie. Bilans i perspektywy*, Warszawa-Kraków 1948.
- Cyprian T., Sawicki J., Siewierski M., *Głos ma prokurator...*, Warszawa 1962.
- Ćwiąkałski Z., *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Kraków 1991.
- Ćwiąkałski Z., *Nadzwyczajne złagodzenie kary w praktyce sądowej*, Warszawa 1982.
- Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bérier F., *Warsztaty prawnicze. Prawo rzymskie*, Bielsko-Biała 2013.
- Damasio A.R., *Błąd Kartezjusza. Emocje, rozum i ludzki mózg* [tyt. oryg. *Descartes' Error. Emotion, Reason and the Human Brain*], tłum. M. Karpiński, Poznań 2019 [wyd. oryg. New York 1994].
- Damasio H., Grabowski T., Frank R., Galaburda A.M., Damasio A.R., *The Return of Phineas Gage: Clues About the Brain from the Skull of a Famous Patient*, „Science” 1994, Vol. 265.
- Darwin K., *O pochodzeniu człowieka* [tyt. oryg. *The Descent of Man, and Selection in Relation to Sex*], tłum. M. Ilecki, Warszawa 1929 [wyd. oryg. London 1871].
- Daszkiewicz W., *Oskarżyciel w polskim procesie karnym*, Warszawa 1960.

- Dawkins R., *Bóg urojony* [tyt. oryg. *The God Delusion*], tłum. P.J. Szwajcer, Warszawa 2007 [wyd. oryg. London 2006].
- Dawkins R., *Fenotyp rozszerzony. Dalekosiężny gen* [tyt. oryg. *The Extended Phenotype. The Long Reach of the Gene*], tłum. J. Gilewicz, Warszawa 2003 [wyd. oryg. Oxford-San Francisco 1982].
- Dawkins R., *Samolubny gen* [tyt. oryg. *The Selfish Gene*], tłum. M. Skoneczny, Warszawa 2012 [wyd. oryg. Oxford 1976].
- Dąbrowska-Kardas M., *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012.
- Dąbrowska-Kardas M., *O dwóch znaczeniach pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu*, CzPKiNP 1997, z. 1.
- De Atkine N.B., *Western Influence on Arab Militaries: Pounding Square Pegs into Round Holes*, publikacja dostępna online pod adresem: https://www.academia.edu/9494672/Western_Training_Arab_armies [data dostępu: 5 marca 2022 r.].
- De Atkine N.B., *Why Arabs Lose Wars*, „Middle East Quarterly” December 1999, Vol. 6, No. 4, publikacja dostępna także online pod adresem: <https://www.meforum.org/441/why-arabs-lose-wars> [data dostępu: 5 marca 2022 r.]
- de Baer M., *Prace przygotowawcze nad represją zbrodni wojennych 1941-1943*, PiP 1948, z. 3.
- de Quervain D.J.-F., Fichbacher U., Treyer V., Schellhammer M., Schnyder U., Buck A., Fehr E., *The Neural Basis of Altruistic Punishment*, „Science” 2004, Vol. 305.
- de Tocqueville A., *Dawny ustrój i rewolucja* [tyt. oryg. *L'ancien régime et la Révolution*], tłum. H. Szumańska-Grossowa, Kraków 1994 [wyd. oryg. Paris 1856].
- de Waal F.B.M., *Chimpanzee Politics. Power & Sex among Apes*, New York 1982.
- de Waal F.B.M., *Ewolucja moralności. Instynkt społeczny naczelników, moralność ludzka oraz narodziny i upadek „teorii fasady”* [tyt. oryg. *Morally Evolved: Primate Social Instincts, Human Morality, and the Rise and Fall of „Veneer Theory”*]; *Odpowiedź na komentarze. Wieża moralności* [tyt. oryg. *The Tower of Morality*], [w:] *Małpy i filozofowie. Skąd pochodzi moralność?* [tyt. oryg. *Primates and Philosophers: How Morality Evolved*], red. S. Macedo, J. Ober, tłum. B. Brożek, M. Furman, Kraków 2013 [wyd. oryg. Princeton 2006].
- de Waal F.B.M., *Małpa w każdym z nas* [tyt. oryg. *Our Inner Ape*], tłum. K. Kornas, Kraków 2017 [wyd. oryg. London 2005].
- Delius J.D., *The Nature of Culture*, [w:] *The Tinbergen Legacy*, ed. by M.S. Dawkins, T.R. Halliday, R. Dawkins, London 1991.
- Dewey J., *Evolution and ethics*, [w:] *The early works of John Dewey 1882-1898. Vol 5 (1895-1898)*, Carbondale-Edwardsville 1972.

- Dębski R., *O „działaniu na szkodę”, „dopuszczeniu” do zabronionego skutku i zasadzie ustawowej określoności czynu*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70-tych urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarcza*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009.
- Dębski R., *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995.
- Dębski R., *Zasada nullum crimen sine lege i postulat wyłączności ustawy*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1992, z. 50.
- Diamond J., *Strzelby, zarazki, maszyny. Losy ludzkich społeczeństw* [tyt. oryg. *Guns, Germs, and Steel: The Fates of Human Societies*], tłum. M. Konarzewski, Warszawa 2000 [wyd. oryg. New York 1997].
- Dilulio Jr J.J., *Principled Agents: The Cultural Bases of Behavior in a Federal Government Bureaucracy*, „Journal of Public Administration Research and Theory” 1994, Vol. 4, No. 3.
- Długosz J., *Ustawowa wyłączność i określoność w prawie karnym*, Warszawa 2016.
- Dohna A., *Recht und Irrtum*, Mannheim-Berlin-Leipzig 1925.
- Dohna A., *Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen*, ZStW 1907, Bd. 27.
- Drózd A., *John Milton a wolność słowa*, „Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis. Studia Politologica” 2002.
- Dubel L., *Historia doktryn politycznych i prawnych do schyłku XX wieku*, Warszawa 2009.
- Dunbar R., *Grooming, Gossip and the Evolution of Language*, Cambridge [USA, Mass.] 1997.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie* [tyt. oryg. *Taking Rights Seriously*], tłum. T. Kowalski Warszawa 1998 [wyd. oryg. Harvard University Press 1977].
- Dworkin R., *Law's Empire*, Cambridge [USA, Mass.]-London, 1986.
- Ehrlich S., *O przyczynowości normatywnej*, „Studia Filozoficzne” 1985, z. 2-3.
- Ekonomia dla prawników i nie tylko*, red. M. Bednarski, J. Wilkin, Warszawa 2007.
- Elżanowski A., *Etyczne konsekwencje ewolucji*, „Kosmos 2009”, z. 3-4.
- Elżanowski A., *Prawdziwie darwinowska etyka*, „Lectioes & Acroases Philosophicae” 2010, z. 3.
- Encyklopedia Podręczna Prawa Karnego*, t. 1-2, red. W. Makowski, Warszawa s.a.
- Engisch K., *Die Enhait der Rechtsordnung*, Heidelberg 1935.
- Engisch K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin 1930.
- Estreicher S., *Najstarsze kodeksy prawne świata*, Kraków 1931.
- Evans D., *The Search Hypothesis of Emotions*, [w:] *Evolution, Rationality and Emotion*, ed. by D. Evans, P. Cruse, Oxford 2004.
- Evans-Pritchard E.E., *The Nuer: A Description of the Modes of Livelyhood and Political Institutions of a Nilotic People*, Oxford 1940.
- Fehr E., Gächter S., *Altruistic Punishment in Humans*, „Nature” 2002, Vol. 415.

- Fehr E., Gächter S., *Cooperation and Punishment in Social Goods Experiments*, „American Economic Review” 2000, Vol. 90, No. 4.
- Feuerbach A. v., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Gießen 1801.
- Filar L., *O niektórych ogólnych zasadach odpowiedzialności karnej w projekcie kodeksu karnego z sierpnia 1990 r. – polemicznie*, PiP 1991, z. 4.
- Filar M., Frankowski S., Poklewski-Kozieł K., Spotowski A., Wąsek A., *Prawo karne niektórych państw Europy Zachodniej*, Warszawa 1982.
- Flannery K.V., *The Cultural Evolution of Civilizations*, „Annual Review of Ecology and Systematics” 1973, Vol. 3.
- Florek S., *Intuicyjne i krytyczne myślenie moralne w kontekście jego filogenezy i neuropsychologii*, „Słupskie Studia Filozoficzne” 2012, z. 11.
- Florek T., *Struktura zmodyfikowanych typów przestępstw*, Kraków 1980 [maszynopis pracy doktorskiej].
- Florida R., *Technology and Tolerance: The Importance of Diversity to High-Technology Growth*, publikacja dostępna online pod adresem: <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/techtol.pdf> [data dostępu: 5 marca 2022 r.].
- Foley R., *Zanim człowiek stał się człowiekiem* [tyt. oryg. *Humans before Humanity*], tłum. K. Sabbath, Warszawa 2001 [wyd. oryg. Oxford 1995].
- Frankowski S., *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 1970
- Frankowski S., *Wina i kara w angielskim prawie karnym*, Warszawa 1976.
- Friedman M., *Essays in Positive Economics*, Chicago 1953.
- Friedman M., Friedman R., *Wolny wybór* [tyt. oryg. *Free to Choose: A Personal Statement*], tłum. J. Kwaśniewski, Sosnowiec 2006 [wyd. oryg. Orlando-Austin-New York-San Diego-Toronto-London 1980].
- Frøberg T., *The Role of the Ultima Ratio Principle in the Jurisprudence of the Norwegian Supreme Court*, Oñati Socio-Legal Series, Vol. 3, No. 1, 2013 (publikacja dostępna online pod adresem: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2200885 [data dostępu: 24 października 2021 r.]).
- Fukuyama F., *Historia ładu politycznego. Od czasów przedludzkich do rewolucji francuskiej* [tyt. oryg. *The Origins of Political Order. From Prehuman Times to the French Revolution*], tłum. N. Radomski, Poznań 2012 [wyd. oryg. London 2011].
- Fukuyama F., *Koniec historii i ostatni człowiek* [tyt. oryg. *The End of History And the Last Man*], tłum. T. Bieroń i M. Wichrowski, Kraków 2017 [wyd. oryg. Toronto-New York-Oxford-Singapore-Sidney 1992].

- Fukuyama F., *Ład polityczny i polityczny regres. Od rewolucji przemysłowej do globalizacji demokracji* [tyt. oryg. *Political Order and Political Decay. From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*], tłum. J. Pyka, Poznań 2015 [wyd. oryg. London 2014].
- Gallant K.S., *The principle of legality in international and comparative criminal law*, New York 2009.
- Gärdenfors P., *Jak homo stał się sapiens. O ewolucji myślenia* [tyt. oryg. *Hur Homo blev sapiens. Om tänkandets evolution*], tłum. T. Pańkowski, Warszawa 2010 [wyd. oryg. Fallun 2000].
- Gardner J., *Rationality and the Rule of Law in Offences against the Person*, „Cambridge Law Journal”, November 1994, Vol. 53, No. 3.
- Gardocki L., *O relacji między typem przestępstwa a zagrożeniem ustawowym*, PiP 1979, z. 7-8.
- Gardocki L., *Ponadustawowe i pozaustawowe standardy prawa karnego*, SI 2008, t. 48.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2017.
- Gardocki L., *Typowe zakłócenia funkcji zasady nullum crimen sine lege*, SI 1982, t. 10.
- Gardocki L., *Uprozczone formy penalizacji*, PiP 1975, z. 8-9.
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.
- Gardocki L., *Zasada nullum crimen sine lege certa we współczesnym prawie karnym*, [w:] *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak*, red. A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałas, K. Wiak, Lublin 2006.
- Gąsiorowski J., *Kryminalistyczna identyfikacja człowieka – rys historyczny*, Katowice 2004.
- Gernet L., *Athologie de la Grèce antique*, Paris 1968.
- Ghiselin M.T., *The Economy of Nature and the Evolution of Sex*, Berkley 1974.
- Giddens A., *Socjologia* [tyt. oryg. *Sociology. A Brief but Critical Introduction*], tłum. A. Szulżycka, Warszawa 2004 [wyd. oryg. London 1982].
- Giezek J., *Metoda prawa karnego. O budowaniu „karnistycznych” teorii naukowych oraz ich wpływie na odpowiedzialność karną*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2014, t. 8.
- Giezek J., *Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego*, PiP 1992, z. 1.
- Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.
- Giezek J., Kardas P., *Sporne problemy przestępstwa działania na szkodę spółki na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, Pal. 2002, z. 9-10.
- Gintis H., Bowles S., Boyd R., Fehr E., *Explaining Altruistic Behaviour in Humans*, „Evolution and Human Behavior” 2003, Vol. 24, Issue 3.
- Gizbert-Studnicki T., *Hart on Ascription of Responsibility*, „Archivum Juridicum Cracoviense” 1976, Vol. 9.
- Gizbert-Studnicki T., *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Kraków 1986.
- Gizbert-Studnicki T., *Pozytywistyczny park jurajski*, „Forum Prawnicze” 2013, z. 1.
- Gizbert-Studnicki T., *Teoria prawa, filozofia języka, lingwistyka*, „Studia Filozoficzne” 1985, z. 2-3.

