

GNIEWOMIR WYCICHOWSKI-KUCHTA

Uniwersytet Warszawski

DEKRYMINALIZACJA POSIADANIA I UŻYWANIA
NARKOTYKÓW WEDŁUG DOUGLASA HUSAKA.
PERSPEKTYWA POLSKA

I. WSTĘP

Problem kryminalizacji posiadania i zażywania narkotyków jest wciąż aktualnym i wzbudzającym skrajne emocje przedmiotem debaty publicznej po obu stronach Atlantyku. Bódcem stymulującym dyskusje są kolejne tragiczne śmierci młodych ludzi¹, wybory do krajowych legislatur², czy też same sposoby prowadzenia polityki narkotykowej³. W Stanach Zjednoczonych, mimo fali dekryminalizacji rekreacyjnego i medycznego użycia marihuany przez liczne stany⁴, administracja Donalda Trumpa zapowiada ograniczenie tej polityki (w zakresie użytku

¹ Por. <http://www.mirror.co.uk/news/uk-news/teenage-girl-who-died-londons-9840503>, dostęp 22 lutego 2017 r.

² Por. <http://forsal.pl/artykuly/1021758,spor-o-trawke-w-cieniu-walki-o-wladze-w-holandii.html>, dostęp 22 lutego 2017 r.

³ Por. <https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2017/jan/05/rodrigo-dutertes-drug-war-in-the-philippines-is-out-of-control-he-needs-to-be-stopped>, dostęp 22 lutego 2017 r.

⁴ Por. <http://www.governing.com/gov-data/state-marijuana-laws-map-medical-recreational.html>, dostęp 22 lutego 2017 r.

rekreacyjnego) przez służby federalne⁵. W Polsce temat potencjalnej legalizacji marihuany medycznej powrócił przy okazji śmierci byłego posła Tomasza Kality lobbującego (w związku ze swoją chorobą) za tym rozwiązaniem. Po początkowym odrzuceniu projektu⁶ ustawa o medycznej marihuanie⁷ została uchwalona przytłaczającą większością głosów. Dyskurs dotyczący dekryminalizacji narkotyków prowadzony przez media, polityków i innych aktorów życia społecznego budzi, jak widać, powszechne zainteresowanie, jednakże z perspektywy prawniczej jest w nim niewiele treści. Broniąc bądź atakując daną politykę narkotykową, jedynym argumentem „za” lub „przeciw” jest potencjonalna skuteczność danej regulacji. Według amerykańskiego filozofa prawa, Douglasa Husaka, to podejście jest zasadniczo niepełne, ponieważ brakuje w nim fundamentalnego pytania, na które zwolennik i przeciwnik każdego rozwiązania prawnego musi odpowiedzieć – czy jest ono sprawiedliwe?⁸ Autor *Overcriminalization* tym samym zwraca uwagę, że pytanie o nasz stosunek do narkotyków jest pytaniem o stosunek do kryminalizacji i moralnych granic prawa karnego w ogóle. Nie można satysfakcjonująco wyjaśnić zasadności karania za posiadanie i używanie narkotyków, jeśli nie wiemy, jakie są kryteria decydowania o tym, co powinno być zakazane. W niniejszym szkicu omówiona zostanie „skromna teoria kryminalizacji”⁹ amerykańskiego profesora Douglasa

⁵ Por. <http://edition.cnn.com/2017/02/23/politics/white-house-marijuana-donald-trump-pot/>, dostęp 22 lutego 2017 r.

⁶ Por. <http://www.rp.pl/Sluzba-zdrowia/302239855-Ustawa-o-leczniczej-marihuanie-trafila-do-kosza.html#p-2>, dostęp 22 lutego 2017 r.

⁷ Por. <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=812>, dostęp 20 lipca 2017 r.

⁸ D. HUSAK, P. de MARNFFE, *The Legalization of Drugs*, New York 2011, s. 26-27.

⁹ Używam sformułowania „skromna teoria kryminalizacji” ze względu na jej cel – ogranicza się ona do odnalezienia ograniczeń dotyczących kryminalizacji w samym prawie karnym, bez używania argumentów z dziedzin etyki czy filozofii polityki. Choć sam autor nigdy bezpośrednio nie nazywa swojej propozycji „skromną teorią kryminalizacji”, wielokrotnie używa sformułowania „skromny” (*Modest*) do określenia swoich celów; por. D. HUSAK, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford 2009, s. 50, 82, 94, 119. W toku wywodu używam jej zamiennie z określeniem „teoria wewnętrznych ograniczeń prawa karnego”.

Husaka oraz jej konkretyzacje w kontekście kryminalizacji posiadania i używania narkotyków. Pomimo tego, że powstała ona na gruncie anglosaskiego systemu prawnego, uważam, iż wielce pożyteczne jest skonfrontowanie jej z polskim prawem i dokonaniem rodzimej nauki. Dlatego też druga część artykułu poświęcona jest wykazaniu, że rozwiązania zawarte w skromnej teorii kryminalizacji są komplementarne wobec polskiej teorii kryminalizacji.

II. ZARYS SKROMNEJ TEORII KRYMINALIZACJI

Punktem wyjścia skromnej teorii kryminalizacji jest rozpoznanie prawa karnego jako wyjątkowego na tle innych gałęzi prawa. Prawo karne jest specyficzne, ponieważ zmusza sprawcę czynu zabronionego do poddania się karze wymierzonej przez państwo (*state punishment*). Ta reakcja karnoprawna¹⁰ ma swoje *differentia specifica*, które odróżniają je od kary administracyjnej czy też odpowiedzialności cywilnej. Są nimi: surowe traktowanie (*hard treatment*)¹¹ i potępienie (*censure, stigma*). Jak stwierdza sam autor, jego głównym zadaniem jest stworzenie takiej teorii kryminalizacji, na gruncie której reakcja karnoprawna charakteryzująca się surowym traktowaniem i potępieniem jest usprawiedliwiona¹². Husak, odwołując się do Herberta L. Harta, określa surowe traktowanie jako ból lub inne konsekwencje w normalnych okolicznościach uznane jako niepożądane i nieprzyjemne (*unpleasant*)¹³. Odróżnić należy reakcję

¹⁰ Kara wymierzana przez państwo na gruncie polskiego systemu prawnego nie ma konotacji wyłącznie karnoprawnych, ale także administracyjne lub administracyjno-karne. Dla zachowania precyzji i uniknięcia niejasności będę posługiwać się sformułowaniem „reakcja karnoprawna” lub „sankcja karnoprawna”.

¹¹ Dziękuję za pomoc w przełożeniu tego terminu doktorowi Krzysztofowi Szcuckiemu.

¹² „Borderline cases notwithstanding, my central project is to defend a theory of criminalization that would justify punishment as I have characterized it. A theory of criminalization must ensure that persons who commit offenses deserve both the hard treatment and the censure that is deliberately imposed by the state”, D. HUSAK, *Reservations about overcriminalization*, «New Criminal Law Review» 14.1/2011, s. 102.

¹³ D. HUSAK, *Overcriminalization...*, s. 92-93.

karnoprawną od innych „niepożądanych” i „nieprzyjemnych” działań państwa, jak na przykład podatki. Służy temu druga cecha reakcji karnoprawnej, jaką jest potępienie. Żadne z państwowych działań nie może być zakwalifikowane jako karnoprawne, o ile nie zostało stworzone, by stygmatyzować i traktować surowo. Celowość surowego traktowania i stygmatyzacji jest immanentnie wpisana w reakcję karnoprawną. Odróżnia ją to od innych sankcji, które mają cechy *hard treatment* i potępienia niejako dodatkowo, a nie z samej swej natury, jak na przykład przymusowe leczenie i odosobnienie ludzi niezrównoważonych psychicznie. Mimo że środek ten na pewno zawiera pierwiastek surowego traktowania, jak i powoduje stygmatyzację społeczną, to jego celem nie jest potępienie chorego, więc nie można uznać go za sankcję karnoprawną.

Autor *Drugs and rights* stwierdza, że z cech tych wynika paląca potrzeba skromnej teorii kryminalizacji¹⁴, a więc takiej, która odnajdując swoje wewnętrzne ograniczenia w samym prawie karnym, ograniczy problem nadmiaru kryminalizacji. Państwo, używając reakcji karnoprawnej, nakłada na sprawcę czynu zabronionego *hard treatment* i publicznie stygmatyzuje go jako przestępcę, stosuje tym samym „najpotężniejszą broń, jaką państwo ma w swoim arsenale”¹⁵. Taka reakcja w normalnych, nieuzasadniających zastosowanie sankcji karnoprawnej okolicznościach byłaby rażącym naruszeniem naszych praw (Husak, będąc silnie osadzony w kulturze anglosaskiej, powołuje się na „proste utilitarne powody”¹⁶, ze względu na które takie zachowanie państw jest niemożliwe do zaakceptowania, kontynentalni komentatorzy

¹⁴ D. HUSAK, *Reservations...*, s. 104; IDEM, *Overcriminalization...*, s. 91.

¹⁵ „The criminal sanction is the most powerful weapon in the state arsenal” (tłumaczenie własne), D. HUSAK, *Overcriminalization...*, s. 95.

¹⁶ „Ordinary utilitarian reasons”, IDEM, *Reservations...*, s. 102. Zwykle utilitarne powody to przede wszystkim zasada prymatu wolności wyrażająca się w subsydiarności prawa karnego i zasadzie krzywdy. Najlepiej wyrażają je JOHN STUART MILL (*Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959, s. 129) w słowach: „jedynym celem ograniczania przez ludzkość, indywidualnie lub zbiorowo, swobody działania jakiegokolwiek człowieka jest samoobrona, że jedynym celem, dla osiągnięcia którego ma się prawo sprawować władzę nad członkiem społeczności wbrew jego woli, jest zapobieżenie krzywdzie innych”, oraz JEREMY BENTHAM (*Wprowadzenie do zasad moralności i ustawodawstwa*, Warszawa 1959, s. 236), który wskazywał na ostateczność sankcji karnej z punktu

powiedzieliby raczej o „konstytucyjnych prawach” bądź „prawach człowieka”). Stąd prosta implikacja, że jednym z podstawowych praw jest prawo do niebycia karany (*the right not to be punished*). Autor ma świadomość, że w powszechnej opinii prawo to wydaje się obce – w przeciwieństwie do na przykład prawa do wolności wypowiedzi czy wolności religijnej, jednakże dzieje się tak, ponieważ niejako automatycznie zakłada się, że każda sankcja karnoprawna jest usprawiedliwiona, więc prawo to jest *de facto* nieistniejące. W rzeczywistości jednak reakcja karnoprawna zawsze wchodzi w kolizję z prawem do niebycia karany, uchylając je (*infrige*), kiedy jest usprawiedliwiona, bądź naruszając (*violate*), gdy jest nieusprawiedliwiona. Pojawia się jednak problem co do statusu uchylonego prawa wchodzącego w konflikt z usprawiedliwioną reakcją karnoprawną. Czy jest ono anulowane (*cancelled*) czy też ograniczone (*overriden*)? Husak posłużył się dwoma przykładami do dokonania analizy: przykładem zabrania właścicielowi samochodu dla ratowania życia przyjaciela i zwolnienia obietnicy zawiezienia na lotnisko¹⁷. W pierwszym przypadku zabór mienia był uzasadniony stanem wyższej konieczności, ale mimo tego prawo właściciela do samochodu nie wygasło, zostało tylko ograniczone. Co więcej, ma on prawo oczekiwać jakiejś formy rekompensaty. W drugim przykładzie osoba A obiecała osobie B zawieźć ją na lotnisko, jednak osoba B zwolniła osobę A z tej obietnicy. W tym przypadku prawo osoby B do bycia zawiezionym zostało anulowane. Co w takim razie z reakcją karnoprawną i prawem do niebycia karany? Autor staje na stanowisku ograniczenia prawa, stwierdzając, że rekompensata państwa polega na przedstawieniu racji bądź usprawiedliwienia swojego działania osobie, wobec której zastosowane zostało surowe traktowanie i potępienie. Usprawiedliwienia tego może dostarczyć, jeśli sankcje karnoprawne zdadzą test kryminalizacji – spełnią cztery ograniczenia wynikające z samej konstrukcji części ogólnej prawa karnego¹⁸. Jak stwierdza amerykański filozof, wywodzą się one z prawa karnego strukturalnie, lecz

widzenia państwa – jego subsydiarność tłumaczył zbyt dużym kosztem zaangażowania aparatu represji. Jeśli istnieje tańszy sposób zapobieżenia szkodzie, to należy go użyć.