- Gizbert-Studnicki T., *Teoria wykładni Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998.
- Gizbert-Studnicki T., *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*, Kraków 1978.
- Gizbert-Studnicki T., *Zasady i reguły prawne*, PiP 1988, z. 3.
- Glaser S., *Normatywna nauka o winie*, Warszawa 1934.
- Glaser S., *Nullum Crimen Sine Lege*, „Journal of Comparative Legislation and International Law” 1942, t. 24.
- Glaser S., *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933.
- Glaser S., A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934.
- Gofroń Cz., *Problematyka ogólna normy prawnokarnej*, [w:] *Problemy ewolucji prawa karnego*, red. T. Bojarski, Lublin 1990.
- Gogłóza W., *Nieme bestie – podmiotowość prawna zwierząt w krzywym zwierciadle średniowiecznego i wczesnonowożytnego procesu sądowego*, [w:] *Sprawiedliwość dla zwierząt*, red. B. Błońska, W. Gogłóza, W. Klaus, D. Woźniakowska-Fejst, Warszawa 2017.
- Goldschmidt J., *Der Notstand. Ein Schuldproblem mit Rücksicht auf die Strafgesetzenwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz*, „Österreichische Zeitschrift für Strafrecht” 1913.
- Goodhart A.L., *Uwagi o procesach norymberskich*, PiP 1948, z. 3.
- Gorecki J., *Capital Punishment: Criminal Law and Social Evolution*, New York 1983.
- Gould S.J., *Full House: The Spread of Excellence from Plato to Darwin*, New York, 1996.
- Górniok O., *Znikome społeczne niebezpieczeństwo czynu jako podstawa stosowania art. 49 k.p.k.*, Wrocław 1968).
- Granat M., *Godność wobec praw człowieka w neoliberalnym konstytucjonalizmie*, „Przegląd Konstytucyjny” 2020, z. 4.
- Górniok O., Hoc S., Kalitowski M., Przyjemski S., Sienkiewicz Z., Szumski J., Tyszkiewicz L., Wąsek A., *Kodeks. Komentarz*, Gdańsk 2002-2003.
- Greene J., Haidt J., *How (and Where) Does Moral Judgement Work?*, „Trend in Cognitive Sciences” 2002, Vol. 16.
- Grobler A., *Prawda a względność*, Kraków 2000.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2001.
- Grześkowiak A., Wiak K., Cieplý F., Gałązka M., Hałas R.G., Hyps S., Szeleszczuk D., *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2009.
- Grzybowski K., *Historia państwa i prawa Polski*, t. 4, *Od uwłaszczenia do odrodzenia Państwa*, Warszawa 1982, s. 244.
- Grzybowski S., *Dzieje prawa. Opowieść, refleksje, rozważania*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1981.
- Gubiński A., *Glosa do wyroku z 8 maja 1963 r. [IV K 673/61]*, PiP 1964, z. 3.

- Gubiński A., *Socjalistyczna dyscyplina pracy w prawie karnym*, Warszawa 1954.
- Gubiński A., *Wyłączenie bezprawności czynu. O okolicznościach uchylających bezprawność czynu*, Warszawa 1961.
- Gubiński A., *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1986.
- Haeckel E., *Die Natürliche Schöpfungsgeschichte*, Berlin 1868.
- Haidt J., *Emotional Dog and Its Rational Tail*, *Psychological Review* 2001, No. 108.
- Hakenberg W., *Prawo europejskie*, Warszawa 2012.
- Hall J., *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis 1947.
- Hallpike C.R., *The Foundations of Primitive Thought*, New York 1979.
- Hamilton W.D., *The Genetical Evolution of Social Behaviour*, cz. 1-2, „*Journal of Theoretical Biology*” 1964, Vol. 7, No. 1.
- Hare R.M., *Myślenie moralne. Jego płaszczyzny, metody, istota* [tyt. oryg. *Moral thinking: its levels, method, and point*], tłum. J. Margański, Warszawa 2001 [wyd. oryg. Oxford 1981].
- Hart H.L.A., *Pojęcie prawa* [tyt. oryg. *The Concept of Law*], tłum. J. Woleński, Warszawa 1998 [wyd. oryg. Oxford 1961].
- Hart H.L.A., *The Ascription of Responsibility and Rights*, „*Proceedings of the Aristotelian Society*” 1949, Vol. 49.
- Hayden B., *Archeology: The Science of Ones and Future Things*, New York, 1993.
- Hayek F.A., *Law, Legislation and Liberty: A Statement of The Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Chicago 1976.
- Hayek F.A., *The Use of Knowledge in Society*, „*American Economic Review*” 1945, Vol. 35, No. 4.
- Hegel G.W.F., *Wykłady z filozofii dziejów* [tyt. oryg. *Vorlesungen über die Geschichtliche der Philosophie*], tłum. J. Grabowski, A. Landman, Warszawa 1958 [wyd. oryg. Berlin 1837].
- Hegel G.W.F., *Zasady filozofii prawa* [tyt. oryg. *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*], tłum. A. Landman, Warszawa 1969 [wyd. oryg. Berlin 1821].
- Henson H.K., *Memes, L5 and the Religion of the Space Colonies*, „*L5 News*”, September 1985.
- Hirsch A., *The Rise of the Penitentiary. Prisons and Punishments in Early America*, New Haven 1992.
- Hirsch H.J., *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*, *RPEiS* 2002, z. 1.
- Hirsch H.J., *Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot*, [w:] *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Hrsg. H.H. Jescheck et al., Tokio 1985.
- Hirschman A.O., *Namiętności i interesy. U intelektualnych źródeł kapitalizmu* [tyt. oryg. *The Passions and the Interests. Political Arguments for Capitalism before its Triumph*], tłum. I. Topińska, M. Kochanowicz, Kraków 1997 [wyd. oryg. Princeton 1997].

- Hobbes T., *Lewiatan, czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego* [tyt. oryg. *Leviathan, or the Matter, Forme, and Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall, and Civil*], tłum. Cz. Znamierowski, Warszawa 1954 [wyd. oryg. London 1651].
- Hube R., *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, Warszawa 1830.
- Hume D., *A Treatise of Human Nature*, Oxford, 1987.
- Humphrey N.K., *The Social Function of Intellect*, [w:] *Growing Points in Ethology*, P.P.G. Bateson, R.A. Hinde, New York 1976.
- Huxley T.H., *Evolution and ethics*, [w:] *Evolution and ethics and other essays*, T.H. Huxley, New York 1896.
- Ifkiewicz K., *Znikomość społecznego niebezpieczeństwa czynu w sprawach z oskarżenia prywatnego w świetle badań aktowych*, PiP 1966, z. 12.
- Jacob F., *Gra możliwości. Esej o różnorodności życia* [tyt. oryg. *Le Jeu des possibles: Essai sur la diversité du vivant*], tłum. M. Kunicki-Goldfinger Warszawa 1987 [wyd. oryg. Paris 1981].
- Jacoby S., *Wild Justice. The Evolution of Revenge*, New York 1983.
- Jaczynowska M., *Dzieje Imperium Romanum*, Warszawa 1995.
- Jäger Ch., *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, Heidelberg 2006.
- Jakobs G., *O prawnokarnej funkcji zamiaru, nieumyślności i winy*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym. Materiały Polsko-Niemieckiego Sympozjum Prawa Karnego*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990.
- Jakobs G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundl Lagen und die Zurechnungslehre*, Berlin 1983.
- Jamontt J., Rappaport E.St., *Kodeks karny r. 1932*, Warszawa 1932.
- Janicka D., *Makarewicz a Liszt. Próba analizy porównawczej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2015, t. 67, z. 1.
- Janicka D., *Nauka o winie i karze w dziejach klasycznej szkoły prawa karnego w Niemczech w I połowie XIX wieku*, Toruń 1998.
- Jara E., *Ogólna teoria prawa*, Warszawa 1920.
- Jescheck H.H., *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, [w:] *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Hrgs. P. und W. Gallas, Göttingen 1961.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009.
- Jodzio K., *Neuropsychologia intencjonalnego działania*, Warszawa 2008.
- Jones O.D., *Law and Biology: Towards an Integrated Model of Human Behavior*, „Journal of Contemporary Legal Issues” 1997, Vol. 8.
- Jones, O.D., Goldsmith T.H., *Law and Behavioural Biology*, „Columbia Law Review” 2005, Vol. 105.
- Joyce R., *The Evolution of Morality*, Cambridge [USA, MA] 2006.

- Jurewicz O., Winniczuk L., *Starożytni Grecy i Rzymianie w życiu prywatnym i państwowym*, Warszawa 1968.
- Kaczmarek T., *Materialna istota przestępstwa i jego ustawowe znamiona*, Warszawa 1968.
- Kaczmarek T., *Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii i praktyce sądowej*, Wrocław 1980.
- Kaczmarek T., *Společne nebezpečnost' czynu i jego bezprawność jako dwie cechy przestępstwa*, Wrocław 1966.
- Kaczmarek T., *Spory wokół charakteru odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw popełnionych w warunkach zawinionej niepoczytalności*, PiP 2004, z. 1.
- Kaczmarek T., *Spory wokół pojęcia czynu i ich znaczenie dla systemowego objaśnienia struktury przestępstwa*, [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, red. Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll, Kraków 1994.
- Kaczmarek T., *Spory wokół pojęcia winy w prawie karnym*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005.
- Kant I., *Krytyka czystego rozumu* [tyt. oryg. *Kritik der reinen Vernunft*], t. 2, tłum. R. Ingarden, Warszawa 1957 [wyd. oryg. Riga 1781].
- Kant I., *Krytyka praktycznego rozumu* [tyt. oryg. *Kritik der praktischen Vernunft*], tłum. J. Gałęcki, Warszawa 1984 [wyd. oryg. Riga 1788].
- Kant I., *Krytyka władzy sądenia* [tyt. oryg. *Kritik der Urteilstkraft*], tłum. J. Gałęcki, Warszawa 1964 [wyd. oryg. Berlin 1790].
- Kant I., *Pomysły do ujęcia historii powszechnej w aspekcie światowym* [tyt. oryg. *Idee zu einer allgemeinen Gesichte in weltbürgerlicher Absicht*, wyd. oryg. „Berlinische Monatschrift”, November 1784], tłum. I. Krońska; *Przypuszczalny początek ludzkiej historii* [tyt. oryg. *Muthmaßlicher Anfang der Menschengeschichte*, wyd. oryg. „Berlinische Monatschrift”, Januar 1786], tłum. M. Żelazny, [w:] *Przypuszczalny początek ludzkiej historii i inne pisma historiozoficzne*, I. Kant, Toruń 1995.
- Kant I., *Uzasadnienie metafizyki moralności* [tyt. oryg. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*], tłum. M. Wartenberg, Warszawa 1971 [wyd. oryg. Riga 1785].
- Kardas P., *Kontrowersje wokół pojęcia „osoba pełniący funkcję publiczną”. Rzec o kreatywnej wykładni przyjmowanej w orzecznictwie oraz granicach zakresowych typu czynu zabronionego określonych w ustawie*, CzPKiNP 2011, z. 2.
- Kardas P., *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, CzPKiNP 2012, z. 4.
- Kardas P., *Przestępstwo ciągle w prawie karnym materialnym*, Kraków 1999.
- Kardas P., *Przestępstwo działania na szkodę spółki – konkretne czy abstrakcyjne narażenie na niebezpieczeństwo*, PiP 2006, z. 6.

- Kardas P., *Przypisanie skutku przy przestępnym współdziałaniu*, KPP 2004, z. 4.
- Kardas P., *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001.
- Kaufmann A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959.
- Keeley L.H., *War Before Civilisation*, Oxford 1996.
- Kelly J.M., *Historia zachodniej teorii prawa* [tyt. oryg. *A Short History of Western Legal Theory*], tłum. Ł. Słoniowski i in., Kraków 2006 [wyd. oryg. Oxford 1992].
- Kelsen H., *Czysta teoria prawa* [tyt. oryg. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*], tłum. R. Szubert, Warszawa 2014 [wyd. oryg. Leipzig-Wien 1934].
- Kelsen H., *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego. W rozwinięciu nauki o normie prawnej* [tyt. oryg. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*], tłum. T. Przorski, Wilno 1935 [wyd. oryg. Tübingen 1911].
- Kenyatta J., *Facing Mount Kenia*, London 1938.
- Kern E., *Grade der Rechtswidrigkeit*, ZStW 1952, Bd. 64.
- Kidder A.V., *Looking Backward*, „Proceedings of the American Philosophical Society” 1940, Vol. 83, No. 4.
- Kleszczewska-Albińska A., Albiński R., *Wstyd i poczucie winy w teorii i badaniach*, „Psychologia Jakości Życia” 2009, t. 8, z. 1.
- Klima J., *Prawa Hammurabiego* [tyt. oryg. *Zákony Chammurapiho*], tłum. C. Kunderewicz, Kraków 2019 [wyd. oryg. Praha 1954].
- Klinowski M., *Logiczna problematyka czynu i sprawstwa*, Kraków 2011.
- Koch Ch., *Neurobiologia na tropie świadomości* [tyt. oryg. *The Quest for Consciousness: A Neurobiological Approach*], tłum. G. Hess, Warszawa 2004 [wyd. oryg. Englewood 2004].
- Kochanowski J., *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1985.
- Kodeks karny z komentarzem, I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Warszawa 1973.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 Kodeksu karnego, red. K. Buchała, A. Zoll, Kraków 2000.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 Kodeksu karnego, red. A. Zoll, Kraków 2004.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53-116 k.k., red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, red. G. Rejman, Warszawa 1999.
- Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, cz. 1, Komentarz do art. 117-211a, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.
- Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego, red. A. Zoll, Kraków 1999.
- Kodeks karny. Komentarz, red. R. Stefański, Warszawa 2017.

- Kohler J., *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim 1890.
- Kołodkowski L., *Moje słuszne poglądy na wszystko*, Kraków 2007.
- Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja prawa karnego, t. 2, Lwów 1925.
- Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Wydział Karny, t. 1, z. 1, Warszawa-Lwów 1919.
- Konieczniak P., *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002.
- Koranyi K., *O pochodzeniu zwyczaju tzw. oślego pogrzebu*, „Lud” 1932, t. 31.
- Koranyi K., *Powszechna historia państwa i prawa*, t. 1, *Starożytność* Warszawa 1961.
- Koranyi K., *Powszechna historia państwa i prawa*, t. 2, *Średniowiecze*, Warszawa 1963.
- Koranyi K., *Powszechna historia państwa i prawa*, t. 3, Warszawa 1966.
- Koranyi K., *Powszechna historia państwa i prawa. Od rewolucji francuskiej do rewolucji październikowej*, Warszawa 1962.
- Korsgaard Ch.M., *The Sources of Normativity*, publikacja dostępna online pod adresem: http://www.tannerlectures.utah.edu/_documents/a-z/k/korsgaard94.pdf [data dostępu: 6 czerwca 2019 r.].
- Kostuj-Tokarczyk E., *Funkcjonowanie norm jako element kontroli zachowania jednostki*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1986, t. 17.
- Kotarbiński T., *Kurs logiki dla prawników*, Warszawa 1960.
- Kotarbiński T., *Traktat o dobrej robocie*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1982.
- Kowalewska-Łukuć M., *Strona podmiotowa a wina – wzajemne relacje*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018, z. 1.
- Kowalewska-Łukuć M., *Wina w prawie karnym*, Warszawa 2019.
- Kozak A., *Integracja wewnętrzna*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, Warszawa 2008.
- Kozielecki J., *Koncepcja psychologiczna człowieka*, Warszawa 1977.
- Krajewski W., *Konieczność. Przypadek. Prawo statystyczne*, Warszawa 1977.
- Krajewski W., *Związek przyczynowy*, Warszawa 1967
- Kroeber A.L., Kluckhohn C.K.M., *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions*, „Papers of Peabody Museum of American Archeology and Ethnology” 1978, No. 47.
- Król-Bogomilska M., *„Formy winy” w prawie karnym w świetle psychologii*, Warszawa 1991.
- Król-Bogomilska M., *Tradycyjne formuły winy w świetle współczesnej psychologii*, SI 1982, t. 10.
- Krukowski A., *Glosa do wyroku Izby Karnej z 14.06.1966 r.*, II KR 67/66, PiP 1967, z. 4-5.
- Krukowski A., *Společná treść přestěpstva. Studium z zakresu polityki karnej*, Warszawa 1973.
- Krzymuski E., *O najnowszych księzkach polskich z dziedziny prawa karnego*, CzPiE 1920, z. 5-8.
- Krzymuski E., *Szkoła pozytywna prawa karnego we Włoszech*, Lwów 1889.
- Krzymuski E., *Wykład prawa karnego*, t. 1, Kraków 1885.

- Krzymuski E., *Znaczenie naukowe statystyki moralności i doniosłość jej wywodów dla repressyi przestępstw*, GSW 1877, nr 39, 44, 46, 47 i 48 [przedr. *Dziela wybrane Edmunda Krzymuskiego*, t. 1, *Szkoła klasyczna w defensywie*, Kraków 2013].
- Kubiak R., *Pojęcie usprawiedliwionego błędu w nowym kodeksie karnym*, Pal. 1998, z. 7-8.
- Kubicki L., *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975.
- Kuczma T.E., *Genetyczne ujęcie przestępstwa*, Poznań 1939.
- Kunderewicz C., *Najstarsze prawa świata*, Łódź 1990.
- Kunderewicz C., *Rzymskie prawo prywatne*, Łódź 1995.
- Kupiszewski H., *Prawo rzymskie a współczesność*, Kraków 2013.
- Kurczewski J., *O badaniu prawa w naukach społecznych*, Warszawa 1977.
- Kurczewski J., *Prawo prymitywne. Zjawiska prawne w społeczeństwach przedpaństwowych*, Warszawa 1973.
- Kurek Ł., *Pojęcie winy w prawie karnym a problem wolnej woli w świetle neurofilozofii*, [niepubl. rozprawa doktorska].
- Kurek Ł., *Problem wolnej woli z perspektywy nauk empirycznych*, „Logos i Ethos” 2011, z. 30.
- Kustra E., *Wstęp do nauki o państwie*, Toruń 1999.
- Lachowski J., *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005.
- Lande J., *Nauka o normie prawnej*, „Annales UMCS” 1956, t. 3.
- Lande J., *Studia z filozofii prawa*, Warszawa 1959.
- Lande J., *Teoria prawa*, cz. 1, *Wstęp metodologiczny do nauk prawnych*, Kraków 1946.
- LeBlanc S.A., Register K.E., *Constant Battles: The Myth of the Noble Savage*, New York 2003.
- LeDoux J., *Mózg emocjonalny. Tajemnicze podstawy życia emocjonalnego* [tyt. oryg. *The Emotional Brain. The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*], tłum. A. Jankowski, Poznań 2000 [wyd. oryg. New York 1996].
- Lenski G., *Power and Privilege. A Theory of Social Stratification*, New York-St. Louis-San Francisco-Toronto-London-Sydney 1966.
- Lernell L., *Niektóre zagadnienia kodyfikacji prawa karnego PiP* 1954, z. 12.
- Lernell L., *Podstawowe zagadnienia penologii*, Warszawa 1977.
- Lernell L., *Podstawy nauki polityki kryminalnej. Studia z zagadnień przestępstwa, odpowiedzialności i kary*, Warszawa 1967.
- Lernell L., *Rozważania o przestępstwie i karze na tle zagadnień współczesności*, Warszawa 1975.
- Lernell L., *Wykład prawa karnego. Część ogólna*, Warszawa 1961.
- Lernell L., *Zagadnienia związku przyczynowego w prawie karnym*, Warszawa 1961.
- Lernell L., *Założenia ideologiczne reformy procedury karnej [referat wygłoszony na Krajowej Naradzie Aktywu Sądowo-Prokuratorskiego]*, DPP 1949, z. 6-7.
- Lerner D., *The Passing of Traditional Society: Modernizing the Middle East*, New York 1968.

- Leszczyna H., *Hermeneutyka prawnicza. Rozumienie i interpretacja tekstu prawnego*, Warszawa 1996.
- Leszczyna H., *Petrażycki*, Warszawa 1974.
- Lewicki A., *Psychologia kliniczna*, Warszawa 1972.
- Leżański R.A., *Kodeks karny obowiązujący na Ziemiach Zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej*, Poznań 1930.
- Liszt F. v., *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, ZStW 1883, Bd. 3.
- Liszt F. v., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1900.
- Liszt F. v., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1912.
- Liszt F. v., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig 1919.
- Liszt F. v., *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, [w:] *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Zweiter Band. 1892 bis 1904*, Berlin 1905.
- Liszt F. v., Schmidt E., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin-Lipsk 1927.
- Litewski W., *Rzymski proces karny*, Kraków 2003.
- Lityński A., *Od Rzeczypospolitej szlacheckiej do Rzeczypospolitej Ludowej. Studia z dziejów prawa karnego*, Tychy 2005.
- Lityński A., *Wydział karny Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej. Dzieje prac nad częścią ogólną kodeksu karnego*, Katowice 1991.
- Lord Wright, *War Crimes under International Law*, „Law Quarterly Review” 1946, Vol. 62.
- Lorenz K., *Über die Bildung des Instinkt Begriffes*, „Die Naturwissenschaften” 1937, H. 25.
- Lumsden C.J., Wilson E.O., *Genes, Mind and the Culture: The Coevolutionary Process*, [USA, Mass.] 1981.
- Lumsden C.J., Wilson E.O., *Promethean Fire*, Cambridge [USA, Mass.] 1983.
- Lumsden C.J., Wilson E.O., *The Relation Between Biological and Cultural Evolution*, „Journal of Social and Biological Structures” 1985, Vol. 8 Issue 4.
- Łabuda G., *O kształcie norm charakteryzujących bezprawność i karalność przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2004, t. 15.
- Łakomy J., *Pojęcie integracji zewnętrznej nauk prawnych*, „Studia Erasmiana Wratislaviensia” 2009, z. 3.
- Machiavelli N., *Wybór pism*, tłum. J. Gałuszka, Warszawa 1972.
- Maciejewski T., *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2000.
- Maine H.S., *Dissertations on Early Law and Custom*, London 1883.
- Mainhofer W., *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen 1953.
- Maisel W., *Poznańskie prawo karne do końca XVI wieku*, „Prace Wydziału Prawa UAM” 1963, z. 7.
- Majewski J., *Glosa do wyroku SN z dnia 27.02.1991 r., II KRN/69/91*, PS 1992, z. 5-6.
- Majewski J., *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015.