¹⁷ D. HUSAK, *Overcriminalization...*, s. 97.

¹⁸ *Ibidem*, s. 92.

nie każda instytucja prawa karnego spełnia wymogi stawiane przez jego teorię kryminalizacji: „Czy utrzymuję, że każda istniejąca norma prawnokarna jest dostosowana do tych ograniczeń? Oczywiście, że nie; i dokładnie na tym polega problem z nimi”¹⁹.

III. OGRANICZENIE WEWNĘTRZNE

1. Istotna krzywda lub zło

Pierwszym ograniczeniem stawianym przez skromną teorię kryminalizacji jest wymóg zapobieżenia istotnej krzywdzie lub złu przez reakcję prawnokarną. Według Husaka żadna odpowiedzialność karna nie może zostać nałożona na sprawcę czynu zabronionego, o ile przepis, który został naruszony, nie służy ochronie przed istotną krzywdą lub złem²⁰. Autor dowodzi, że ogólna część prawa karnego zawiera w sobie tę przesłankę na podstawie analizy trzech kontratypów²¹ (*defences*): stanu wyższej konieczności (*necessity*), zgody dysponenta dobrem²² (*consent*) oraz *de minimis*²³.

Stan wyższej konieczności charakteryzowany jest jako kontratyp, który występuje, gdy zło, któremu można zapobiec, jest większe od zła, które w ten sposób się spowoduje²⁴. By to dozwoleństwo było w ogóle sensowne, musimy najpierw przyjąć, że prawo chroni przed krzywdą

¹⁹ „Do I hold that existing criminal law conforms to these constraints? Of course not; that is precisely what is wrong with it” (tłumaczenie własne), *ibidem*, s. 84.

²⁰ *Ibidem*, s. 60.

²¹ Pojęcie *defences* może odnosić się do kontratypów na płaszczyźnie prawa materialnego lub zarzutów na płaszczyźnie prawa procesowego. Jako że cały dowód dotyczy prawa materialnego, konsekwentnie stosuję termin „kontratyp”.

²² Używam sformułowania „zgoda dysponenta dobrem” z pełną świadomością, że w anglosaskim prawie karnym nie istnieje pojęcie dóbr prawnie chronionych. Używam go ze względu na komunikatywność tekstu kierowanego do polskiego czytelnika.

²³ W polskim prawie karnym nie ma odpowiedniego kontratypu odpowiadającego terminowi *de minimis*, najbliższe wydawałoby się pojęcie niskiej szkodliwości społecznej.

²⁴ D. HUSAK, *Overcriminalization...*, s. 67.

lub złem, a dopiero później dokonać „ważenia” potencjalnych krzywd. Podobnie rzecz się ma ze zgodą dysponenta dobrem, która musi poprzedzać wyrządzoną krzywdę lub zło, chyba że krzywda uznana jest za poważną²⁵. W takim wypadku ustalić należy zgodę na konkretne zło oraz czy nie jest ono zbyt poważne. W przypadku *de minimis*, możliwym do podniesienia w przypadku, gdy oskarżony swoim czynem nie wyrządził krzywdy lub skrzywdził w sposób nieistotny²⁶, trzeba dokonać oceny stopnia zagrożenia lub krzywdy. Żaden z tych kontratypów nie mógłby się utrzymać, gdyby przepisy prawa karnego²⁷ nie uwzględniały ochrony przed istotną krzywdą lub złem.

Odnosząc się do samego pojęcia „istotnej krzywdy”, amerykański filozof przywołuje zasadę krzywdy (*the harm principle*) Joela Feinberga. Zasada ta wytycza wąskie ramy moralnym granicom prawa karnego poprzez ściśle ich związanie z prawami jednostek. Na gruncie tej teorii pojęcie krzywdy składa się z normatywnego oraz nienormatywnego jej rozumienia. Krzywda w znaczeniu normatywnym to wyrządzanie zła lub niesprawiedliwe traktowanie drugiej osoby (*A harms B „by wronging B, or by treating him unjustly”*)²⁸, podczas gdy znaczenie nienormatywne obejmuje wchodzenie w zakres interesu drugiej osoby i tym samym powodowanie niepowodzenia w nim (*invading, and thereby setting back, his interest*)²⁹. Jak trafnie zauważa Krzysztof Szczucki, oba znaczenia muszą być rozumiane łącznie, jako relacja pomiędzy wyrządzeniem zła a spowodowaniem ubytku w interesie osoby, gdyż nie każde wyrządzenie krzywdy prowadzi do wyrządzenia zła w sensie prawnym³⁰. Husak wyraża to w swojej „formule praw”: wszystkie naganne postępowania, które naruszają interesy innej osoby, naruszają jej prawa³¹. Jak dalej

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Profesor Husak nie odnosi się do konkretnych przepisów prawa stanowego, a do Model Penal Code, opracowanego w latach 60. XX w. przez American Law Institute. Ma on być wzorem dla legislatury stanowych do tworzenia instytucji prawno-karnych, by standaryzować i możliwie ujednoczyć amerykańskie prawo karne.

²⁸ D. HUSAK, *Overcriminalization...*, s. 71.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ K. SZCZUCKI, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, s. 82.

³¹ D. HUSAK, *Overcriminalization...*, s. 71.

stwierdza, *harm principle* w takiej formie nie jest wystarczająca bez obudowania jej dodatkowymi teoriami (wymienia tutaj teorię praw moralnych [*theory of moral rights*] i teorię naganności postępowania [*theory of wrongdoing*])³², ale ma w sobie duży potencjał do ograniczenia nadmiaru kryminalizacji³³. Stanowi ona (a raczej jej niedostatek w zakresie teorii naganności zachowania) dla autora *Philosophy of Criminal Law: Selected Essays* inspirację do wyodrębnienia drugiego ograniczenia moralnych granic prawa karnego.

2. Naganność postępowania

Amerykański filozof, odnosząc się do natury opisywanych wcześniej kontratypów (*defences*), za Jeremym Horderem stwierdza, że ich istota polega na takim wyjaśnieniu uwikłania w naganne zachowanie (*wrongdoing*), które sprawia, że nie nadaje się ono do ukarania³⁴. Samo pojęcie dozwoleń w prawie karnym wymaga rozważenia w świetle nagannego zachowania, inaczej, podobnie jak w przypadku pierwszego ograniczenia, pojęcie kontratypu jest pozbawione sensu, ponieważ niczego nie wyłącza. Stąd wyodrębnienie drugiego ograniczenia zawierającego się w ogólnej części prawa karnego sprowadza się do konieczności zaistnienia naganności zachowania oskarżonego do nałożenia na niego odpowiedzialności karnej. Husak zaznacza, że chodzi o naganność w „pewnym sensie”, gdyż o ile w przypadku przestępstw *mala per se* naganność wynika z samej ich natury, o tyle w przypadku zachowań kwalifikowanych jako *mala prohibita* nie jest ono oczywiste. Skromna teoria kryminalizacji nie może z góry zakładać spełnienia tej przesłanki w przypadku czynów, które nie są uważane za złe z samej swojej natury, a jednak zostały uznane za niedozwolone, ponieważ ma ona służyć zupełnie czemuś przeciwnemu – ograniczeniu rozrastającej się

³² *Ibidem*, s. 73.

³³ Na jej gruncie nie do utrzymania byłaby duża większość przestępstw *mala prohibita*. Jak stwierdza Feinberg: „*harm principle* jako przewodnik po moralnych granicach prawa karnego nie umożliwi pociągania do odpowiedzialności za wyrządzenie zła niestanowiącego krzywdy” (tłum. K. Szczucki), J. FEINBERG, *Harm to the Others*, New York 1984, s. 36, cyt. za: K. SZCZUCKI, *op. cit.*, s. 82.

³⁴ D. HUSAK, *Overcriminalization...*, s. 76.

kryminalizacji. Każdy czyn uznany za *mala prohibita* powinien zostać poddany testowi z perspektywy przedstawionych tutaj wewnętrznych ograniczeń prawa karnego. W dalszej części artykułu będzie on zastosowany do kryminalizacji narkotyków.

3. Zasługiwanie na (proporcjonalną) karę

Trzecim ograniczeniem wewnętrznym wprowadzanym przez skromną teorię kryminalizacji jest ograniczenie zasługiwanie na karę (*desert constraint*). Sankcja karnoprawna jest usprawiedliwiona tylko w takim zakresie, w jakim jest zasłużona³⁵. Mimo podobieństw i pewnego wzajemnego pokrywania się z wymogiem naganności postępowania należy wskazać na zasadnicze różnice. Przede wszystkim *desert constraint* łączy się ściśle z zasadą proporcjonalności, ponieważ kary stają się niezasłużone, gdy są nadmierne, nawet mimo zachowania wymogu naganności postępowania. Co więcej, nie każde naganne zachowanie zasługuje na zastosowanie reakcji karnoprawnej przez państwo. Autor wskazuje tutaj na delikty prywatne, które pozostają poza jurysdykcją sankcji karnoprawnej³⁶.

4. Ciężar dowodu

Czwarte ograniczenie nieco różni się od trzech pozostałych, gdyż wywiedzione jest z wspomnianego wcześniej prawa do niebycia celowo poddanym surowemu traktowaniu oraz stygmatyzacji. Jego celem jest zminimalizowanie ryzyka naruszenia prawa osób do niebycia karnym poprzez przerzucenie ciężaru dowodu przy usprawiedliwianiu naruszenia tego prawa na państwo, które stosuje reakcję karnoprawną. Nazwane jest ograniczeniem ciężaru dowodu (*burden of proof constraint*). Upraszczając, ciężar dowodu spoczywa na tym, kto sprzyja kryminalizacji³⁷. Jeśli w procesie identyfikacji niepożądanego zachowania nie padną nieodparte argumenty za jego kryminalizacją, to nie powinno do niej dojść, ponieważ należy mieć mocne powody, by karać ludzi³⁸.

³⁵ *Ibidem*, s. 82.

³⁶ *Ibidem*, s. 83.

³⁷ *Ibidem*, s. 100.

³⁸ *Ibidem*, s. 100; D. HUSAK, P. DE MARNEFFE, *op. cit.*, s. 28.

Ponadto, jeśli żadna ze stron sporu nie ma przekonujących dowodów na prawdziwość swoich racji, przedmiot sporu nie powinien być kryminalizowany – Husak stwierdza, że to niesprawiedliwe karać ludzi tylko za to, że nie potrafimy dowieść zysków z niebycia karanym³⁹.

IV. (DE)KRYMINALIZACJA POSIADANIA I UŻYWANIA NARKOTYKÓW

1. Problemy definicyjne

Analiza dotycząca dekryminalizacji narkotyków w przypadku medycznego i rekreacyjnego użytku powinna rozpocząć się od wyjaśnienia, co kryje się pod tymi terminami w wywodzie prowadzonym przez Douglasa Husaka, a przynajmniej uświadomić sobie pewne nieostrości w nich ukryte. Dekryminalizacja w jego ujęciu polega na niekaraniu ludzi jedynie za używanie narkotyków (*simply for using drugs*)⁴⁰. Jest to zupełnie inna sytuacja niż legalizacja, w której nie tylko zażywanie, ale i cały proces produkcji oraz sprzedaży nie są kwalifikowane jako czyn zabroniony⁴¹. Niekiedy możemy mieć wątpliwości, czy dekryminalizacja faktycznie nastąpiła, jak w przypadku grzywny za publiczne palenie marihuany lub przymusowego leczenia jako alternatywy do kary pozbawienia wolności. O ile w pierwszym przypadku Husak wstrzymuje się od wyrażenia opinii (choć posługując się aparaturą pojęciową skromnej teorii kryminalizacji, uznać należy stan, przynajmniej częściowej, dekryminalizacji, gdyż reakcja państwa nie jest zaprojektowana, aby celowo stygmatyzować sprawcę), tak w drugim stwierdza, że leczenie powinno się uznać nie za alternatywę wobec kary, ale jako alternatywną karę, ponieważ stwierdza, że możliwość wyboru jest złudna – państwo albo uznaje używanie narkotyków za zło i wymierza karę, albo uznaje za chorobę i kieruje na przymusowe leczenie (choć na gruncie teorii wewnętrznych ograniczeń prawa karnego wątpliwe byłoby uznanie leczenia, nawet przymusowego, za sankcję karnoprawną, przez brak celowej

³⁹ D. HUSAK, P. DE MARNEFFE, *op. cit.*, s. 27.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 5.

⁴¹ *Ibidem*, s. 3.

stygmatyzacji). W warunkach dekryminalizacji państwo stwierdziłoby, że obywatele mają swobodę w zakresie korzystania z narkotyków i nie wkrczałoby w ich przestrzeń z żadną reakcją⁴².

Jeszcze większy problem napotykaemy w przypadku definicji narkotyku. Właściwie niemożliwe jest stworzenie adekwatnej definicji narkotyków obejmującej wszystkie zakazane substancje i jednocześnie nieobejmującej substancji dozwolonych. Pojęcie narkotyku, jakie przyjmuje amerykański profesor, jest następujące: „Każda substancja inna niż pożywienie, której chemiczna natura wpływa na strukturę lub funkcjonowanie żywego organizmu”⁴³. Jej przydatność polega na tym, że w jej definiensie nie ma odwołania do stanu normatywnego. Dlatego jest ona bardzo operatywna przez dodanie przymiotnika „niedozwolony” (*ilicit*) lub „dozwolony” (*licit*) do określenia „narkotyk”.

Kolejną nieostrość napotykaemy przy rozróżnieniu użytku medycznego i rekreacyjnego. Autor *Legalize this!* stwierdza, że za użytek medyczny powinno być uznane zażywanie narkotyków w celu wyleczenia choroby⁴⁴. Jednakże czy jesteśmy skłonni uznać na przykład niemożność podtrzymania erekcji za chorobę i zakwalifikować zażywanie viagry jako stosowanie narkotyków na użytek medyczny? Interesującym przykładem podobnej niejasności jest badanie z San Mateo Medical Center przytoczone przez Husaka⁴⁵. Dotyczyło ono stosowania medycznej marihuany przez pacjentów chorujących na AIDS. Wyniki zadziwiły naukowców, gdyż 58% respondentów wskazało, że zażywa marihuanę, aby poradzić sobie z problemami mentalnymi pośrednio spowodowanymi chorobą, takimi jak stres, bezsenność i depresja. Walkę z fizycznymi dolegliwościami wskazało jedynie 28% pytanych. Mimo że intuicyjnie wydaje nam się oczywiste, kiedy mamy do czynienia z medycznym użyciem, to po wnikliwszej analizie napotykaemy trudności w stworzeniu jego jasnych kryteriów.

Jak widać, dokonanie wyraźnych rozgraniczeń i stworzenie klarownych definicji w kluczowych kwestiach dotyczących kryminalizacji

⁴² *Ibidem*, s. 6.

⁴³ *Ibidem*, s. 14-15.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 20.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 89.

narkotyków nie jest łatwym zadaniem. Mimo tego należy podjąć się próby badania zasadności obecnej polityki narkotykowej, mając w świadomości niejasności związanych z przypadkami granicznymi, które sprawiają kłopoty definicyjne.

2. Ciężar dowodu a debata narkotykowa

Jak zaznaczono we wstępie, w debacie publicznej na temat polityki narkotykowej gros argumentów polega na krytyce bądź akceptacji danych rozwiązań ze względu na ich skuteczność. Powoduje to według Husaka dwojaki problem. O pierwszym, czyli zniknięciu z horyzontu pojęciowego idei sprawiedliwości, pisałem wyżej, dlatego skupię się teraz na drugim ciężarze dowodu.

Jeśli debata polega na wykazywaniu zalet różnych polityk narkotykowych, to zwolennicy *status quo* są na uprzywilejowanej pozycji, ponieważ to na ich przeciwnikach spoczywa obowiązek dowiedzenia pozytywnych rezultatów swojej potencjalnej polityki. Punktem wyjścia wszelkich dyskusji jest pytanie: „Czy narkotyki powinny zostać zdekryminalizowane?”⁴⁶. Ewidentnie jest to nie do pogodzenia z wymogami skromnej teorii kryminalizacji, gdyż narusza *burden of proof constraint*. Sankcja karnoprawna, w związku z jej dolegliwością, surowym traktowaniem i stygmatyzacją, nie może być zastosowana, jeśli nie istnieją dobre, nieodparte i przekonujące (*compelling*) powody do jej użycia⁴⁷. Wpływ reakcji karnoprawnej na życie skazanego – izolacja, pozbawienie kontaktu z rodziną, przyjaciółmi, wyrwanie ze swojego otoczenia, utrata pracy i trudności ze znalezieniem kolejnej – powinien sprawić, że nie będziemy decydować się na kryminalizację danego typu czynu, o ile będą istniały jakieś wątpliwości co do jego karygodności. Ponadto, autor stwierdza, że niezwykle trudno byłoby rozpoczynać dyskusje o zmianie polityki narkotykowej, nie wiedząc czemu ta polityka obecnie służy⁴⁸. Aby uwypuklić absurd, który kryje się w przypisywaniu ciężaru dowodu zwolennikom dekryminalizacji, autor podaje przykład

⁴⁶ *Ibidem*, s. 25-28.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 28; D. HUSAK, *Overcriminalization...*, s. 100.

⁴⁸ D. HUSAK, P. DE MARNEFFE, *op. cit.*, s. 28.

hipotetycznej debaty na temat niewolnictwa przed wojną secesyjną⁴⁹. Abolicjoniści, optujący za zniesieniem niewolnictwa, byłiby zmuszeni do opisanego zalet, jakie przyniesie zmiana tego typu, co właściwie byłoby niemożliwe, gdyż nikt nie byłby wtedy zdolny do przewidzenia tego, jak zmieni się struktura społeczna. Niewolnictwo zostało zniesione nie ze względu na potencjalne korzyści, jakie mogło przynieść, ale dlatego, że było niesprawiedliwe, nie miało wystarczającego usprawiedliwienia do naruszania i ograniczania praw. Dlatego właściwym pytaniem inicjującym spór o narkotyki powinno być: „Czy powinniśmy karać ludzi tylko za używanie narkotyków (*simply for using drugs*)?”

3. *Desert constraint* w dekryminalizacji narkotyków

By odpowiedzieć sobie na powyższe pytanie (nazwane fundamentalnym)⁵⁰, autor *The Legalization of Drugs* przeprowadza test z perspektywy trzeciego ograniczenia – zasługiwania na (proporcjonalną) karę. Szukając punktu odniesienia, zastanawia się, dlaczego karzemy takich przestępców jak mordercy czy gwałciciele⁵¹. Z wielu odpowiedzi, jakie nasuwają różne funkcje prawa karnego, jedna jawi się jako wyjątkowo silna – sprawcy tych czynów naruszyli zasadę krzywdy, łamiąc prawa innych osób i przez to zasługują na karę⁵². W przypadku stosowania narkotyków takie rozumowanie z perspektywy *harm principle* nie jest możliwe, konsumenci niedozwolonych substancji samą konsumpcją nie krzywdzą bezpośrednio innych osób. Należy więc sprawdzić, czy inne argumenty będą wystarczające do uzasadnienia zasługiwania na karę dla użytkowników narkotyków.

Pierwszymi uzasadnieniami, które proponuje rozważyć Husak, są tzw. *use-reduction* oraz *harm-reduction*⁵³. Są to dwa podejścia utylitarne,

⁴⁹ *Ibidem*, s. 29-30.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 25.

⁵¹ *Ibidem*, s. 31.

⁵² Co ciekawe, Husak krytykuje funkcję prewencyjną prawa karnego jako dyrektywę kryminalizacji: „I do not believe that the rationale for criminalizing murder and rape depends on empirical speculation about whether these acts are deterred by punishment”, *ibidem*, s. 31.

⁵³ *Ibidem*, s. 34.

które skupiają się na ograniczeniu zła, jakie powodują narkotyki, poprzez sankcję karnoprawną mającą na celu ograniczenie liczby użytkowników (*use-reduction*) lub ograniczenie oraz zapobieganie skutków zażywania narkotyków, zarówno przez środki karnoprawne, jak i pozbawione takiej sankcji, na przykład przez programy edukacyjne lub punkty wymiany igieł (*harm-reduction*). Obecny model polityki narkotykowej (w amerykańskich stanach, gdzie narkotyki nie są zdekryminalizowane bądź zalegalizowane) jest zbliżony do podejścia redukcji użytkowników. Zauważyć należy jednak, że w utylitarnym rachunku zysków i strat właściwszy jest model redukcji szkód, ponieważ ogólna suma zła powodowanego przez narkotyki może wzrosnąć, mimo zmniejszenia liczby użytkowników, dlatego bardziej celowe wydaje się zastosowanie polityki redukcji szkód⁵⁴. Husak wskazuje również na wiele innych czynników, które podają w wątpliwość celowość polityki minimalizacji liczby użytkowników. Przede wszystkim przestępstwo zażywania narkotyków, jak wykazano wyżej, nie prowadzi do krzywd *per se*, a krzywdzić może jedynie pośrednio⁵⁵, jest to więc tzw. *inchoate offences*⁵⁶. Dlatego też autor stwierdza, że bezcelowa jest redukcja użytkownika, skoro nie chroni przed bezpośrednią krzywdą, a krzywdzie pośredniej lepiej zapobiega skupiona na niej *harm-reduction*. Ponadto wymienia powody, które sprawiają, że redukcja użytkowników jest przeciwskuteczna⁵⁷.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ D. HUSAK, *Applying Ultima Ratio: Skeptical Assesment*, «Ohio State Journal of Criminal Law» 2.2/2005, s. 543-544.

⁵⁶ *Inchoate offences* są charakteryzowane przez Husaka jako przestępstwa, w wypadku których przedmiot kryminalizacji nie jest tożsamy z celem kryminalizacji. Na przykład kryminalizacja usiłowania zabójstwa nie ma na celu ograniczenia zjawiska usiłowania zabójstwa, ale samych skutecznych morderstw. Por. D. HUSAK, *Applying...*, s. 542. Posługuję się oryginalnym terminem w związku z brakiem właściwego polskiego odpowiednika. Najbliższe wydają się przestępstwa z abstrakcyjnego zagrożenia. Zakresowo pojęcie *inchoate offence* obejmuje wiele niesprawczych zjawiskowych form i wczesnych etapów form stadialnych popełnienia przestępstwa, między innymi: usiłowanie, podżeganie czy pomocnictwo. Husak używa tego terminu zamiennie z *nonconsummate offences* (por. D. HUSAK, *The Nature and Justifabilty of Nonconsumment Offenses*, «Arizona Law Review» 39/1995, s. 158-160).

⁵⁷ D. HUSAK, *Applying...*, s. 544.

Są to między innymi: psychologiczny mechanizm zakazanego owocu, opóźnienie legislacji w stosunku do nowo tworzonych substancji, a także bezcelowość karania, które wykazuje, powołując się na statystyki pokazujące tendencje do dobrowolnej rezygnacji z używania narkotyków większości użytkowników średnio po około pięciu latach od inicjacji.

Harm-reduction mimo silniejszych utylitarnych racji również staje się przedmiotem krytyki amerykańskiego filozofa⁵⁸. Zasada redukcji szkód, mimo że preferuje działania pozaprawnikarne, nie wyklucza karania za używanie narkotyków. Jedynym wyjaśnieniem zasługiwania na karę na podstawie *harm-reduction* jest utylitarna zasada minimalizowania szkód. Jest to jednak niewystarczająca podstawa do uznania zasadności kryminalizacji. Przypuszczalny fakt, że ukaranie danej osoby pomniejszy ogólną ilość szkód w społeczeństwie, nie oznacza jeszcze, że ta osoba zasługuje na karę. Zasada redukcji szkód w niewystarczający sposób odpowiada na nasze fundamentalne pytanie, nie zdając testu trzeciego ograniczenia.