- Majewski J., *Materialny element przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*, PS 1996, z. 6.
- Majewski J., *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu [zagadnienia węzłowe]*, Kraków 1997.
- Majewski J., *Spory profesora Juliusza Makarewicza z SN na tle rozwiązań kodeksu karnego z 1932 r.*, [w:] *Kodeks karny z 1932 roku*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, M. Gałązka, R. G. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk, Lublin 2015.
- Majewski J., *Stopień winy jako podstawowy wyznacznik dolegliwości reakcji karnej*, [w:] *Dyrektywy sądowego wymiaru kary: pokłosie X Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Warszawa 2014.
- Majewski J., Kardas P., *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, PiP 1993, z. 10.
- Makarewicz J., *Błąd co do przestępności działania*, RPEiS 1936, z. 1.
- Makarewicz J., *Czy nowelizować kodeks karny?*, „Głos Sądownictwa” 1938, z. 3.
- Makarewicz J., *Ewolucja kary*, „Ateneum” 1897, t. 1 [przedr. J. Makarewicz, *Prace rozproszone. Tom I (publikowane w latach 1895-1901)*, Lublin 2010].
- Makarewicz J., *Faza teokratyczna w ewolucji przestępstwa*, „Ateneum” 1900, t. 4.
- Makarewicz J., *Klasycyzm i pozytywizm w nauce prawa karnego*, PPiA 1896, t. 21.
- Makarewicz J., *Kodeks karny i Sąd Najwyższy*, GSW 1933, nr 18.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem i orzecznictwem Sądu Najwyższego*, Lwów 1938.
- Makarewicz J., *Metoda socjologiczna w historii prawa*, [w:] *Pamiętnik III Zjazdu Historyków Polskich w Krakowie. Referaty*, t. 1, Kraków 1900.
- Makarewicz J., *Nowożytnie zadania filozofii prawa*, PPiA 1905, t. 30.
- Makarewicz J., *Orzecznictwo okolicznościowe*, „Głos Sądownictwa” 1936, z. 7-8.
- Makarewicz J., *Podżeganie do zbrodni z § 143 u.k.*, PPiA 1898, t. 33 [przedr. J. Makarewicz, *Prace rozproszone. Tom I (publikowane w latach 1895-1901)*, Lublin 2010].
- Makarewicz J., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Lwów-Warszawa 1919.
- Makarewicz J., *Powrotna fala (Projekt ustawy o wykroczeniach)*, RPEiS 1930, z. 10.
- Makarewicz J., *Prawo karne i prawa obywatela*, RPEiS 1936, z. 2.
- Makarewicz J., *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914.
- Makarewicz J., *Prawo karne w Katowicach*, GSW 1937, nr 6.
- Makarewicz J., *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Lwów-Warszawa 1924.
- Makarewicz J., *Przestępstwo indywidualne a orzecznictwo Sądu Najwyższego*, GSW 1937, nr 39.
- Makarewicz J., *Przestępstwo indywidualne a orzecznictwo Sądu Najwyższego*, GSW 1937, nr 39.
- Makarewicz J., *Przyczynek do zagadnienia winy w angielskim prawie karnym*, NP 1951, z. 1.

- Makarewicz J., *Realizm w prawie karnym*, RPEiS 1933, z. 2.
- Makarewicz J., *Recenzja książki M. Szerera, Kara. Szkic socjologiczny*, PPiA 1911, t. 36.
- Makarewicz J., recenzja książki: H. Hoegel, *Geschichte des österreichischen Strafrechtes in Verbindung mit einer Erläuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen* [Wien 1904], CzPiE 1905, z. 4.
- Makarewicz J., recenzja książki: *Zum ältesten strafrecht der kulturvölker. Fragen zur rechtavergleichung gestellt von Theodor Mommsen, beantwortet von H. Brunner, B. Freudenthal, J. Goldziher, H.F. Hitzig, Th. Noeldeke, H. Oldenberg, S. Roethe, I. Wellhausen, U. Wilamowitz-Moellendorf. Mit einem vorworte von Karl Binding* [Lipsk 1905], CzPiE 1905, z. 4.
- Makarewicz J., *Słuszne prawo*, PPiA 1906, t. 31.
- Makarewicz J., *Technika ustawodawstwa karnego*, Lwów 1913.
- Makarewicz J., *U.S.A. Kartki z podróży po Stanach Zjednoczonych*, Lwów 1929.
- Makarewicz J., *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe* [tyt. oryg. *Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage*], tłum. K. Jakubów, Lublin 2009 [wyd. oryg. Stuttgart 1906].
- Makarewicz J., *Wstęp*, [w:] *Kodeks karny Republik Sowieckich*, Warszawa 1926.
- Makarewicz J., *Wykładnia kodeksu karnego*, GSW 1934, nr 10.
- Makarewicz J., *Zbrodnia i kara*, Lwów 1922.
- Makowski W., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937.
- Makowski W., *Podstawy filozofii prawa karnego*, t. 1, Warszawa 1917.
- Makowski W., *Prawo karne. Część ogólna. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa-Lublin-Łódź-Poznań-Kraków 1920.
- Makowski W., *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924.
- Malawski M., Wieczorek A., Sosnowska H., *Konkurencja i kooperacja. Teoria gier w ekonomii i naukach społecznych*, Warszawa 2004.
- Malec A., *Indeterminizm i determinizm a kara pozbawienia wolności*, [w:] *Wina – kara – nadzieja – przemiana. Materiały I Krajowego Sympozjum Penitencjarnego*, red. J. Szałański, Łódź-Warszawa-Kalisz 1998.
- Malinowski B., *Dziela*, t. 7, *Totemizm i egzogamia* [tyt. oryg. *Totemism and Exogamy*], tłum. B. Leś, D. Praszałowicz, Warszawa 1990 [wyd. oryg. London 1910].
- Malinowski B., *Dziela*, t. 2, *Zwyczaj i zbrodnia w społeczności dzikich* [tyt. oryg. *Crime and Custom in Savage Society*], tłum. J. Chałasiński, A. Waligórski, Warszawa 1984 [wyd. oryg. London 1926].
- Malinowski B., *Dziela*, t. 2, *Życie seksualne dzikich w północno-zachodniej Melanezji. Miłość, małżeństwo i życie rodzinne u krajowców z Wysp Triobrianda Brytyjskiej Nowej Gwinei* [tyt. oryg.

- The Sexual Life of Savages in North-western Melanesia. An Ethnographic Account of Courtship, Marriage and Family Life among the Natives of the Triobriand Islands, British New Guinea*], tłum. J. Chałasiński, A. Waligórski, Warszawa 1984 [wyd. oryg. London 1929].
- Malinowski B., *Dzieła*, t. 3 cz. 1, *Argonauci Zachodniego Pacyfiku. Relacje o poczynaniach i przygodach krajowców z Nowej Gwinei* [tyt. oryg. *Argonauts of the Western Pacific. An Account of Native Enterprise and Adventure in the Archipelagoes of Melanesian New Guinea*], tłum. B. Olszewska-Dyoniziak, S. Szynkiewicz, Warszawa 1987 [wyd. oryg. London 1922].
- Malinowski B., *Dzieła*, t. 7, *Magia, nauka i religia*, [tyt. oryg. *Magic, Science and Religion*], tłum. B. Leś, Warszawa 1990 [wyd. oryg. w: *Science, Religion and Reality*, London-New York-Toronto 1925].
- Małecki M., *Przypisanie winy. Podstawy teorii ekskulpantów*, Kraków 2021.
- Małecki M., *Umyślność i nieumyślność w projekcie nowelizacji kodeksu karnego [analiza wybranych uwag krytycznych]*, Pal. 2014, z. 5–6.
- Małecki M., *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego [art. 28 § 1 k.k.]*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015.
- Mannheim H., *Criminal Justice and Social Reconstruction*, London 1946.
- Marek A., *Materialna definicja przestępstwa w związku z projektem kodeksu karnego PRL*, NP 1969.
- Marek A., *Prawo karne. Część ogólna*, Bydgoszcz 1997.
- Marek A., *Stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu jako podstawa umorzenia postępowania karnego*, Toruń 1970.
- Marek A., *W sprawie społecznego niebezpieczeństwa czynu*, NP 1966, z. 2.
- Marek A., Filar M., Grześkowiak A., Gajdus D., Pływaczewski E., *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, red. A. Marek, Warszawa 1986.
- Maroń G., *Kary zawstydzające w porządku prawnym Stanów Zjednoczonych*, Prok. i Pr. 2018, z. 12.
- Marszał K., *Proces karny*, Katowice 1998.
- Matczak M., *Imperium tekstu. Prawo jako postulowanie i urzeczywistnianie świata możliwego*, Warszawa 2019.
- Matczak M., *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007.
- Maurach R., Gössel K.H., Zipf H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg-Karlsruhe 1978, t. 2.
- Mayer M.E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg 1915.
- Mazoyer M., Koray Zeynep C., *O „kodeksie hetycznym”*, [w:] *Z dziejów afektu penalnego*, red. J. Utrat-Milecki, Warszawa 2014.
- Mąciór W., *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990.
- Mąciór W., *Negatywne znamiona istoty czynu*, PiP 1964, z. 5-6.
- Mąciór W., *O finalizmie w prawie karnym*, PiP 1971, z. 6.

- Mąciór W., *Problem przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, Kraków 1968
- Mąciór W., *Recenzja książki L. Kubickiego: Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, NP 1976, z. 5.
- Mąciór W., *Z problematyki zbiegu przestępstw i przepisów ustawy*, PiP 1965, z. 1.
- Mergen A., *Die Wissenschaft vom Verbrechen*, Hamburg 1961.
- Meyer H., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig 1888.
- Mezger E., *Die subjektiven Unrechtselemente*, „Der Gerichtssaal” 1924, Bd. 89.
- Mezger E., *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Berlin-München 1949.
- Mezger E., *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, [w:] *Festschrift für L. Traeger*, Berlin 1926.
- Michalska A., *Pojęcie normy technicznej*, RPEiS 1965, z. 2.
- Michalska A., Wronkowska S., *Zasady tworzenia prawa*, Poznań 1980.
- Mill J.S., *System logiki dedukcyjnej i indukcyjnej* [tyt. oryg. *System of Logic Ratiocinative and Inductive*], t. 1, tłum. Cz. Znamierowski, Warszawa 1962 [wyd. oryg. London 1843].
- Miller G., *Umysł w zalotach: jak wybory seksualne kształtowały naturę człowieka* [tyt. oryg. *The Mating Mind. How Sexual Choice Shaped the Evolution of Human Nature*], tłum. M. Koraszewska, Poznań 2004 [wyd. oryg. New York 2001]).
- Milton J., *Aeropagitica: A Speech of Mr John Milton for the Liberty of Unlicens'd printing to the Parliament of England*, London 1644.
- Minois G., *Historia piekła* [tyt. oryg. *Histoire des enfers*], tłum. A. Kędzierzawska, B. Szczepańska, Warszawa 1998 [wyd. oryg. Paris 1991].
- Mioduski K., *Spoleczne niebezpieczeństwo czynu jako zagadnienie terminologii*, WPP 1955, z. 3.
- Mogilnicki A., *Kary dodatkowe: kary cielesne, kary hańbiące, pozbawienie czci i praw*, Warszawa 1907.
- Mogilnicki A., *Nullum crimen sine lege*, GSW 1935, nr 23-24,
- Montesquieu, *O duchu praw* [tyt. oryg. *De l'esprit des loix*], tłum. T. Boy-Żeleński, Kęty 1997 [wyd. oryg. Geneve 1748].
- Morawski L., *Zasady prawa - komentarz krytyczny*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001.
- Morgan L.H., *Spółeczeństwo pierwotne czyli badanie kolei ludzkiego postępu od dzikości przez barbarzyństwo do cywilizacji* [tyt. oryg. *Ancient Society or Reaserches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*], tłum. A.B., Warszawa 1887 [wyd. oryg. New York 1877].
- Mucha A., *Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2013.