Kolejnym argumentem, z którym mierzy się Husak, jest argument paternalistyczny – wielu ludzi nie poradziłoby sobie z narkotykami, gdyby zostały zalegalizowane lub zdekryminalizowane, dlatego, dla ich dobra, zażywanie tych substancji musi zostać zakazane pod groźbą kary. Opisuje go w sposób następujący⁵⁹: Smithowie powinni zostać pozbawieni możliwości legalnego zażywania narkotyków, ponieważ inne osoby – Jonesowie – nie byłyby zdolne oprzeć się narkotykom, gdyby były legalne lub zdekryminalizowane, a to byłoby szkodliwe dla ich zdrowia. Aby ten opis był możliwy do poddania testowi *desert constraint*, należy dostosować go do fundamentalnego pytania i przeformułować w następujący sposób: Smithowie powinni zostać ukarani za używanie narkotyków, ponieważ Jonesowie nie mogliby się oprzeć narkotykom, gdyby zostały zalegalizowane lub zdekryminalizowane, a ich zażywanie byłoby dla Jonesów szkodliwe. Widać wyraźnie słabość argumentu paternalistycznego w uzasadnieniu, dlaczego akurat użytkownicy narkotyków zasługują na karę. Autor, jeszcze bardziej go podkreślając,

⁵⁸ *Ibidem*, s. 544-545.

⁵⁹ D. HUSAK, P. DE MARNEFFE, *op. cit.*, s. 36.

proponuje rozważyć inne niebezpieczne działania, które mogą pasować do tego typu rozumowania, na przykład zdobywanie Mount Everest. Jego pierwszy zdobywca, Edmund Hillary, dokonał rzeczy, którą wielu chce powtórzyć – niestety, nie wszyscy są na to gotowi i mnóstwo prób zdobycia najwyższego szczytu świata kończy się tragicznie. Czy przez to, że część naśladowców Hillary’ego zmarła bądź doznała znacznego uszczerbku na zdrowiu należy go ukarać? Mimo świadomości różnic w ocenie zażywania narkotyków i wspinaczki górskiej⁶⁰ autor *Overcriminalization* stwierdza, że argument paternalistyczny również zawodzi przy sprawdzaniu z perspektywy *desert constraint*.

4. Istotna szkoda lub zło oraz naganność zachowania a narkotyki jako *nonconsumer crime*

Rozważając pierwsze i drugie ograniczenie teorii wewnętrznych ograniczeń prawa karnego w kontekście przestępstw posiadania oraz używania narkotyków, Douglas Husak posługuje się terminami *inchoate offences* lub *nonconsumer crimes*⁶¹. Oznaczają one czyny zabronione, które nie wyrządzają bezpośrednio krzywdy, gdy zrealizowane zostaną znamiona typu czynu zabronionego. Jak sam stwierdza, bez wątpienia państwo jest upoważnione do kryminalizacji pewnych czynów tego rodzaju, jednakże istotne jest wytyczenie granicy, która chronić będzie obywateli przed nadmierną działalnością kryminalizacją ustawodawcy. Tym ograniczeniem musi być konieczność ochrony przez przepis karny istotnej szkody lub zła oraz naganność postępowania.

Analizując *inchoate offences* z perspektywy zasady krzywdy Feinberga, która jest podstawą pierwszych dwóch ograniczeń skromnej teorii kryminalizacji, zauważa, że są one niemożliwe do pogodzenia w przypadku „twardej” wersji *harm principle*. Aby prawo karne mogło objąć swoim zasięgiem *nonconsumate crimes*, konieczna wydaje się modyfikacja zasady krzywdy dopuszczająca kryminalizację nie tylko czynów, które powodują krzywdę, lecz także takich, które stwarzają

⁶⁰ *Ibidem*, s. 38.

⁶¹ D. HUSAK (*The Nature...*, s. 159) tworzy termin *nonconsumer offences* dla podkreślenia opozycji do *consumer offences*, które oznaczają czyny zabronione, których skutkiem każdorazowo jest wyrządzenie szkody.

ryzyko krzywdy⁶². W związku z tym rozszerzeniem pojawiają się dwa problemy. Liberalna formuła Feinberga rozciąga się, nadmiernie legitymizując działania kryminalizacyjne państwa niejako wbrew swojej intencji. Co więcej, *harm principle* w takiej formie wydaje się nie spełniać przesłanki naganności zachowania, ponieważ nie każde ryzykowne zachowanie jest naganne⁶³. Konieczne jest wytyczenie pewnej podklasy ryzykownych działań, które skłonni jesteśmy uznać za naganne. Takim warunkiem będzie wykreowanie nieracjonalnego (*unreasonable*) ryzyka. Odpowiednim kryterium odróżniania uzasadnionej kryminalizacji wykreowania nieracjonalnego ryzyka od nieuprawnionej powinien być wymóg wysokiego stopnia zawinienia (*high culpability requirement*). Husak ilustruje go na przykładzie sprzedawania broni palnej⁶⁴. Sprzedawanie broni palnej (a1) stwarza ryzyko popełnienia przestępstwa z jej użyciem (a2), jednakże znakomitą większością pojedynczych wydarzeń tego typu (*tokens of act-type*) uznamy za dozwolone. Sama relacja między a1 a a2 nie może być podstawą do kryminalizacji, dopóki osobie dokonującej czynu a1 nie można przypisać winy w popełnieniu czynu a2. Autor stwierdza, że nie ma wśród komentatorów konsensu co do kwestii odpowiednio wysokiego stopnia winy, jednakże powołuje się na Model Penal Code, który stawia wymóg przypisania co najmniej intencji spowodowania, podżegania lub umożliwienia przestępstwa a2 osobie popełniającej czyn a1⁶⁵.

Modyfikacja zasady krzywdy ma na celu uzasadnienie kryminalizacji *nonconsummate crimes* przez państwo. Czy w jej świetle przestępstwa posiadania i użytkowania narkotyków, typowe *inchoate offence*, bronią się jako ochrona przed istotną krzywdą lub złem powstałym w wyniku naganego postępowania, czyli intencjonalnego wykreowania nieracjonalnego ryzyka? Należałoby uznać, jak twierdzi dyskutowany autor, że każde pojedyncze użycie narkotyków narusza cudze prawa przez wykreowanie właśnie takiej krzywdy. Komentatorzy broniący tego stanowiska używali albo argumentu paternalistycznego (który omówiliśmy przy okazji *desert*

⁶² *Ibidem*, s. 6.

⁶³ *Ibidem*, s. 6.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 12.

⁶⁵ *Ibidem*.

constraint), albo uzasadniali to zarzutami, jakoby zażywający narkotyki byli mniej produktywni oraz uważni, przez co stają się złymi sąsiadami, nieodpowiedzialnymi rodzicami, nierzetelnymi pracownikami, niebezpiecznymi kierowcami czy słabymi studentami, odbija się to również na dzieciach użytkowników narkotyków, które mogą popaść w nałóg⁶⁶. Husak zauważa, że argument ten ma kilka słabości. Po pierwsze, niektóre z wymienionych zarzutów, na przykład bycie złym sąsiadem lub słabym studentem, nie mogą być objęte kryminalizacją, ponieważ ludzie mają prawo nawet do celowego bycia złymi sąsiadami lub słabymi studentami, nie narażając się jednocześnie na sankcje karnoprawne. Inne z tych zarzutów nie wytrzymują próby nawet przy założeniu wysokiego stopnia zawinienia, gdyż w ich wypadku nie ma potrzeby tworzenia *inchoate offence* w postaci zakazu posiadania lub spożywania narkotyków, a wystarczy stworzyć zwykłe *consumment crime*, które zakazywałoby na przykład celowego podawania narkotyków dzieciom⁶⁷. Ponadto należałoby przekonująco udowodnić zależność pomiędzy używaniem narkotyków a wymienionymi wyżej skutkami, co wydaje się bardzo trudne.

Krótko podsumowując tę część artykułu, należy stwierdzić, że według profesora Douglasa Husaka, zgodnie z czterema ograniczeniami skromnej teorii kryminalizacji, rekreacyjny użytek narkotyków powinien zostać zdekryminalizowany, ponieważ zwolennicy kryminalizacji, przede wszystkim państwo, nie dostarczyli nieodpartego (*compelling*) argumentu za jej utrzymaniem (ograniczenie czwarte), nie znaleziono satysfakcjonującego dowodu na to, że ludzie używający narkotyków zasługują na karę tylko i wyłącznie z tego powodu (ograniczenie trzecie), przepisy karnoprawne zakazujące używania narkotyków są nie do utrzymania zarówno w świetle klasycznej zasady krzywdy, jak i jej wersji rozszerzonej, dlatego też nie można uznać ich za unormowania chroniące przed istotną krzywdą lub złem powstałym w wyniku naganego postępowania, czyli intencjonalnego wykreowania nieracjonalnego ryzyka (ograniczenia pierwsze oraz drugie).

⁶⁶ Są to stanowiska Johna Kaplara, Williama Bennetta oraz Jamesa Q. Wilsona; por. D. HUSAK, *The Nature...*, s. 17-18.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 18.

V. PERSPEKTYWA POLSKA – ANALIZA POLSKIEGO STANU NAUKI O KRYMINALIZACJI I PORÓWNANIE ZE SKROMNĄ TEORIĄ KRYMINALIZACJI

Zagadnienia związane z nauką o kryminalizacji wciąż znajdują się raczej na peryferiach niż w centrum refleksji prawników. Mimo pewnej zmiany w podejściu do tego zagadnienia, szczególnie wśród młodszego pokolenia naukowców, prac na ten temat wciąż powstaje niewiele, zazwyczaj tylko pośrednio dotyczą kryminalizacji i jej zasad⁶⁸. W niniejszym fragmencie tekstu chciałbym przedstawić w zarysie dwie najbardziej usystematyzowane teorie, aby porównać je ze skromną teorią kryminalizacji Husaka.

1. Algorytmiczna teoria Lecha Gardockiego

Mimo upływu niemal 30 lat od publikacji fundamentalnym dziełem w tej dziedzinie pozostaje książka Lecha Gardockiego *Zagadnienia teorii kryminalizacji*⁶⁹. Do dziś jest punktem odniesienia dla niemalże każdego, kto podejmuje ten temat⁷⁰. Jej autor, oprócz erudycyjnego wywodu prawnoporównawczego na temat kryminalizacji, przedstawił własną propozycję uporządkowania procedury podejmowania tego typu decyzji. Sam oczywiście zaznaczył, że nie może być ona traktowana jako sztywna reguła i rama postępowania dla organów decyzyjnych przy konkretnej kryminalizacji, lecz jako schemat myślowy sprawdzający prawidłowość bądź planowanej, bądź już dokonanej decyzji kryminalizacyjnej⁷¹. Przybiera ona formę pewnego rodzaju algorytmu⁷², który

⁶⁸ Niemniej należy wspomnieć i oddać zasługi naukowcom zajmującym się tym tematem, jak: Tomasz Kaczmarek, Robert Zawłocki, Michał Królikowski, Anna Błachnio-Parzych, Dagmara Gruszecka, Przemysław Cychosz, Krzysztof Szczucki czy Jan Kulesza.

⁶⁹ L. GARDOCKI, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.

⁷⁰ Por. A. BŁACHNIO-PARZYCH, *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, Warszawa 2011; J. KULESZA, *Zarys teorii kryminalizacji*, «Prokuratura i Prawo» 11-12/2014, s. 87-111; K. SZCZUCKI, *op. cit.*

⁷¹ L. GARDOCKI, *op. cit.*, s. 203.

⁷² Określenie zapożyczyłem od Dagmary Gruszeckiej; por. D. GRUSZECKA, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia*, Warszawa 2012, s. 239.

polega na sprawdzaniu kolejnych przesłanek, absolutnych, od których w zasadzie nie powinno być wyjątków, oraz względnych, które nie muszą być każdorazowo bezwzględnie spełniane.

Pierwszą z nich jest wymóg społecznej szkodliwości czynu, która jest potwierdzona lub uprawdopodobniona zarówno naukowo, jak i empirycznie⁷³. Jak stwierdza, nauka nigdy nie jest w stanie całkowicie i bez żadnych wątpliwości wyjaśnić zjawisk społecznych; ponadto rośnie ryzyko tzw. kryminalizacji doktrynalnej czy też akademickiej, która polega na kryminalizacji jako bezpośredniej konsekwencji konstrukcji i założeń dogmatycznych bądź akademickich⁷⁴. Postulat naukowości kryminalizacji ma polegać na zmniejszeniu zakresu swobody ustawodawcy, na większej przejrzystości procesu decyzyjnego oraz na jego utrudnieniu.

Drugą jest sprawdzenie, czy odpowiedzialność karna jest reakcją proporcjonalną do znaczenia szkody⁷⁵. Wzorując się na doktrynie krajów niemieckojęzycznych, Lech Gardocki wywodzi ją z potrzeby racjonalności oraz humanizmu prawa i jego stosowania. Podsumowuje ją lapidarnie jako każdorazowe sprawdzanie, „czy planowana kryminalizacja nie jest strzelaniem z armaty do wróbla”⁷⁶.

Trzecią przesłanką jest stwierdzenie wykonalności kryminalizacji oraz przynajmniej potencjalnej prewencji⁷⁷. Obejmuje ona kilka zasad, jak zakaz wymogu czynienia niemożliwego przez adresatów normy, zakaz tworzenia przepisów karnych typizujących czyny, których nie da się udowodnić. Mimo zaliczenia tej przesłanki do przesłanek absolutnych, Lech Gardocki zostawia przestrzeń ustawodawcy do kryminalizacji symbolicznej, polegającej nie na efektywnym zapobieżeniu pewnemu negatywnemu zjawisku społecznemu, ponieważ przepis w stosunku do niego celowo jest nieefektywny, lecz na symbolicznym ich potępieniu i manifestowaniu wartości⁷⁸.

⁷³ L. GARDOCKI, *op. cit.*, s. 100.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 68.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 116.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 149.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 62.

Kolejną, czwartą przesłanką jest konieczność pozytywnego wyniku bilansu zysku i strat⁷⁹ związanych z podjęciem decyzji o ustanowieniu zakazu karnego. Uzasadnienie przeprowadzenia takiego rachunku wyprowadza autor algorytmicznej teorii kryminalizacji z utylitarystycznej zasady oszczędności, równocześnie pogłębiając ją o wypowiedzi Roberta Frasego⁸⁰, który wskazuje nie tylko na ekonomiczny koszt kryminalizacji, lecz także na szereg interesów publicznych i prywatnych (jak np. ograniczenie dostępu do pewnych dóbr z jednej strony, a wytworzenie się szarej strefy z drugiej), które powinny zostać wzięte pod uwagę podczas decyzji kryminalizacyjnej.

Piątą przesłanką jest zasada *ultima ratio* prawa karnego – o ile istnieją skuteczne reakcje zapobiegające lub minimalizujące szkody inne niż karnoprawne, to powinny zostać zastosowane zamiast niej⁸¹. Uzasadnia ją dwojako, po pierwsze prakseologicznie, wskazując na potrzebę wyboru środka tańszego lub skuteczniejszego, a także związane z tym obciążenie organów państwowych. Drugie uzasadnienie odwołuje się do sfery aksjologicznej, zasady prymatu wolności człowieka i potrzeby ochrony teje przed nadmierną ingerencją państwa.

Szóstą przesłanką odwołuje się do wartości akceptowanych w danym kręgu kulturowym. Zakaz pewnych czynów musi być z nimi zgodny⁸². To ograniczenie decyzji kryminalizacyjnej odnosi się zarówno do bardzo ogólnych barier zagwarantowanych formalnie, jak prawa człowieka i obywatela, jak i nieformalnie wynikających wprost z norm kulturowych obowiązujących w danym czasie. Lech Gardocki, precyzując nieformalne normy kulturowe, odnosi się do ustawodawstwa nazistowskiego i nawiązując do formuły Radbrucha, stwierdza, że tego typu kryminalizacja jest niedopuszczalna⁸³.

Siódmą, ostatnią przesłanką absolutną jest konieczność takiego sformułowania typu czynu zabronionego w ustawie, aby odpowiadał

⁷⁹ *Ibidem*, s. 109.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 109-112.

⁸¹ *Ibidem*, s. 127.

⁸² *Ibidem*, s. 185.

⁸³ *Ibidem*, s. 187.

wymaganiom praworządności⁸⁴. Oznacza to przede wszystkim wymóg ustawy do wprowadzenia sankcji karnej, poszanowanie zasady *nullum crimen sine lege*, wymóg zrozumiałości, pewności i należytego ogłoszenia zakazów karnych, odnosi się także do procesu ustawodawczego i dochowania zasad prawidłowej legislacji. Jedną z najbardziej doniosłych reguł materialnej zasady praworządności, którą podkreśla L. Gardocki, jest zakaz arbitralnego stanowienia zakazów karnych, a co za tym idzie – wymóg odpowiedniego uzasadnienia decyzji kryminalizacyjnych przez państwo⁸⁵. Jak stwierdza: „Przed wszystkim kryminalizacja nie może być arbitralna i powinna być przez ustawodawcę rzeczowo uzasadniona. Co do tego, że na ustawodawcy spoczywa ciężar, że istnieją powody kryminalizacji lub że nie ma podstaw do dekryminalizacji – nie ma wątpliwości”⁸⁶.

Poza wymienionymi powyżej przesłankami absolutnymi, twórca algorytmicznej teorii wprowadza wiele przesłanek względnych, niezgodność z którymi nie powoduje automatycznie niedopuszczalności kryminalizacji. Są to między innymi: popularność kryminalizowanego zachowania, konsens co do tolerowania bądź społecznej akceptacji zakazanego czynu, czy niedające się usunąć wątpliwości co do przesłanek bezwzględnych.

2. Teoria kolizji i harmonizacji kontekstu konstytucyjnego

Konkurencyjną teorią kryminalizacji jest przedstawiona przez Przemysława Cychosza, oparta na modelu Michała Królikowskiego i Roberta Zawłockiego⁸⁷, teoria kolizji i harmonizacji kontekstu konstytucyjnego⁸⁸. Ze względu na hierarchię aktów prawa i zasadę nadrzędności

⁸⁴ *Ibidem*, s. 152-154.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 99, 145-146.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 99-100.

⁸⁷ M. KRÓLIKOWSKI, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-31*, red. M. KRÓLIKOWSKI, R. ZAWŁOCKI, I, Warszawa 2015, teza IA 5, 6 we Wprowadzeniu, «Legalis», dostęp 20 sierpnia 2017 r.

⁸⁸ Nazywam ją tak ze względu na perspektywę ustanowienia zakazu karnego jako ingerencji w sferę wolności i praw obywatelskich, a więc wystąpienie kolizji między wartościami, którą każdorazowo ustawodawca karny musi rozstrzygnąć, uwzględniając

konstytucji każda norma prawno-karna musi zdać test konstytucyjności. Autor, powołując się na model kontroli konstytucyjności przez Trybunał Konstytucyjny, zauważa doniosłą rolę zasady proporcjonalności w analizie decyzji kryminalizacyjnych⁸⁹ – stanowi ona regułę optymalizacyjną, którą ustawodawca musi wziąć pod uwagę przy rozstrzyganiu kolizji wartości istotnych dla społeczeństwa, przede wszystkim praw oraz wolności człowieka i obywatela, jaką jest dla P. Cychosza decyzja kryminalizacyjna; jak stwierdza autor: „[...] norma prawa karnego udziela obowiązującej już w systemie normie merytorycznej sankcji. Wprowadzenie zatem już tej pierwotnej normy stanowi ustanowienie ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji RP”⁹⁰. Na tych założeniach oraz systemie zaproponowanym przez M. Królikowskiego i R. Zawłockiego autor konstruuje model oceny decyzji kryminalizacyjnej mogący zostać przedstawiony w następujący sposób⁹¹:

Po pierwsze Cychosz postuluje identyfikację kolizji dóbr – dobra prawnego, które ustawodawca decyduje o wprowadzeniu zakazu karnego ma chronić, oraz dóbr w związku z tym ograniczanych, a także ich „ważenia”. Etap ten wymaga z jednej strony konkretyzacji chronionego dobra, a z drugiej wpisania go w jedną z klauzul generalnych wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Należy także rozważyć, czy typizowane zachowanie bezpośrednio atakuje dobro prawne, czy tylko stwarza ryzyko zagrożenia, co pozwoli ocenić na późniejszym etapie racjonalność samej typizacji, jak i surowość przewidywanej sankcji, a także ustalić relację i ewentualną hierarchię dóbr – chronionego i ograniczanego⁹². Określenie hierarchii oraz ważenie mają na celu

(harmonizując) kontekst konstytucyjny. P. CYCHOSZ, *Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2017, s. 468.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 429.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 491. Pogląd ten jest szeroko podzielany w doktrynie; na podobnym stanowisku stoją m.in. Andrzej Zoll i Jacek Giezek, por. A. ZOLL, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] *System Prawa Karnego*, II: *Źródła prawa karnego*, Warszawa 2011, s. 222; J. GIEZEK, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 162.

⁹¹ *Ibidem*, s. 468-469.

⁹² *Ibidem*, s. 471.

ustalenie, czy ograniczenie praw i wolności związanych z kryminalizacją jest zgodne z Konstytucją (czy np. Konstytucja nie absolutyzuje jakiejś wartości), oraz określenie dopuszczalnego zakresu ingerencji⁹³. Podkreślenia wymaga tutaj optymalizacyjny charakter tej reguły – nie narzuca ona ustawodawcy konkretnego rozstrzygnięcia realizacji, ale wymaga, aby pożądaný stan rzeczy (ochronę dobra) osiągnąć w jak największym stopniu, jak najmniejszym kosztem (ograniczenie dobra). Jak podkreśla autor: „[...] mechanizm ten nie poddaje się algorytmizacji i pozostaje w znacznej mierze niedookreślony. Ma zatem charakter dyskursywny, argumentacyjny, nie zaś analityczny”⁹⁴.

Kolejnym etapem ma być analiza dopuszczalności zastosowania reżimu karnego do ochrony dobra, przede wszystkim w perspektywie przesłanek ujętych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – konieczności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto*, ale także w innych normach konstytucyjnych, na przykład z zasad demokratycznego państwa prawnego oraz proporcjonalności (będącej zakazem arbitralności ustawodawcy) zakorzenionych w art. 2, czy pozostałych klauzulach limitacyjnych. Chodzi o ustalenie w pierwszej kolejności, czy w kategoriach konstytucyjnej poprawności ustawodawca spośród dostępnego mu instrumentarium w sposób adekwatny wybrał sankcję karną, a w drugiej kolejności czy zastosował ją w odpowiedni sposób, tj. zgodnie z wspomnianymi przesłankami z klauzuli limitacyjnej. W tych przesłankach, przede wszystkim „konieczności”, zawiera się wymóg zachowania zasady subsydiarności prawa karnego⁹⁵, a więc stosowania reżimu prawnokarnego, tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla efektywnej ochrony dobra. Warty wspomnienia jest także wymóg wykazania na tym etapie społecznej szkodliwości czynu, gdyż jak stwierdza autor, zasada *nullum crimen sine periculo sociali* wynika z art. 2 Konstytucji RP⁹⁶.

⁹³ *Ibidem*, s. 500 i n.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 500.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 521.

⁹⁶ Autor, poszukując normatywnego oparcia zasady *nullum crimen sine periculo sociali*, wskazuje na art. 2 Konstytucji RP, zauważając jednocześnie, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 9 października 2012 r. (P 27/11) nie podzielił tego poglądu, uznając, że brak jest podstaw do zakwestionowania zgodności z Konstytucją

Do pełnej analizy decyzji kryminalizacyjnej konieczna jest ocena sposobu ujęcia warunków karalności oraz sankcji przewidzianej za dany czyn. Chodzi o zbadanie „głębokości ingerencji” prawnokarnej, gdyż zarówno kształt znamion typu czynu zabronionego, jak i rodzaj oraz surowość sankcji mają istotny wpływ na poziom intensywności ochrony dobra prawnego i ingerencji w dobra ograniczane. Istotne jest przede wszystkim odpowiednie ukształtowanie znamion, tak aby zakres karalności nie był nadmiernie rozszerzony na przykład przez ich niewystarczające dookreślenie⁹⁷. Autor wskazuje także, że badanie *ex post* surowości sankcji nie powinno skupiać się tylko na jej ustawowej wysokości, ale też na praktyce jej stosowania przez organy państwowe⁹⁸.