- Murdock G.P., *The Common Denominator of Cultures*, [w:] *The Science of Man in the World Crisis*, ed. by R. Linton, New York 1945.
- Myers D.G., *Psychologia społeczna* [tyt. oryg. *Social Psychology*], tłum. A. Bezwińska-Walerjan, Poznań 2003 [wyd. oryg. New York 2008].
- Naab E., *Diabelskie kary*, [w:] *Z dziejów afektu penalnego*, red. J. Utrat-Milecki, Warszawa 2014.
- Naumann J. v., Morgenstern O., *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton 1944.
- Niewiadomska I., *Osobowościowe uwarunkowania skuteczności kary pozbawienia wolności*, Lublin 2007.
- Nikiforow B., *Ob. Obiekcie priestuplenija*, „Sowietskoje Gosudarstwo i Prawo” 1948.
- North D.C., Denzau A., *Shared Mental Models: Ideologies and Institutions*, „Kyklos” 1994, Vol. 47.
- Nowak L., *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973.
- Nowak L., *Próba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa*, Poznań 1968.
- Nowicki A., *Sprawa Kazimierza Łyszczyńskiego na Sejmie w Warszawie w świetle rękopisu Dziennika Sejmu*, „Euhemer. Przegląd Religioznawczy – Zeszyty Filozoficzne” 1963, z. 4.
- Ogburn W., Thomas D., *Are Inventions Inevitable?*, „Political Science Quarterly” 1922, Vol. 37, No. 1.
- Olivecrona K., *Law as Fact*, Copenhagen-London 1939.
- Olson M., *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge [USA, Mass.]-London 1971.
- Olszewska-Dyoniziak B., *Kilka uwag o antropologicznych badaniach nad prawem pierwotnym*, [w:] *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa. Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej w Katowicach*, red. B. Czech, Katowice 1992.
- Olszewski M., *Czy utrzymać pojęcie społecznego niebezpieczeństwa w prawie karnym*, PiP 1958, z. 3.
- Opalek K., *Interdyscyplinarne związki prawoznawstwa*, „Studia Filozoficzne” 1985, z. 2-3.
- Opalek K., Kojder A., *Nauki prawne*, [w:] *Encyklopedia socjologii*, t. 2, red. W. Kwaśniewicz i in., Warszawa 1999.
- Opalek K., *Prawo podmiotowe*, Warszawa 1957.
- Opalek K., *Problemy metodologiczne nauk prawnych*, Warszawa 1962.
- Opalek K., *Problemy statycznych i dynamicznych systemów normatywnych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego”, Katowice 1993.
- Opalek K., *Swoistość prawoznawstwa a problem integracji*, PiP 1966, z. 4-5.
- Opalek K., *Z teorii dyrektyw i norm*, Warszawa 1974.
- Opalek K., Woleński J., *O tzw. słabych i mocnych dozwoleniach*, „Studia Filozoficzne” 1974, z. 18.
- Opalek K., Wolter W., *Nauka filozofii prawa i prawa karnego w Polsce*, Warszawa-Kraków-Łódź-Poznań-Zakopane, 1948.
- Opalek K., Wróblewski J., *Prawo – metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991.

- Opalek K., Wróblewski J., *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969.
- Osiatyński W., *O zbrodniach i karach*, Poznań 2003.
- Otter K., *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau?*, Bonn 1973.
- Papierkowski Z., *Fikcja winy czy niezrozumienie nowoczesnego prawa karnego*, PiP 1948, z. 1.
- Papierkowski Z., *Socjologiczne i filozoficzne oblicze kary*, Lublin 1947.
- Pascal B., *Myśli* [tyt. oryg. *Pensées*], tłum. T. Żeleński [Boy], Warszawa-Poznań 1921 [wyd. oryg. Paris 1670].
- Patkaniowski M., *Wina i kara. Elementy rzymskie i germańskie w prawie karnym statutów miast włoskich*, Kraków 1939.
- Patryas W., „Norma sankcjonowana w prawie karnym...” – kilka uwag do artykułu Łukasza Pohla, RPEiS 2006, z. 1.
- Patryas W., *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne*, Poznań 1988.
- Patryas W., *Rozważania o normach prawnych*, Poznań 2001.
- Patryas W., *Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*, Poznań 1993.
- Paygert J., *Przestępne zaniechanie. Studium z prawa karnego*, Lwów 1907.
- Peczenik A., *Płaszczyzny badania prawa*, PiP 1968, z. 2.
- Peiper L., *Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach*, Kraków 1936.
- Pelc J., *Wstęp. Znaczenie i prawda: semioza – poznanie – interpretacja*, [w:] *Znaczenie i prawda. Rozprawy semiotyczne*, red. J. Pelc, Warszawa 1994.
- Peretiatkowicz A., *Teoria prawa i państwa H. Kelsena*, RPEiS 1937, z. 4.
- Petrażycki L., *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, t. 1, Warszawa 1959.
- Petrażycki L., *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968.
- Petrażycki L., *Wstęp do nauki prawa i moralności. Podstawy psychologii emocjonalnej*, Warszawa 1959.
- Piechowiak M., *Filozofia praw człowieka — Prawa człowieka w świetle ich międzynarodowej ochrony*, Lublin 1999.
- Pietrzykowski T., *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*, Warszawa 2012.
- Pietrzykowski T., *The Roots of Normativity. From Neuroscience to Legal Theory*, [w:] *Studies in the Philosophy of Law. Legal Philosophy and Challenges of Biosciences*, ed. by J. Stelmach, M. Soniewicka, Kraków 2010.
- Pinker S., *Tabula rasa. Spory o naturę ludzką* [tyt. oryg. *The Blank Slate. The Modern Denial of Human Nature*], tłum. A. Nowak, Gdańsk 2005 [wyd. oryg. New York 2002].
- Platon, *Państwo* [tyt. oryg. *Πολιτεία*], tłum. W. Witwicki, Kęty 2003 [ok. 380 r. p.n.e.].
- Pławski S., *Prawo karne w zarysie*, cz. 1, Warszawa 1965.

- Pocklington R., *Memes and the Cultural Viruses*, [w:] *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, ed. by N.J. Smelser, P.B. Bates, Amsterdam-Paris-New York-Oxford-Shannon-Singapore-Tokyo 2001.
- Pohl Ł., *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym [zagadnienia ogólne]*, Poznań 2013.
- Pohl Ł., *Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania*, RPEiS 2006, z. 1.
- Pohl Ł., *Podmiotowe znamiona czynu zabronionego w strukturze przestępstwa*, PiP 2006, z. 2
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015.
- Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007.
- Pohl Ł., *Uwagi na marginesie dialogu z prof. Wojciechem Patryasem*, RPEiS 2006, z. 4.
- Popper K., *Spółeczeństwo otwarte i jego wrogowie*. t. 1. *Urok Platona* [tyt. oryg. *The Open Society and Its Enemies*. Vol. I, *The Spell of Plato*], tłum. H. Krahelska, Warszawa 2006 [wyd. oryg. Routledge 1945].
- Popper K.R., *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, London-New York 2002.
- Popper K.R., *Wiedza obiektywna. Ewolucyjna teoria epistemologiczna*, [tyt. oryg. *Objective Knowledge*], tłum. A. Chmielewski, [wyd. oryg. Oxford 1972], Warszawa 1992.
- Popper K.R., *Wszechświat otwarty. Argument na rzecz indeterminizmu* [tyt. oryg. *The Open Universe: An Argument for Indeterminism*], tłum. A. Chmielewski, Kraków 1996 [wyd. oryg. London-New York 1982]
- Posner R., *The Economics of Justice*, London 1981.
- Pound R., *The Theory of Judicial Decision*, Cambridge [USA, Mass.], 1923.
- Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Warszawa 2011.
- Prawo karne. Część ogólna* [tyt. oryg. *Ugołownoje prawo. Obszczaja czast'*], red. A.A. Giercenzon, przekł. zbiorowy pod red. W. Świdy, Warszawa 1952 [wyd. oryg. Moskwa 1948].
- Prinz J., *The emotional basis of moral judgements*, „Philosophical Explorations” 2006, No. 1.
- Psychologia społeczna Blackwella* [tyt. oryg. *The Blackwell Encyclopedia of Social Psychology*], red. A. S. R. Manstead, M. Hewstone, wyd. pol. red. J. Czapliński, Warszawa 1996 [wyd. oryg. Oxford 1995].
- Pulka Z., *Status metodologiczny filozofii i teorii prawa*, [w:] *Teoria i filozofia prawa. Wybór tekstów*, red. W. Gromski, Wrocław 1998.
- Pulka Z., *Założenia metanaukowe koncepcji prawa H.L.A. Harta*, [w:] *Teoria i filozofia prawa. Wybór tekstów*, red. W. Gromski, Wrocław 1998
- Radbruch G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin 1904.

- Radbruch G., *Filozofia prawa* [tyt. oryg. *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*], tłum. E. Nowak, Warszawa 2009 [wyd. oryg. Heidelberg 2003].
- Radbruch G., *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo* [tyt. oryg. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, wyd. oryg. „*Süddeutsche Juristenzeitung*” 1946, H. 5, s. 105-108], [w:] G. Radbruch, *Filozofia prawa*, tłum. E. Nowak, Warszawa 2009.
- Radecki W., *Przestępstwa narażenia życia i zdrowia człowieka na niebezpieczeństwo w kodeksie karnym PRL z 1969 r.*, Warszawa–Wrocław 1977.
- Radin M., *War Crimes and the Justice at Nuremberg*, „*Foreign Affairs*” 1946, Vol. 24.
- Rapoport A., *Fight, Games and Debates*, Ann Arbor 1974.
- Rappaport E.St., *Media via kodeksu karnego polskiego*, Warszawa 1935.
- Rappaport E.St., *Polityka kryminalna w zarysie*, Łódź 1948.
- Rappaport E.St., *Przyszły kodeks karny Trzeciej Rzeszy Niemieckiej (wskazania podstawowe prawa karnego hitlerowskiego)*, Warszawa 1934.
- Raszeja S., *Ortotanazja i dystanazja jako problem prawny, medyczny i moralny*, „*Biuletyn Informacyjny Okręgowa Izba Lekarska w Gdańsku*”, lipiec 1999.
- Ratajczak A., *Zarys prawa karnego. Część ogólna. Zagadnienia wstępne i nauka o ustawie karnej*, Poznań 1971.
- Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994.
- Rejman G., *Teorie i formy winy w prawie karnym*, Warszawa 1980.
- Richerson P.J., Boyd R., *Culture and the Evolutionary Process*, Chicago 2005.
- Richerson P.J., Boyd R., *Not By Genes Alone. How Culture Transformed Human Evolution*, Chicago-London 2005.
- Robinson P.H., Kurzban R., Jones O.D., *The Origins of Shared Intuitions of Justice*, *Vanderbilt Law Review*, November 2007, Vol. 60, No. 6, s. 1639 (publikacja dostępna online pod adresem: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952726 [data dostępu: 15 września 2019 r.]).
- Rodzinkiewicz M., *Kilka uwag o relacyjnym ujęciu winy w prawie karnym*, *RPEiS* 2001, z. 4.
- Rodzinkiewicz M., *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998.
- Rodzinkiewicz M., *Pojęcie winy w prawie karnym – próba analizy krytycznej na tle ujęcia relacyjnego*, *RPEiS* 1992, z. 3.
- Rodzinkiewicz M., *Usiłowanie – aspekt aksjologiczny*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006.
- Ross A., *Directives and Norms*, London-New York 1968.
- Ross A., *The Raise and Fall of The Doctrine of Performatives*, [w:] *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, ed. by R.E. Olson, A.M. Paul, Baltimore-London 1972.
- Roxin C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York 1973.