VI. PORÓWNANIE POLSKICH TEORII KRYMINALIZACJI ZE SKROMNĄ TEORIĄ HUSAKA

Podobieństwa teorii wewnętrznych ograniczeń prawa karnego i polskich metod badania decyzji kryminalizacyjnej są bezdyskusyjne. Zawieranie się większości ograniczeń teorii Husaka uwydatnia się przy bliższej analizie i bezpośrednim zestawieniu z przesłankami modeli Gardockiego i Cychosza:

1. Ograniczenie czwarte, wymagające od ustawodawcy podejmującego decyzję o ustanowieniu zakazu karnego przekonującego dowodu na rzecz kryminalizacji, ma swoje odbicie w algorytmicznej teorii, gdzie występuje w siódmej przesłance absolutnej i wynika z zasad praworządności oraz częściowo w przesłance pierwszej, która nakazuje ustawodawcy udowodnienie bądź uprawdopodobnienie społecznej szkodliwości zakazywanego czynu. Podobnie w teorii kolizji, gdzie uzasadnienie kryminalizacji wymagane jest na etapie badania dopuszczalności zastosowania

kryminalizacji zachowania niewiążącego się z zagrożeniem lub naruszeniem dobra prawnego z powołaniem art. 2 Konstytucji RP jako samodzielnego wzorca kontroli. Cychosz poddaje wyrażony przez Trybunał pogląd krytyce, por. P. CYCHOSZ, *op. cit.*, s. 518-520.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 528.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 537.

reżimu karnego w świetle przesłanek wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP: „To konieczność wprowadzenia prawno-karnego reżimu odpowiedzialności musi zostać wykazana”⁹⁹.

2. Ograniczenie trzecie, *desert constraint* (zasługiwanie na proporcjonalną karę), wprost odnosi się zarówno do drugiej przesłanki L. Gardockiego, jak i etapów ważenia dóbr oraz stosowania zasad konieczności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* w teorii P. Cychosza. Analogia jest tym wyraźniejsza, kiedy zauważymy, że Husak konstatuje, iż niezasłużone są kary nadmierne, nawet mimo zachowania wymogu naganności postępowania. Ponadto nie każde negatywnie oceniane przez ustawodawcę zasługuje na zastosowanie reakcji karnoprawnej przez aparat państwa. Autor teorii kolizji w podobnym duchu stwierdza (analizując przesłankę „konieczności”): „Konstytucja nie wyklucza uznania niekonstytucyjności takiego aktu prawnego, który przewiduje surową, lecz skuteczną ingerencję w sferę praw i wolności człowieka, w przypadku ustalenia, że możliwe jest posłużenie się przez ustawodawcę środkiem znacznie mniej represyjnym, a jedynie nieznacznie mniej skutecznym”¹⁰⁰.

3. Ograniczenie drugie, konieczność naganności typizowanego czynu, po raz kolejny znajduje swoje odbicie w polskiej doktrynie. Jest ono zawarte wprost w wymogu społecznej szkodliwości, pierwszej i primarnej przesłance absolutnej teorii algorytmicznej. Wymóg ten *explicite* w modelu kolizji wymieniony jest na etapie badania dopuszczalności zastosowania reżimu karnego jako zasada *nullum crimen sine periculo sociali*, która jest pochodną klauzuli demokratycznego państwa prawa z art. 2 Konstytucji RP.

4. Kolejne podobieństwo ma miejsce na etapie założeń Husaka, które poprzedzają wprowadzenie czterech ograniczeń. Jest to fundamentalne dla niego prawo do niebycia karanym i wynikająca z niego zasada prawa karnego jako ostateczności. Dla każdego z komentowanych autorów sfera wolności człowieka jest pierwotna. Teza ta znajduje swoje odzwierciedlenie w pracy Gardockiego, gdzie znajdujemy wywód identyczny jak

⁹⁹ *Ibidem*, s. 522.

¹⁰⁰ *Ibidem*, s. 523.

amerykańskiego profesora przy uzasadnieniu przesłanki piątej („proste utylitarne powody” Husaka obejmują zarówno prakseologiczne, jak i aksjologiczne wyjaśnienie Gardockiego¹⁰¹). W teorii kolizji i harmonizacji kontekstu konstytucyjnego husakowskie prawo do niebycia karanym jest analogiczne do konstytucyjnej gwarancji wolności z art. 31 ust. 1 i ma swoje konsekwencje w zasadzie subsydiarności unormowanej w art. 31 ust. 3 Konstytucji, konkretnie w przesłance „konieczności”¹⁰².

Zasadnicza różnica między podejściem amerykańskiego profesora a rodzimej doktryny występuje przy konfrontacji pierwszego ograniczenia skromnej teorii kryminalizacji z koniecznością ochrony przed istotną krzywdą lub złem dla wprowadzenia do systemu prawnego reakcji karnoprawnej. Problem występujący w tym aspekcie zasadza się na odrębności paradygmatów, na których zostały zbudowane porównywane modele. Ograniczenie pierwsze skromnej teorii kryminalizacji należy rozumieć w kontekście zasady krzywdy Feinberga, na której została ona oparta. Gardocki i Cychosz zgodnie z kontynentalną tradycją konstruują swoje propozycje na nauce o dobru prawnym jako centralnym wyznaczniku karnoprawnych regulacji. Czy pomimo obcości koncepcji zasady krzywdy w polskiej i europejskiej doktrynie, jej zastosowanie może być dla nauki przydatne, szczególnie w kontekście ograniczenia kryminalizacji? Dagmara Gruszecka, porównując te dwa teoretycznoprawne konstrukty, uznała, że *harm principle*, ze swoją dyrektywą skupienia się na dobru i interesie jednostki, może być skutecznym remedium na rozszerzanie kryminalizacji na tzw. przedpolu dobra prawnego, które dokonuje się za pomocą dematerializacji dobra prawnego, czyli przypisywaniu samodzielnego bytu prawnego i w związku z tym prawno-karnej ochronie zjawiskom czy też instytucjom o randze abstrakcyjnej, ponadindywidualnej¹⁰³. Z jednej strony zasada krzywdy ogranicza może pole ustawodawcy. Z drugiej pozwala na kryminalizacje czynów

¹⁰¹ Por. przyp. 16 niniejszej pracy i opis przesłanki *ultima ratio* algorytmicznej teorii na s. 67.

¹⁰² O różnicy pomiędzy zasadą subsydiarności i zasadą *ultima ratio* por. S. ŻÓŁTEK, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009, s. 79-94.

¹⁰³ D. GRUSZECKA, *op. cit.*, s. 175.

z tzw. abstrakcyjnego zagrożenia dóbr prawnych¹⁰⁴, ze względu na szeroką wykładnię zakresu pojęcia interesu – według autorki za naruszenie interesu można uznać niekiedy etap abstrakcyjnego zagrożenia, gdy następuje normatywne wciągnięcie (*normative involvment*), a więc gdy moje ryzykowne działanie ma szkodliwy wpływ na postępowanie innych, łamiąc obowiązek kooperacji (*duty of cooperation*), który w feenbergowskiej koncepcji niejako wynika z zasady krzywdy i uzupełnia ją¹⁰⁵. Mimo tego janusowego oblicza *harm principle* należy pamiętać o jej indywidualizującej perspektywie. Branie pod uwagę uwikłania interesów jednostkowych w sieć interesów grupowych i społecznych, a co za tym idzie – uzasadnienie zastosowania reżimu prawnokarnego do ryzykownych zachowań zagrażających tymże ponadindywidualnym interesom, łączy się zawsze z koniecznością wykazania koniecznego i bezpośredniego związku ze szkodą jednostkową¹⁰⁶. Andrew von Hirsch tłumaczy to na przykładzie systemu podatkowego: „W ten sposób przykładowo powód, dla którego system podatkowy powinien być chroniony karnie, jest wyprowadzany ze znaczenia, które ma w państwie socjalnym pozyskiwanie pieniędzy z podatków dla zabezpieczenia poziomu życia obywateli”¹⁰⁷. Należy również pamiętać o wspomnianym w tekście przy

¹⁰⁴ „Przestępstwa abstrakcyjnego zagrożenia uznawane są za obszar prawa karnego najbardziej wysunięty na przedpole naruszenia dóbr prawnych. Autorzy analizujący przestępstwa tego rodzaju wskazują, że przyczyną ich wprowadzenia do systemu prawnego jest to, że określone w nich zachowanie, nawet jeśli w konkretnej sytuacji nie oddziałuje bezpośrednio na przedmiot ochrony, może jednak stosunkowo łatwo przekształcić się w konkretne zagrożenie, a nawet w naruszenie chronionych dóbr. Szacowane wysokie prawdopodobieństwo takiego przekształcenia jest ustawodawczym motywem ustanowienia regulacji abstrakcyjnego zagrożenia. Wystąpienie rzeczywistego zagrożenia dobra prawnego nie należy w takim przypadku do znamion czynu zabronionego – i w związku z tym nie podlega ustalaniu w konkretnych okolicznościach”. E. HRYNIEWICZ, *Przestępstwa z abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*, Warszawa 2012, s. 7.

¹⁰⁵ D. GRUSZECKA, *op. cit.*, s. 173.

¹⁰⁶ *Ibidem*, s. 181.

¹⁰⁷ A. VON HIRSCH, *Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle”*, [w:] R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel*, Baden-Baden 2003, s. 21, cyt. za: D. GRUSZECKA, *op. cit.*, s. 181.

okazji omówienia pierwszej przesłanki wymogu podwójnego, normatywnego i nienormatywnego uwikłania w cudzy interes – wyrządzenie krzywdy musi wiązać się z przekroczeniem dozwolonych granic i wtargnięciem w cudzy interes, co powoduje ujemne konsekwencje. Zasada krzywdy w takim ujęciu przypomina wypracowaną przez niemiecką doktrynę tzw. personalistyczną naukę o dobrach prawnych. Przyjmuje ona podobną, jednostkową optykę. Według niej dobra ponadindywidualne mogą zyskiwać legitymizację, po pierwsze, gdy nie da się zastąpić ich dobrami indywidualnymi, po drugie, gdy dobra te służą dobrom indywidualnym osoby, zabezpieczając je i zapewniając rozwój jednostce¹⁰⁸.

Analogie między tymi doktrynami manifestują się wyraźnie przy bezpośrednim porównaniu, a obcość w kontynentalnej kulturze prawnej zasady krzywdy i opartej na niej skromnej teorii Husaka znacząco maleje. Dzięki temu „wsparcie zza oceanu” można na nowo przemyśleć naukę o dobrach prawnych i zaprząć ją do jej pierwotnego celu – ograniczenia swobody ustawodawcy karnego i tym samym zawężenia zakresu kryminalizacji¹⁰⁹. Przejdę tym samym do próby przyłożenia ograniczeń teorii wewnętrznych granic prawa karnego do uzasadnienia kryminalizacji marihuany (a pośrednio, także innych substancji) przedstawionej przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 4 listopada 2014 r. o sygnaturze SK 55/13.

VII. PERSPEKTYWA POLSKA – SKROMNA TEORIA KRYMINALIZACJI A KRYMINALIZACJA NARKOTYKÓW W POLSCE (PRÓBA APLIKACJI I OCENY)

Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się na temat konstytucyjności kryminalizacji konopi innych niż włókniste w wyżej wspomnianym wyroku z 4 listopada 2014 r. o sygnaturze SK 55/13. Judykat ten jest efektem skargi konstytucyjnej Łukasza Polakowskiego, w której kwestionował zgodność art. 62 oraz art. 63 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu

¹⁰⁸ Szerzej na ten temat: D. GRUSZECKA, *op. cit.*, s. 27 i podana tam literatura.

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 24.

narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) w zakresie, w jakim dotyczą konopi, z art. 31 ust. 3 w związku z art. 47, art. 53, art. 68 oraz art. 40 Konstytucji RP. Trybunał w sentencji wyroku stwierdził zgodność skarżonych przepisów z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a w pozostałym zakresie umorzył postępowanie. Omawiane orzeczenie było już przedmiotem krytyki w doktrynie¹¹⁰. Niezwykle atrakcyjna dla rozważań zamieszczonych w niniejszym tekście będzie analiza uzasadnienia przedstawionego przez Trybunał z perspektywy ograniczeń skromnej teorii kryminalizacji.

1. Występowanie istotnej krzywdy lub zła

Według teorii wewnętrznych granic prawa karnego reakcja karnoprawna musi być uzasadniona zapobieganiem istotnej krzywdzie lub złu, rozumianej jako wyrządzanie szkody lub niesprawiedliwe traktowanie drugiej osoby poprzez wejście w zakres interesu drugiej osoby i tym samym powodowanie niepowodzenia w nim. Konieczne w takim wypadku jest rozpoznanie, czy i jak Trybunał zidentyfikował krzywdę w takim rozumieniu. W analizowanym orzeczeniu podsumowane zostały ujemne konsekwencje zażywania marihuany:

„Trybunał Konstytucyjny, podsumowując wcześniejsze ustalenia, wziął pod uwagę, że istnieją argumenty uzasadniające przyjęte rozwiązanie:

- potwierdzone badaniami negatywne skutki zażywania marihuany,
- nowe techniki produkcji wpływają na siłę działania zarówno haszyszu, jak i marihuany,
- marihuana jest najczęściej używanym narkotykiem na świecie, a w wielu wypadkach narkotykiem progowym, tzn. poprzedzającym inicjację innych substancji psychoaktywnych,
- używanie narkotyków »miękkich« (także marihuany) rodzi uzasadnione ryzyko sięgnięcia w nieodległej perspektywie czasu po środki silniejsze (»narkotyki twarde«), co określa się mianem eskalacji używania narkotyków i substancji psychoaktywnych,

¹¹⁰ Por. J. KULESZA, *Glosa do wyroku TK z dnia 4 listopada 2014 r.*, SK 55/13, «PiP» 71.11/2016, s. 132-138; A. JEZUSEK, *Glosa do wyroku TK z dnia 4 listopada 2014 r.*, SK 55/13, «Przegląd Sądowy» 11-12/2015, s. 194-204.

- posiadanie poprzedza konsumpcję lub dystrybucję narkotyków, toteż kryminalizacja posiadania »zniechęca« do zażywania narkotyków i ułatwia walkę z handlarzami narkotyków,
 - z zażywaniem marihuany wiąże się ryzyko uzależnienia, a prawo nie może sprzyjać samozniszczeniu człowieka,
 - jeśli nawet mechanizm uzależnienia od marihuany nie jest do końca znany, to istnieją dowody na występowanie uzależnienia psychicznego,
 - alkohol i narkotyki różni głębokość uzależnienia i jego społecznych konsekwencji, toteż ich odmienne traktowanie jest uzasadnione”.

W cytowanym fragmencie Trybunał posługuje się argumentem paternalistycznym, wzmocnionym jedynie przesłankami „zdrowia publicznego” oraz „porządku publicznego” wymienionymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Trybunał zauważył, że zdrowie publiczne to pojęcie o charakterze abstrakcyjnym, niemające konkretnych odniesień i przez to trudne do zmierzenia i wyznaczenia jego zakresu (cz. III pkt 8.2.3 dyskutowanego orzeczenia). Przez porządek publiczny należy rozumieć według Trybunału: „[...] stan harmonijnego współżycia członków społeczeństwa. [...] Przez porządek publiczny, w kontekście badanych przepisów, należy rozumieć taką organizację życia publicznego, dzięki której chroni się jednostki przed niepożądanym, niszczącym także struktury społeczne, zjawiskiem narkomanii” (cz. III pkt 8.2.1). Argumenty paternalistyczne i argument ze zdrowia publicznego były przedmiotem krytyki Husaka – państwo nie ma prawa do ingerencji w sferę wolności i prywatności obywatela „dla jego dobra”¹¹¹, nie może zakazywać czegoś Smithom, tylko dlatego, że Jonesowie mogą sobie z tym nie poradzić. Zdrowie publiczne jest z jednej strony przejawem tego samego, paternalistycznego argumentu, a z drugiej traktowania zjawiska narkomanii jak choroby epidemiologicznej, co w świetle współczesnego stanu wiedzy na temat uzależnień należy uznać za wyjątkowo wątpliwe¹¹². Argument doskonale uzasadniający na przykład konieczność obowiązku szczepień

¹¹¹ Por. na temat liberalnego stosunku do paternalizmu L. MORAWSKI, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa: prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 173.

¹¹² Na temat zażywania narkotyków i uzależnień por. badania przeprowadzone przez Bruce’a Aleandra <http://www.brucealexander.com/articles-speeches/>

w tym przypadku ma podstawy dużo słabsze – nie uwzględnia wolnej woli jednostek. Z kolei przesłanka porządku publicznego na pierwszy rzut oka może pod pewnymi względami spełniać pierwsze ograniczenie – obowiązek kooperacji wywodzony z zasady krzywdy pokrywa się w pewnym zakresie z pojęciem porządku publicznego zdefiniowanego jako stan harmonijnego współżycia członków społeczeństwa, w którym narkomania sprowadza duże ryzyko naruszenia cudzych interesów. Jednakże jak zostało wcześniej omówione, by na gruncie tej zasady legitymizować kryminalizację z abstrakcyjnego zagrożenia, należy wskazać, jak bezpośrednio i koniecznie konkretyzuje się ona w indywidualnej krzywdzie. Można wymienić tutaj krzywdę rodziny użytkowników narkotyków, pracodawcy i współpracowników czy też współuczestników ruchu drogowego. Odpowiadając na ten zarzut, Husak stwierdza, że każdy przecież powinien mieć prawo bycia złym bratem, dzieckiem, siostrą czy pracownikiem bez obawy o sankcję kryminalną; jest to sfera, w której wolność do samostanowienia o sobie i bycie wolnym od ingerencji państwa powinny być niezaprzecalne. Z kolei prowadzenie pojazdu pod wpływem narkotyków czy zapewnienie odpowiedniej opieki dziecku efektywniej funkcjonuje poprzez typizację zachowań bezpośrednio tych zjawisk dotyczących. Jak widać, uzasadnienie Trybunału nie czyni zadość wymaganiom stawianym przez pierwsze ograniczenie teorii wewnętrznych granic prawa karnego.

2. Naganność postępowania

Drugie ograniczenie teorii Husaka nakazuje nam sprawdzenie, czy jesteśmy skłonni uznać kryminalizowane zachowanie za naganne – innymi słowy, czy jest to klasyczna *mala per se*, czy też odpowiednio uargumentowane *mala prohibita*. Analizując argumenty Trybunału wskazujące na naganność posiadania i używania marihuany, oprócz wyżej wymienionych przesłanek szkodliwości narkotyków, zdrowia publicznego i zachowania porządku publicznego zauważyć można próbę powołania się na moralność publiczną jako przesłankę uzasadniającą

rat-park/148-addiction-the-view-from-rat-park, dostęp 20 sierpnia 2017 r.; J. HARI, *Chasing the Scream: The First and Last Days of the War on Drugs*, Bloomsbury USA 2015.

kryminalizację – Trybunał stwierdza, że: „Normy prawnokarne nadają się do realizacji celów deklarowanych przez ustawodawcę, służą ochronie wartości [...] i odpowiadają aktualnym względom kulturowym. [...] Przebieg prac parlamentarnych dowodzi, że ustawodawca uwzględnił postulat aksjologiczny, oparty na obiektywnie akceptowalnych wartościach moralnych” (cz. III pkt 8.4.2), jednakże w innym miejscu sam pozbawia się tego argumentu, wskazując na podział opinii publicznej co do kryminalizacji narkotyków: „W najnowszym raporcie EMCDDA [European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction – G.W.-K.] Tendencje i osiągnięcia. 2014 zwrócono uwagę, że dane dotyczące postaw społecznych w Unii Europejskiej wskazują, iż konopie indyjskie są narkotykiem, wobec którego opinia publiczna jest najbardziej podzielona” (cz. III pkt 5.2). Inną próbą uzasadnienia negatywnej oceny posiadania i używania marihuany jest jej kulturowa obcość: „Narkotyki są substancjami kulturowo obcymi, co decyduje o ich destrukcyjnym wpływie na społeczeństwo zachodnie i o konieczności stworzenia, wobec braku jakichkolwiek mechanizmów ich nieformalnej kontroli, stosownych mechanizmów kontroli formalnej. Ten argument wprost uzasadnia interwencję poprzez ustawodawstwo prohibicyjne i sankcje karne mające stanowić w tym wypadku substytut mechanizmów kontroli nieformalnej” (cz. III pkt 8.2.4). Trybunał, posługując się przytoczoną argumentacją (pomijając jej wątpliwą zasadność w dobie globalizacji), staje na stanowisku niezgodnym z ustaleniami antropologii. Już przed II wojną światową powstawały prace na temat obecności substancji psychoaktywnych w praktykach zarówno medycznych, jak i rekreacyjnych, na terenach Europy Środkowo-Wschodniej, nie tylko wśród elit, na przykład praca Sary Benetowej *Konopie w wierzeniach i zwyczajach ludowych (Le chanvre dans les croyances et les coutumes populaires)*¹¹³. Trudno w tym świetle uznać posiadanie i używanie marihuany za przestępstwo z gatunku *mala per se*, a wywód Trybunału oparty na jej obcości za nieprzekonujący, skoro od wielu lat jest ona obecna w praktykach społeczeństw należących do naszego kręgu kulturowego. Tym samym

¹¹³ Por. S. BENETOWA, *Konopie w wierzeniach i zwyczajach ludowych (Le chanvre dans les croyances et les coutumes populaires)*, Warszawa 1936, s. 21-38.

naganność posiadania i zażywania marihuany należy uznać za nieudowodnioną przez Trybunał, co w konsekwencji oznacza „niezdanie” testu z drugiego ograniczenia teorii Husaka.

3. Zasługiwanie na proporcjonalną karę

Analizowany wyrok SK 55/13 jest wyjątkowy pod względem zastosowania w nim pełnego testu proporcjonalności do badania konstytucyjności kryminalizacji. Trybunał charakteryzuje go jako badanie, czy „1) wprowadzona regulacja ustawowa jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (jest przydatna); 2) regulacja ta jest wymagana do ochrony interesu publicznego, któremu służy (jest niezbędna); 3) jej korzyści pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (jest proporcjonalna w ścisłym tego słowa znaczeniu)” (cz. III pkt 8.4.1). Test ten w dużej mierze pokrywa się z ograniczeniem trzecim, które wprowadza konieczność zasługiwania na ujemne efekty zastosowania sankcji karnoprawnej (a więc surowego traktowania i potępienia związanych z karą), co łączy się z wymogiem udowodnienia przydatności i niezbędności przepisu penalnego, a także wymieniony wprost w obu modelach wymóg proporcjonalności normy prawnokarnej, a więc zakaz nadmiernej represyjności w stosunku do typizowanego czynu i korzyści z kryminalizacji wynikających.