- Roxin C., *Offene Tatabestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg 1959.
- Roxin C., *Problematyka obiektywnego przypisania*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim i niemieckim prawie karnym. Materiały Polsko-Niemieckiego Sympozjum Prawa Karnego*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990.
- Roxin C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 1992.
- Roxin C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006.
- Roxin C., *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStW 1962, Bd. 74.
- Roxin C., *Zur systematischen Einordnung des § 42 StGB. Festschrift für F. Paladin*, Wien 1990.
- Rubenstein J., *Jak wyglądały ostatnie chwile Stalina*, publikacja dostępna online pod adresem: <https://newsweek.pl/wiedza/historia/jozef-stalin-smierc-i-ostatnie-chwile-przywodcy-zrss/3fpw7rq> [data dostępu: 31 sierpnia 2021 r.].
- Rybczak J., *Funkcja ochronna prawa karnego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału praw człowieka*, [w:] *Prawa człowieka i ludzkie bezpieczeństwo. Osiągnięcia i wyzwania w 70. rocznicę ogłoszenia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, red. D. Bieńkowska, R. Kozłowski, Warszawa 2019.
- Rychlewska-Hotel A., *Zasada nullum crimen sine lege jako wymóg przewidywalności konsekwencji prawnokarnych*, Kraków 2019.
- Ryszka F., *Państwo stanu wyjątkowego. Rzecz o systemie państwa i prawa Trzeciej Rzeszy*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1964.
- Sadurski W., *Polski kryzys konstytucyjny* [tyt. oryg. *Poland's Constitutional Breakdown*], tłum. A.W. Wójcik, Łódź 2020 [wyd. oryg. Oxford 2019].
- Sadurski W., *Pandemia populistów* [tyt. oryg. *A pandemic of Populists*], tłum. A. Wójcik, Kraków 2024 [wyd. oryg. Cambridge 2024].
- Sahlins M.D., Service E.R., *Evolution and Culture*, Ann Arbor 1970.
- Salmonowicz S., *Cesare Beccaria na tle literatury humanitarnej XVIII wieku*, [w:] *Cesare Beccaria (1738-1794) – reformator prawa karnego i jego epoka*, red. S. Salmonowicz, Toruń 1995.
- Salmonowicz S., *Prawo karne oświeconego absolutyzmu. Z dziejów kodyfikacji karnych przełomu XVIII/XIX w.*, Toruń 1966.
- Salmonowicz S., *Wizerunek Kodeksu: Constitutio Criminalis Carolina*, „Rocznik Nauk Prawnych” 2003, t. 13, z. 1.
- Salmonowicz S., *Z wieku Oświecenia. Studia z dziejów prawa i polityki XVIII wieku*, Toruń 2001.
- Sanfey A.G., Rilling J.K., Aronson J.A., Nystrom L.E., Cohen J.D., *The Neural Basis of Economic Decision-Making in the Ultimatum Game*, „Science” 2003, Vol. 300.

- Sarkowicz R., *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym [na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.]*, Kraków 1989.
- Sauer W., *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie*, Berlin-Leipzig 1921.
- Sauer W., *Zur Grundlegung des Rechts und zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestands*, ZStW 1915, Bd. 36.
- Sawicki J., *Prawo norymberskie a polskie prawo karne*, PiP 1948, z. 3.
- Sawyer R.K., *Social Emergence. Societies as Complex Systems*, Cambridge 2009.
- Schaffstein F., *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*, ZStW 1960, Bd. 72.
- Schaller M., Murray D., *Pathogens, personality and culture: Disease prevalence predicts worldwide variability in sociosexuality, extraversion, and openness to experience*, "Journal of Personality and Social Psychology" 2008, Vol. 95.
- Schelling T.C., *Strategy of Conflict*, London-Cambridge [USA, Mass.], 1980.
- Schmidt R., *Die Aufgaben der Strafrechtspflege*, Leipzig 1895.
- Schrödinger E., *Czym jest życie? Fizyczne aspekty żywej komórki. Umysł i materia. Szkice autobiograficzne* [tyt. oryg. *What is life? The physical Aspect of the Living Cell with Mind and Mater and Autobiographical Sketches*], tłum. S. Amsterdamski, Warszawa 1998 [wyd. oryg. Cambridge 1944].
- Sczaniecki M., *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1994.
- Searle J.R., *Czynności mowy. Rozważania z filozofii języka* [tyt. oryg. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*], tłum. B. Chwedańczuk, Warszawa 1987 [wyd. oryg. Cambridge 1969].
- Searle J.R., *Jak wywieść „powinność” z „jest”, „Etyka”* 1978, t. 16.
- Searle J.R., *Rationality in Action*, London-Cambridge [USA, Mass.] 2001.
- Searle J.R., *Umysł na nowo odkryty* [tyt. oryg. *The Rediscovery of the Mind*], tłum. T. Baszniak, Warszawa 1999 [wyd. oryg. London-Cambridge, Mass. 1992].
- Searle J.R., *Umysł. Krótkie wprowadzenie* [tyt. oryg. *Mind: A Brief Introduction*], tłum. J. Karłowski, Poznań 2010 [wyd. oryg. Oxford 2004].
- Seidler G.L., *Z zagadnień filozofii prawa. Prawo i idee*, t. 1. Lublin 1984.
- Seidler G.L., *Z zagadnień filozofii prawa. Prawo i polityka*, t. 2, Lublin 1984.
- Service E.R., *Origins of the State and Civilization: The Process of Cultural Evolution*, New York 1975.
- Sienkiewicz Z., *Spoleczne niebezpieczeństwo czynu jako dyrektywa sądowego wymiaru kary (na tle teorii i praktyki sądowej)*, Wrocław 1977.
- Singer P., *O życiu i śmierci. Upadek etyki tradycyjnej* [tyt. oryg. *Rethinking Life and Death: The Collapse of our Traditional Ethics*], tłum. A. Alichniewicz, Warszawa 1997 [wyd. oryg. Melbourne 1994].

- Singer P., *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*, Princeton 2011.
- Singerland E., *What Science Offers the Humanities. Integrating Body and Culture*, Cambridge-New York 2008.
- Sjukijajnen L.R., Lichaczew W.A., *Muzułmańskie prawo karne i ustawodawstwo karne krajów Arabskiego Wschodu* [tyt. oryg. *Мусульманское право. Структура и основные институты*], [w:] *Prawo muzułmańskie. Struktura i podstawowe instytucje*, red. L.R. Sjukijajnen, tłum. K. Piasecki, Warszawa 1990 [wyd. oryg. Moskwa 1984].
- Smith A., *Teoria uczuć moralnych* [tyt. oryg. *The Theory of Moral Sentiments*], tłum. D. Petsch, Warszawa 1989 [wyd. oryg. Edinburgh 1759].
- Sojka-Zielińska K., *Historia prawa*, Warszawa 2009.
- Spotowski A., *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 20-21.
- Spotowski A., *Przestępstwa służbowe (nadużycie służbowe i łapownictwo w nowym kodeksie karnym)*, Warszawa 1972.
- Starr Ch., *A History of the Ancient World*, Oxford 1991.
- Stawrowski Z., *Państwo i prawo w filozofii Hegla*, Kraków 1994.
- Stawson P., *Freedom and resentment*, [w:] *The Philosophy of Free Will*, red. P. Russel, O. Deery, Oxford 1983.
- Steinmetz S.R., *Ethologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, Leipzig 1894.
- Stelmach J., *Intuicja prawnicza*, [w:] *Dziedzictwo prawne XX wieku. Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. A. Zoll, J. Stelmach, J. Halberda, Kraków 2001.
- Stelmach J., *Naturalistyczny i antynaturalistyczny model teorii prawa*, SP 1984, z. 3-4.
- Stelmach J., *Obowiązywanie prawa w sensie absolutnym i relatywnym*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998.
- Stelmach J., Brożek B., *Metody prawnicze*, Kraków 2006.
- Stelmach J., Brożek B., Soniewicka M., Załuski W., *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010.
- Stelmach J., Brożek B., Załuski W., *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007.
- Stomma S., *Fikcja winy*, PiP 1947, z. 10.
- Stomma S., *Wina i związek przyczynowy w rozwoju prawa karnego*, Wilno 1938.
- Strawson P.F., *Analiza i metafizyka. Wstęp do filozofii* [tyt. oryg. *Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy*], tłum. A. Grobler, Kraków 1994 [wyd. oryg. Oxford 1992].
- Strzembosch A., *Klauzule generalne w projekcie kodeksu karnego (redakcja z grudnia 1991 r.)*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora M. Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993.
- Studnicki F., *Działanie przepisu prawa. Model teoretyczny*, „Studia Socjologiczne” 1962, z. 2.
- Studnicki F., *Wzór zachowania się, wzór postępowania i norma*, ZNUJ, „Prace Prawnicze” 1961, z. 8.

- Styśko M., *Atrybucja winy. O roli stereotypów i odniesienia zdarzenia do Ja*, Warszawa 2007.
- Suchodolski B., *Wstęp do przekładu*, [w:] *Szkic obrazu postępu ducha ludzkiego poprzez dzieje* [tyt. oryg. *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*], A.N. Condorcet, tłum. B. Suchodolski, Kraków 1957 [wyd. oryg. s.l. 1795].
- Sygit B., *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007.
- Sylwestrzak A., *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1999.
- Sylwestrzak A., *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 2006.
- System prawa karnego*, t. 4, cz. 1, *O przestępstwach w szczególności*, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, Wrocław 1985.
- System prawa karnego*, t. 1, *Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010.
- System prawa karnego*, t. 2, *Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011.
- System prawa karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017.
- Szczepaniec M., *Teoria ekonomiczna w prawie karnym*, Warszawa 2012.
- Szczucki K., *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015.
- Szerer M., *Kara. Szkic socjologiczny*, Kraków 1910.
- Szerer M., *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964.
- Sztompka P., *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2004.
- Ślipko Ł., *Zarys etyki ogólnej*, Kraków 2004.
- Śliwiński S., *Kodeks Karzący Królestwa Polskiego [1818 r.]. Historia jego powstania i próba krytycznej analizy*, Warszawa 1958.
- Śliwiński S., *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Uzupełnienie*, Warszawa 1949.
- Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946.
- Śliwowski J., *Prawo karne*, Warszawa 1975.
- Śmiałowski J., Lang W., Delorme A., *Z zagadnień nauki o normie prawnej*, Warszawa 1961.
- Śmiałowski J., *Zagadnienie przymusu w prawie a struktura normy prawnej*, ZNUJ, „Prace Prawnicze” 1961, z. 8.
- Świda W., *Prawo karne, Uwagi o przyczynowości zaniechania*, PiP 1957, z. 11.
- Świda W., *Prawo karne*, Warszawa 1982.
- Święcicka P., *Proces Jezusa w świetle prawa rzymskiego. Studium prawnohistoryczne*, Warszawa 2012.
- Świrydowicz K., Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *O nieporozumieniach dotyczących tzw. „norm zezwalających”*, PiP 1975, z. 7.
- Tabasz K., *Etyka ewolucji, ewolucja etyki. Czy drobne różnice w wizji ewolucji człowieka mogą skrywać przepaść w stanowiskach metaetycznych i metafizycznych*, „Folia Philosophica” 2018, Vol. 40.

- Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016.
- Tarski A., *Pojęcie prawdy w językach nauk dedukcyjnych*, Warszawa 1933 [przedr. A. Tarski, *Pisma logiczno-filozoficzne*. t. 1. *Prawda*, Warszawa 1995].
- Tatarkiewicz W., *Historia filozofii*, t. 3, Warszawa 1958.
- Tattersall I., *Becoming Human, Evolution and Human Uniqueness*, New York-London-San Diego 1998.
- Taylor E.B., *Cywilizacja pierwotna. Badania rozwoju mitologii, filozofii, wiary, mowy, sztuki i zwyczajów* [tyt. oryg. *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*], tłum. Z.A. Kowerska, Warszawa 1896 [wyd. oryg. London 1871].
- Thomson W., *Lectures on Molecular Dynamics and Wave Theory*, Baltimore 1884
- Tobor Z., *Iluzja wykładni językowej*, [w:] *Konstytucyjne uwarunkowania tworzenia i stosowania prawa finansowego i podatkowego*, red. P. Lewkowicz, J. Stankiewicz, Białystok 2010.
- Tokarczyk R., *Komparatystyka prawnicza*, Warszawa 2008.
- Tomaszewski T., *Wstęp do psychologii*, Warszawa 1963.
- Trajnin A., *Obszczęje uczenie o sostawie prestuplenija*, Moskwa 1957.
- Trivers R.L., *Mutual Benefits at All Levels of Life*, „Science” 2004, Vol. 304.
- Trivers R.L., *Social Evolution*, Menlo Park 1985.
- Trivers R.L., *The Evolution of Reciprocal Altruism*, „Quarterly Review of Biology” 1971, Vol. 46, No. 1.
- Tukidydes, *Wojna peloponeska* [tyt. oryg. *Ιστορία*], tłum. K. Kumaniecki, Warszawa 1988.
- Tuleja P., *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003.
- Tversky A., Kahneman D., *On the Reality of Cognitive Illusions*, „Psychological Review” 1996, Vol. 103, No. 3.
- Twardowski K., *O czynnościach i wytworach. Kilka uwag z pogranicza psychologii, gramatyki i logiki*, [w:] *Księga pamiątkowa ku uczczeniu 250-tej rocznicy założenia Uniwersytetu Lwowskiego przez króla Jana Kazimierza*, t. 2, Lwów 1912 [przedr. K. Twardowski, *Wybrane pisma filozoficzne*, Warszawa 1965].
- Tyszkiewicz L., *Doktryny i ruch „obrony społecznej” we współczesnym prawie karnym*, Poznań 1969.
- Uruszczak W., *Historia państwa i prawa polskiego. Tom I (966-1795)*, Warszawa 2013.
- Uruszczak W., *Podmiotowa strona przestępstwa w dekrete Gracjana (1140). Przyczynek do genezy zasady nullum crimen sine culpa*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012.

- Utrat-Milecki J., *Wprowadzenie. Kara i polityka kryminalna jako elementy osobliwego świata społecznego*, [w:] *Z dziejów afektu penalnego*, red. J. Utrat-Milecki, Warszawa 2014.
- Uzasadnienie rządowe do projektu zmiany kodeksu postępowania karnego*, DPP 1949, z. 6-7.
- van Lawick-Goodal J., *W cieniu człowieka* [tyt. oryg. *In the Shadow of Man*], tłum. B. Bujalska-Grüm i L. Grüm, Warszawa 1974 [wyd. oryg. London-Boston 1971].
- Vinogradoff P., *Outlines of Historical Jurisprudence*, Vol. 1, London-Edinburgh-Glasgow-New York-Toronto-Melbourne-Capetown-Bombay 1920.
- Wade N., *The Faith Instinct: How Religion Evolved and Why It Endures*, New York 2009.
- Waltoś S., Hofamański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018.
- Warylewski J., *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*, Gdańsk 2007.
- Waszczyński J., *Wina a prewencyjny aspekt kary*, [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, red. Z. Ćwiąkalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll, Kraków 1994.
- Wąsek A., *Czyn niemoralny – czyn społecznie niebezpieczny – czyn przestępny*, SI 1988, t. 16.
- Wąsek A., *Ewolucja prawnokarnego pojęcia winy w powojennej Polsce*, PPK 1990, z. 4.
- Wąsek A., *Wprowadzenie do belgijskiego prawa karnego*, Lublin 1994.
- Weigend E., *O okolicznościach wyłączających odpowiedzialność karną w prawie RFN*, PiP 1990, z. 10.
- Weiner B., *Emocje moralne, sprawiedliwość i motywacje społeczne* [tyt. oryg. *Social Motivation, Justice and The Moral Emotions*], tłum. Z. Mijakowska, Sopot 2012 [wyd. oryg. New Jersey 2006].
- Wells P.A., *Kin recognition in humans*, [w:] *Kin Recognition in Animals*, ed. by D.J.C. Fletcher, C.D. Michener, New York 1987.
- Welzel H., *Anmerkung zu BGHSt 3, 248*, „Juristenzeitung” 1953.
- Welzel H., *Anmerkung zum Beschluß des Großen Senats des BGH vom 18.03.1952*, „Juristenzeitung” 1952.
- Welzel H., *Das deutsche Strafrecht in seinen Grünzugen*, Berlin 1947.
- Welzel H., *Das deutsche Strafrecht. Ein systematische Darstellung*, Berlin 1969.
- Welzel H., *Das deutsche Strafrecht. Ein systematische Darstellung*, Berlin 1949.
- Welzel H., *Das deutsche Strafrecht. Ein systematische Darstellung*, Berlin 1958.
- Welzel H., *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen 1952.
- Welzel H., *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 1939, Bd. 58.
- White L., *Energy and the Evolution of Culture*, „American Anthropologist” 1943, Vol. 45 No. 3.
- Wiak K., *Juliusz Makarewicz o prawie karnym i prawach obywatela*, [w:] *Karnopolityczne koncepcje profesora Juliusza Makarewicza – wczoraj i dziś [w 50. Rocznicę śmierci]*, red. I. Nowikowski, P. Strzelec, Lublin 2006.

- Widacki J., *Przestępczość i wymiar sprawiedliwości karnej w Japonii. Zarys problematyki*, Lublin 1990.
- Wielka Encyklopedia PWN, t. 9, red. J. Wojnowski, Warszawa 2002.
- Wielka Encyklopedia PWN, t. 12, red. J. Wojnowski, Warszawa 2002.
- Wielka Encyklopedia PWN, t. 18, red. J. Wojnowski, Warszawa 2003.
- Wielka Encyklopedia PWN, t. 22, red. J. Wojnowski, Warszawa 2004.
- Wielka Encyklopedia PWN, t. 23, red. J. Wojnowski, Warszawa 2004.
- Wilk L., *Z problematyki wykładni prawa karnego*, SP 2009, z. 4.
- Wilson E.O., *Konsiliencja. Jedność wiedzy* [tyt. oryg. *Consilience. The Unity of Knowledge*], tłum. J. Mikos, Warszawa 2011 [wyd. oryg. New York 1998].
- Wilson E.O., *O naturze ludzkiej* [tyt. oryg. *On Human Nature*], tłum. B. Szacka, Warszawa 1988 [wyd. oryg. Cambridge 1978].
- Winczorek P., *Wstęp do nauki o państwie*, Warszawa 1998.
- Winkielman P., *Psychologia społeczna a neuronauki: dominacja, separacja czy satysfakcjonujący związek?*, „Psychologia Społeczna” 2008, t. 3.
- Witort J., *Zarysy prawa pierwotnego*, Warszawa 1899.
- Woleński J., *Epistemologia: poznanie, prawda, wiedza, realizm*, Warszawa 2005.
- Woleński J., *Logiczne problemy wykładni prawa*, Kraków 1972.
- Woleński J., *Naturalizm w teorii prawa*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010.
- Wolf E., *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, Breslau 1931.
- Wolter W., *Czy uchylić zakaz analogii w prawie karnym*, CzPiE 1936, t. 30.
- Wolter W., *Czynnik psychiczny w istocie przestępstwa*, Warszawa 1924.
- Wolter W., *Dziesiąty rok obowiązywania przepisów artykułu 10 kodeksu karnego*, PiP 1979, z. 5.
- Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965.
- Wolter W., *Granice i zakres prawa karania*, PiP 1957, z. 2.
- Wolter W., *Klauzule normatywne w przepisach karnych*, KSP 1969, z. 3-4.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973.
- Wolter W., *Nieświadomość społecznego niebezpieczeństwa a przestępstwo nieumyślne*, NP 1955, z. 1.
- Wolter W., *Nieświadomość społecznego niebezpieczeństwa czynu a przestępstwo nieumyślne*, NP 1955, z. 1.
- Wolter W., *O czynie jako działaniu lub zaniechaniu przestępnym*, PiP 1956, z. 5-6.
- Wolter W., *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, PiP 1963, z. 10.
- Wolter W., *O stopniowaniu społecznego niebezpieczeństwa czynu karalnego*, KSP 1970.
- Wolter W., *O tzw. przyczynowości zaniechania*, PiP 1954, z. 10-11.

- Wolter W., *Odpowiedzialność karna osób pełniących funkcje publiczne*, PiP 1969, z. 6.
- Wolter W., *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947.
- Wolter W., *Przestępne przeszkodzenie*, Kraków 1939 [przedr. CzPiE 1939, t. 32].
- Wolter W., *Studia z zakresu prawa karnego. Problematyka zamiaru ewentualnego. Błąd w prawie karnym w ujęciu systematycznym*, Kraków 1947.
- Wolter W., *Uwagi o znamionach ilościowej oceny w przepisach prawa karnego*, PiP 1976, z. 6.
- Wolter W., *W obronie metody*, PiP 1975, z. 8-9.
- Wolter W., *W sprawie społecznego niebezpieczeństwa i bezprawności*, NP 1956, z. 2.
- Wolter W., *Z problematyki struktury przepisów karnych*, PiP 1978, z. 11.
- Wolter W., *Z rozważań nad winą nieumyślną*, PiP 1962, z. 5-6.
- Wolter W., *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. 1, Kraków 1933.
- Wolter W., *Zasada nullum crimen sine lege przed Trybunałem Haskim*, PPiA 1936, t. 61.
- Wolter W., *Zasady odpowiedzialności karnej (na tle projektu kodeksu karnego PRL z 1968 r.)*, PiP 1968, z. 4-5.
- Wolter W., Buchała K., Dąbrowski M., *Wina w prawie karnym*, Kraków 1954.
- Wołodkiewicz W., *Prawo karne i postępowanie w sprawach karnych*, [w:] *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, red. W. Wołodkiewicz, Warszawa 1986
- Wrangham R., Peterson D., *Demoniczne samce. Małpy człekokształtne i źródła ludzkiej przemocy* [tyt. oryg. *Demonic Males. Apes and the Origins of Human Violence*], tłum. M. Auriga, Warszawa 1999 [wyd. oryg. New York 1996].
- Wright G.H. v., *Norm and Action*, London 1963.
- Wright Q., *The Law of the Nuremberg Trial*, „The American Journal of International Law” 1947, Vol. 41.
- Wright R., *Moralne zwierzę. Dlaczego jesteśmy tacy, a nie inni: psychologia ewolucyjna a życie codzienne* [tyt. oryg. *The Moral Animal. Evolutionary Psychology and Everyday Life*], tłum. H. Jankowska, Warszawa 2004 [wyd. oryg. New York 1994].
- Wright R., *Nonzero. Logika ludzkiego przeznaczenia* [tyt. oryg. *Nonzero: The Logic of Human Destiny*], tłum. Z. Łomnicka, Warszawa 2000 [wyd. oryg. New York 2000].
- Wróbel W., *O domniemaniach w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ” 2006, z. 96.
- Wróbel W., *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70-tych urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009.
- Wróbel W., *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, PPK 1993, t. 8.
- Wróbel W., *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, RPEiS 1993, z. 3.