Analizując spełnienie przez skarżone przepisy wymogu przydatności, Trybunał określił cel polityki narkotykowej ustawodawcy: „Podstawowym realnym założeniem wszelkich działań wobec narkomanii jest ograniczenie używania środków odurzających” (cz. III pkt 8.4.2). Jest to podejście opisane wcześniej¹¹⁴ w niniejszym tekście jako redukcja użytkowników (*use reduction*), które jest przedmiotem krytyki Husaka z kilku wspomnianych już perspektyw: niewłaściwego przeprowadzenia utylitarne rachunku zysków i strat (mimo mniejszej liczby użytkowników szkody mogą być większe), nieskuteczne zapobieżenie bezpośredniej krzywdzie (mniej skuteczne niż zorientowana na tym punkcie redukcja szkód), mechanizm zakazanego owocu czy opóźnienie legislacyjne wobec nowo tworzonych substancji. Trybunał ostatecznie stwierdził

¹¹⁴ Por. s. 59-61 niniejszego tekstu.

zarówno adekwatność, jak i niezbędność tego środka, podkreślając brak jednoznacznych dowodów na nieskuteczność tej sankcji karnej, jak i wiele wątpliwości, czy środki mniej dolegliwe byłyby w stanie celowi sprostać (cz. III pkt 8.4.2), pomimo tego, że w wyroku przytaczał raporty przeczące tej tezie. Ich przykładem są opinie Ministerstwa Sprawiedliwości oraz ekspertów na temat regulacji dotyczącej posiadania marihuany w poprzednich ustawach: z 2000 r.: „[...] z zebranych opinii na temat funkcjonowania znowelizowanego w 2000 r. art. 48 ustawy z 1997 r. wynikało, że przywrócenie karalności posiadania »na własny użytek« środków odurzających i substancji psychotropowych (wskutek skreślenia ust. 4 w art. 48 u.p.n.) nie przyczyniło się w ciągu kolejnych czterech lat do ograniczenia konsumpcji narkotyków w Polsce” (cz. III pkt 2.2.2), oraz z 2005 r.: „Regulacja ta nie osiągnęła także drugiego celu, jaki przed nią stawiano, nie ograniczyła dostępności narkotyków, co potwierdziły badania Instytutu Psychiatrii i Neurologii przeprowadzone w Warszawie. [...] argumentowano, że w wyniku przeprowadzenia badań i analiz danych statystycznych gromadzonych przez Wydział Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości, dotyczących funkcjonowania ustawy z 2005 r. sformułowany został wniosek, że założenia legislacyjne tej ustawy w zakresie ograniczenia konsumpcji narkotyków w Polsce nie zostały zrealizowane, a ponadto doprowadziły do powstania dwóch niekorzystnych zjawisk społeczno-prawnych: po pierwsze, udaremniły organom ścigania penetrację środowiska osób zajmujących się wprowadzaniem do obrotu substancji odurzających; po drugie, »wykreowały« nową kategorię przestępców, jakimi stały się osoby uzależnione i używające nielegalne substancje psychoaktywne. W świetle polskiego prawa są to osoby chore, a uzależnienie od substancji psychoaktywnych – podobnie jak uzależnienie od alkoholu – jest jednostką chorobową” (cz. III pkt 7.1). Co istotne z perspektywy wymogu zasługiwania na karę, Trybunał wskazał, że reakcje karnoprawne dotyczą w dużej mierze ludzi uzależnionych, a więc chorych. Karanie ich za postępowanie związane z ich chorobą wydaje się wielce kontrowersyjne, a zastosowanie surowego reżimu odpowiedzialności karnej, który wywołuje tak negatywne skutki społeczne, należałoby uznać za przeciwnie skuteczne. Co więcej, Trybunał, stwierdzając dopuszczalność i adekwatność kryminalizacji

posiadania narkotyków, stwierdził, że: „[...] ze względu na ochronę praw konstytucyjnych, polityka antynarkotykowa w Polsce również powinna zmierzać do zmiany priorytetów w polityce przeciwdziałania narkomanii. Jej optymalizacyjnym celem mogłaby być depenalizacja określonych czynów związanych z posiadaniem marihuany” (cz. III pkt 8.4.4). W tym świetle wykazanie spełnienia kryteriów *desert constraint* należy uznać za niewystarczające.

4. Ciężar dowodu

Ograniczenie czwarte skromnej teorii kryminalizacji nakłada na zwolennika zastosowania reakcji karnoprawnej ciężar udowodnienia pozytywnych rezultatów takiego postępowania. Jeśli nie ma przekonujących argumentów i dowodów na jego zasadność, to zgodnie z zasadą *in dubio pro libertate* (wynikającą w husakowskim modelu z podstawowego prawa do niebycia karanym) należy odstąpić od kryminalizacji. Wywód Trybunału w omawianym judykacie jest w tym aspekcie zupełnie niezadowalający. Przede wszystkim, Trybunał, przeprowadzając test proporcjonalności, nie rozwiął przytoczonych wyżej wątpliwości, które zresztą sam przywołał. Dotyczyły one adekwatności i niezbędności sankcji karnoprawnych do osiągnięcia założonego przez ustawodawcę celu – przeciwdziałaniu zjawisku narkomanii. Trybunał nie podał także żadnych niepodważalnych argumentów na skuteczność, adekwatność i konieczność proponowanego przez ustawodawcę rozwiązania, stwierdzając każdorazowo, że brak jest jednoznacznych dowodów na nieadekwatność (cz. III pkt 8.4.2), a także na nieskuteczność oraz niekonieczność (cz. III pkt 8.4.3). Przerzucił więc ciężar dowodu i zastosował przeciwną do *in dubio pro libertate* zasadę. Co więcej, dla uzasadnienia prohibicji w zakresie dostępu do marihuany stawia tezę o jej eskalacyjnym charakterze – używanie marihuany prowadzi do sięgnięcia po środki silniejsze i bardziej szkodliwe. Właśnie ta cecha ma sprawiać, że marihuana różni się od alkoholu oraz tytoniu i tym samym usprawiedliwiać ma zastosowanie innych rozwiązań wobec tych substancji (cz. III pkt 5.2). Jednakże w dalszej części uzasadnienia Trybunał sam stwierdza, że kwestia ta jest sporna i nie istnieją wiarygodne, empiryczne badania na ten temat (cz. III pkt 8.2.4). Za uzasadnienie kryminalizacji posiadania

konopi innych niż włókniste służy więc Trybunałowi wniosek, że: „[...] używanie marihuany nie pozostaje bez wpływu na organizm zażywającą ją osoby oraz jego określone funkcje życiowe” (cz. III pkt 8.2.4).

W omawianym wyroku ciężar dowodu zostaje niezgodnie z teorią wewnętrznych granic prawa karnego przerzucony na stronę optującą przeciw kryminalizacji, a jedna z głównych przesłanek zasadności stosowania wobec posiadaczy marihuany sankcji karnoprawnej, pozwalająca uzasadnić ingerencję w sferę prywatności obywatela na podstawie wymienionej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przesłanki zdrowia publicznego, nawet w opinii samego Trybunału nie jest bezsporna.

VIII. ZAKOŃCZENIE

Podsumowując, wydaje się, że skromna teoria kryminalizacji znajduje odzwierciedlenie w polskiej doktrynie prawa karnego oraz nauce kryminalizacji. Jej zasadnicza różnica, polegająca na paradygmacie zasady krzywdy jako centralnym punkcie regulacji penalnych, wraz ze swoją indywidualizującą, jednostkową perspektywą może wprowadzić do kontynentalnej nauki o dobrach prawnych pewne odświeżenie i być skutecznym remedium na nadmierną aktywność aktorów procesu stanowienia i stosowania prawa w kreacji ponadindywidualnych dóbr prawnych, których ochrona zostaje objęta reżimem karnym, a także ograniczyć kryminalizację na przedpolu, która jest objawem coraz głębszego wkraczania w sferę wolności jednostki.

Radykalna teoria Husaka odrzucająca jakikolwiek paternalizm czy też moralizm prawny jest jak skierowanie reflektora w nieoświetlone miejsce, demaskuje, jak kruche w istocie jest uzasadnienie kryminalizacji narkotyków po obu stronach Atlantyku. Zarówno wątpliwe argumenty przemawiające za utrzymaniem stanu kryminalizacji posiadania oraz używania środków odurzających, jak i nieskuteczność tego typu regulacji powinny stać się bodźcami do przemyślenia polityki karnej w tym zakresie. Skromna teoria kryminalizacji przykładana do kolejnych instytucji może dać podobne efekty, jednak każdorazowa analiza kolejnych przepisów może być syzyfową pracą, o ile nie zmieni się podejście do

prawa karnego w życiu społecznym. Kolejne wypowiedzi naukowców powinny stanowić asumpt do rozstrzygnięcia, jak pisał 60 lat temu Włodzimierz Wolter: „[...] czy bodźcami naszego życia mają być na każdym kroku zakazy karne, czy życie nasze ma być nieustannym tańcem wśród mieczów – to jeden biegun; czy też tych zakazów ma być tak mało, by życie rozwijać się mogło zupełnie żywiołowo, a państwo pełniło rolę osławionego »stróża nocnego« – to drugi biegun; czy wreszcie należy dążyć do jakiegoś złotego środka, gdzie działać mają w pierwszym rzędzie inne legalne bodźce, a norma karna ma być *ultima ratio*»¹¹⁵.

DEKRYMINALIZACJA POSIADANIA I UŻYWANIA NARKOTYKÓW WEDŁUG DOUGLASA HUSAKA. PERSPEKTYWA POLSKA

Streszczenie

Artykuł przedstawia teorię kryminalizacji Douglasa Husaka, która aspiruje do bycia normatywnym miernikiem zasadności regulacji prawnokarnych. W przeglądzie dorobku naukowego i publicystycznego profesora Husaka ukazane jest, jak konkretyzuje się ona w przypadku zakazu posiadania i zażywania narkotyków. W drugiej części artykułu przedstawione są dokonania polskiej doktryny na tym polu oraz przeprowadzona jest analiza porównawcza teorii Husaka i polskiej nauki. Artykuł zwieńczony jest omówieniem wyroku Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego kryminalizacji posiadania oraz uprawy marihuany w świetle postulatów amerykańskiego naukowca.

DOUGLAS HUSAK'S OPINION ON THE DECRIMILISATION OF DRUG POSSESSION AND USE: THE POLISH PERSPECTIVE

Summary

This paper presents Douglas Husak's theory of criminalisation, which claims to be the normative standard for the construction of criminal

¹¹⁵ W. WOLTER, *Granice i zakres karania*, «PiP» 12.2/1957, s. 243.

regulations. I examine Professor Husak's work in scholarship and journalism to show the practical application of his theory as regards the prohibition on drug possession and use. In the second part of the paper I present the Polish legal doctrine on the theory of criminalisation and compare it to Husak's theory. My article concludes with an analysis of the judgment handed down by the Polish Constitutional Tribunal, in which the Constitutional Court expressed its position on the criminalisation of the possession and cultivation of marihuana, which I discuss in the light of Husak's postulates on this issue.

Słowa kluczowe: kryminalizacja; Douglas Husak; zasada krzywdy; dobra prawne; kontratyty; narkotyki.

Keywords: criminalisation; Douglas Husak; the harm principle; legal goods; justification; drugs.

Literatura:

- BENETOWA S., *Konopie w wierzeniach i zwyczajach ludowych (Le chanvre dans les croyances et les coutumes populaires)*, Warszawa 1936.
- BENTHAM J., *Wprowadzenie do zasad moralności i ustawodawstwa*, Warszawa 1959.
- BŁACHNIO-PARZYCH A., *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, Warszawa 2011.
- CYCHOSZ P., *Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2017.
- FEINBERG J., *Harm to the Others*, New York 1984.
- GARDOCKI L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.
- GIEZEK J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.
- GRUSZECKA D., *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia*, Warszawa 2012.
- HARI J., *Chasing the Scream: The First and Last Days of the War on Drugs*, Bloomsbury USA 2015.
- HUSAK D., *Applying Ultima Ratio: Skeptical Assesment*, «Ohio State Journal of Criminal Law» 2.2/2005, s. 539-545.
- HUSAK D., *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford 2009.
- HUSAK D., *Reservations about overcriminalization*, «New Criminal Law Review» 14.1/2011, s. 97-107.

- HUSAK D., *The Nature and Justifiability of Nonconsumment Offenses*, «Arizona Law Review» 39/1995, s. 151-183.
- HUSAK D., DE MARNEFE P., *The Legalization of Drugs*, New York 2011.
- JEZUSEK A., *Glosa do wyroku TK z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13*, «Przegląd Sądowy» 11-12/2015, s. 194-204.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-31, I*, red. M. KRÓLIKOWSKI, R. ZAWŁOCKI, Warszawa 2015.
- KULESZA J., *Glosa do wyroku TK z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13*, «PiP» 71.11/2016, s. 132-138.
- KULESZA J., *Zarys teorii kryminalizacji*, «Prokuratura i Prawo» 11-12/2014, s. 87-111.
- MILL J.S., *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959.
- SZCZUCKI K., *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015.
- WOLTER W., *Granice i zakres karania*, «PiP» 12.2/1957, s. 235-243.
- ZOLL A., *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] *System Prawa Karnego, II: Źródła prawa karnego*, red. T. BOJARSKI, Warszawa 2011.
- ŻÓŁTEK S., *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009.