- Wróbel W., *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006.
- Wróbel W., *Zmiana normatywna i zasada intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003.
- Wróbel W., *Znaczenie zgody następczej oraz rezygnacji przez dysponenta dóbr prawnych z ochrony prawnokarnej w perspektywie zasady „ultima ratio” prawa karnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012.
- Wróbel W., *Znamiona normy sankcjonowanej i sankcjonującej w przepisie prawa karnego*, Kraków 1992.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014.
- Wróblewski B., *Język prawny i prawniczy*, Kraków 1948.
- Wróblewski B., *Penologia. Socjologia kar*, t. 1, Wilno 1926.
- Wróblewski B., *Studia z dziedziny prawa i etyki*, Warszawa 1934.
- Wróblewski B., *Wstęp do polityki kryminalnej*, Wilno 1922
- Wróblewski J., *Filozoficzne oraz metodologiczne zagadnienia teorii państwa i prawa*, [w:] *Teoria państwa i prawa*, W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, Warszawa 1980.
- Wróblewski J., *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990 [przedr. J. Wróblewski, *Pisma wybrane*, Warszawa 2015].
- Wróblewski J., *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1990.
- Wróblewski J., *Właściwości, rola i zadania dyrektyw interpretacyjnych*, RPEiS 1961, z. 4.
- Wróblewski J., *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989.
- Wusatowski Z., *Kodeks karny, Prawo o wykroczeniach, Przepisy wprowadzające kodeks karny i prawo o wykroczeniach z objaśnieniami oraz materiałami Komisji Kodyfikacyjnej Rz. P.*, Kraków s.a.
- Zahavi Am., *Mate selection. A selection for a handicap*, „Journal of Theoretical Biology” 1975, Vol. 53, No. 1.
- Zahavi Am., Zahavi Av., *The Handicap Principle: A Missing Piece of Darwin's Puzzle*, New York 1999.
- Zakrzewski P., *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2016.
- Zalaśkiewicz T., *Psychologia ekonomiczna*, Warszawa 2011.
- Załoski W., *Ewolucyjna filozofia prawa*, Warszawa 2009.
- Zapis dyskusji nt. „Charakter prawny kontratypu” z dnia 9 lutego 2009 r. oraz 20 marca 2009 r. na zebraniu naukowym Katedry Prawa Karnego UJ*, opr. W. Zontek, CzPKiNP 2010, z. 2

- Zawłocki R., *O metodzie interpretacji przepisów prawa karnego*, RPEiS 2004, z. 4.
- Zawłocki R., *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007.
- Zieliński M., *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2010.
- Ziemba Z., *Analityczna teoria obowiązku. Studium z logiki deontycznej*, Warszawa 1983.
- Ziemiński Z., Daszkiewicz K., Sołtysiński S., *Trójgłos o prawnym pojęciu czynu*, SP 1971, z. 29.
- Ziemiński Z., *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966.
- Ziemiński Z., *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974.
- Ziemiński Z., *Problemy logiczne definiowania prawa*, RPEiS 1961, z. 2.
- Ziemiński Z., *Przepis prawny a norma prawna*, RPEiS 1960, z. 1.
- Zirk-Sadowski M., *Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001.
- Zirk-Sadowski M., *Problem nowości normatywnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1979, t. 22.
- Zirk-Sadowski M., *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Warszawa 2011.
- Zmierzak M., *Ideologie totalitarne: faszyzm i narodowy socjalizm*, [w:] *Totalitaryzm a zachodnia tradycja*, red. M. Kuniński, Kraków 2006.
- Zmierzak M., *Koncepcja państwa prawnego jako ograniczenie władzy narodu*, [w:] *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2006.
- Zmierzak M., *Kształtowanie się koncepcji państwa prawnego (na przykładzie niemieckiej myśli polityczno-prawnej)*, [w:] *Polskie dyskusje o państwie prawa*, red. S. Wronkowska, Warszawa 1995.
- Zmierzak M., *Totalitaryzm czy totalitaryzmy? Kłopoty z definiowaniem pojęcia*, [w:] *Totalitaryzm. Wybrane problemy teorii i praktyki*, red. T. Wallas, Poznań 2003.
- Znamierowski Cz., *Oceny i normy*, Warszawa 1957.
- Znamierowski Cz., *Psychologiczna teoria prawa*, „Przegląd Filozoficzny” 1922, z. 1.
- Znamierowski Cz., *Rozważania wstępne do nauki o moralności i prawie*, Warszawa 1964.
- Znamierowski Cz., *Szkola prawa. Rozważania o państwie*, Warszawa 1988.
- Znamierowski Cz., *Wina i odpowiedzialność*, Warszawa 1957.
- Znamierowski Cz., *Z rozmyślań teoretyka prawa*, RPEiS 1929, z. 2.
- Zoll A., *„Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005.
- Zoll A., *Aksjologiczne podstawy prawa karnego*, [w:] *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa. Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej w Katowicach*, red. B. Czech, Katowice 1992.

- Zoll A., *Die Gesellschaftsgefährlichkeit. Der Tat als Element des Verbrechensaufbaus*, "The Review of Comparative Law" 1988, Vol. 2.
- Zoll A., *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim, prawie karnym. Materiały Polsko-Niemieckiego Sympozjum Prawa Karnego*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990.
- Zoll A., *Kwalifikacja prawna czynu i wina niepoczytalnego sprawcy*, [w:] *Okoliczności wyłączające winę: materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2010.
- Zoll A., *Materialne określenie przestępstwa*, Prok. i Pr. 1997, z. 2.
- Zoll A., *Materialnoprawna problematyka warunkowego umorzenia postępowania karnego*, ZNUJ, „Prace Prawnicze” 1973, z. 62.
- Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, KSP 1990.
- Zoll A., *O wartościowaniu czynu w prawie karnym. Uwagi na marginesie artykułu prof. I. Andrejewa o pojęciu winy*, PiP 1983, z. 4.
- Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1982.
- Zoll A., *Polecenie służbowe jako element kształtujący odpowiedzialność karną*, Pal. 1986, z. 4.
- Zoll A., *Stosunek kontraktów do ustawowej określoności czynu*, PiP 1975, z. 4.
- Zoll A., *Strona podmiotowa i wina w Kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji*, [w:] *Prawo – społeczeństwo – jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003.
- Zoll A., *Uwagi o charakterze prawnym stanu wyższej konieczności*, SI 1994, t. 21.
- Zoll A., *Założenia polityki karnej w projekcie kodeksu karnego*, PiP 1994, z. 5.
- Zoll A., *Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego*, RPEiS 2006, z. 2.
- Żelazny M., *O historiozofii Kanta – z umiarem*, [w:] *Przypuszczalny początek ludzkiej historii i inne pisma historiozoficzne*, I. Kant, Toruń 1995.
- Żółtek S., *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2017.

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

- uchwała z 7 marca 1995 r., W 9/94, OTK 1995, z. 1, poz. 20.
- wyrok z 13 kwietnia 1999 r., K 36/98, OTK 1999, z. 3, poz. 40.
- wyrok z 6 lipca 1999 r., P 2/99, OTK 1999, z. 5, poz. 103.
- wyrok z 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK 2000, z. 1, poz. 3.
- wyrok z 12 czerwca 2002 r. P 13/01, OTK-A 2002, z. 4, poz. 42.
- postanowienie z 27 kwietnia 2004 r., P 16/03, OTK-A 2004, z. 4, poz. 36.
- wyrok z 5 maja 2004 r., P 2/03, OTK-A 2004, z. 5, poz. 39.

wyrok z 12 września 2005 r., SK 13/05, OTK-A 2005, z. 8, poz. 91.
wyrok z 10 kwietnia 2006 r., SK 30/04, OTK-A 2006, z. 4, poz. 42.
wyrok z 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK-A 2006, z. 1, poz. 2.
wyrok z 11 maja 2007 r., K 2/07, OTK-A 2007, z. 5, poz. 48.
wyrok z 9 lipca 2009 r., SK 48/05, OTK-A 2009, z. 7, poz. 108.
postanowienie z 21 października 2009 r., P 31/07, OTK-A 2009, z. 9, poz. 144.
wyrok z 9 czerwca 2010 r., SK 52/08, OTK-A 2010, z. 5, poz. 50.
wyrok z 14 lutego 2012 r., P 20/10, OTK-A 2012, z. 2, poz. 15.
wyrok z 9 października 2012 r., P 27/11, OTK-A 2012, z. 8, poz. 104.
postanowienie z 22 maja 2013 r., P 37/12, OTK-A 2013, z. 4, poz. 53.
wyrok z 17 lipca 2014 r., SK 35/12, OTK-A 2014, z. 7, poz. 74.
wyrok z 17 lutego 2015 r., K 15/13, OTK-A 2015, z. 2, poz. 16.
wyrok z 9 czerwca 2015, SK 47/13, OTK-A 2015, z. 6, poz. 81.
wyrok z 18 października 2017 r., K 27/15, OTK-A 2017, poz. 74.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego

wyrok z 25 marca 1938, III K 2547/37, OSN[K] 1938, z. 10, poz. 250.
wyrok z 5 lipca 1938 r., I K 1895/37, OSN[K] 1939, z. 4, poz. 81.
wyrok z 27 listopada 1956 r., II K 516/56, OSN 1957, z. 4, poz. 39.
wyrok z 8 listopada 1973 r., I KR 116/72, OSN KW 1974, z. 2, poz. 26).
uchwała z 28 lutego 1975 r. ustalająca wytyczne wymiaru sprawiedliwości wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawach o przestępstwa drogowe, V KZP 2/74, OSN KW 1974, z. 3-4, poz. 330.
wyrok z 12 listopada 1981 r., II KR 289/81, OSNPG 1982, nr 6, poz. 80.
wyrok z 27 lutego 1991 r., II KRN 69/91, OSN KW 1991, z. 4-6, poz. 21.
wyrok z 12 maja 1992 r. , II KRN 39/92, OSN KW 1992, z. 9-10, poz. 61.
wyrok z 3 kwietnia 2003 r., III KRN 2/03, niepubl.
wyrok z 9 września 2004 r., V K 144/04, LEX nr 137749.
uchwała z 21 marca 2007 r., I KZP 39/06, OSN KW 2007, z. 4, poz. 30.
uchwała z 30 czerwca 2008 r., I KZP 10/08, OSN KW 2008, z. 7, poz. 53.
wyrok z 12 sierpnia 2008 r., V KK 76/08, LEX nr 449041.
wyrok z 8 kwietnia 2009 r., IV KK 407/08, LEX nr 503265
wyrok z 4 października 2011 r., III KK 28/11, OSN KW 2011, z. 11, poz. 101.
postanowienie z 15 października 2014 r., IV KK 190/14, LEX nr 1545107.
uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 23 stycznia 2020 r., BSA I-4110-1/20, OSNC 2020, z. 4, poz. 34.

Orzecznictwo sądów apelacyjnych

wyrok SA w Katowicach z 23 stycznia 1997 r., II Aka 283/96, Prok. i Pr.-wkł. 1998, z. 5, poz. 19.

wyrok SA w Krakowie z 14 grudnia 2000 r., II AKa 214/00, KZS 2000, z. 12, poz. 24.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

wyrok z 26 kwietnia 1979 r. w sprawie *The Sunday Times vs. The United Kingdom*, skarga nr 6538/74.

wyrok z 24 kwietnia 1990 r. w sprawie *Kruslin vs. France*, skarga nr 11801/85.

wyrok z 25 marca 1998 r. w sprawie *Kopp vs. Switzerland*, skarga nr 232294/94.

wyrok z 22 marca 2001 r. w sprawach połączonych *Streletz, Kessler and Krenz vs. Germany*, skarga nr 34044/96, 35532/97 i 44801/98.

wyrok z 24 maja 2007 r. w sprawie *Dragotoni i Militaru-Pidhorni przeciwko Rumunii*, skarga nr 77193/01 i 77196/01.

wyrok z 6 listopada 2008 r. w sprawie *Leela Förderkreis E.V. and Others vs. Germany*, skarga nr 58911/00.