

25. 11. 2019

l. dn. 15.11.2019

W P Ł Y N Ę Ł O

Dr hab. Adam Dyrda

Kraków, 18 listopada 2019

Katedra Teorii Prawa

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Jagielloński

RECENZJA

czyli ocena dorobku naukowego **dra Michała PENO** obejmującego jego monografię pt. ***Filozoficzne podstawy kryminalizacji. Rozważania na tle zła, przestępstwa i polityki prawa*** (Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2019), wskazaną jako główne osiągnięcie naukowe w postępowaniu habilitacyjnym.

-- Z uwagi na powołanie mnie przez Centralną Komisję ds. Stopni i Tytułów do komisji habilitacyjnej w charakterze recenzenta, niniejszym przedstawiam moją ocenę dorobku dra Michała PENO. Zgodnie z obowiązującym prawem ocenie w postępowaniu habilitacyjnym podlegają osiągnięcia naukowe habilitanta uzyskane, tj. opublikowane lub inaczej ogłoszone po otrzymaniu stopnia doktora. Recenzent jest zobowiązany do rozstrzygnięcia czy wskazane osiągnięcia stanowią *znaczny wkład* osoby ocenianej w rozwój dyscypliny naukowej oraz czy aktywność naukowa tej osoby miała charakter „istotnej”. Ocenia się dodatkowo także osiągnięcia dydaktyczne, popularyzatorskie i współpracę międzynarodową. W związku z tym, recenzja ta sporządzona jest wedle następującego wzoru: najpierw oceniam osiągnięcia naukowo-badawcze (w tym jego główne osiągnięcie naukowe), następnie dorobek dydaktyczny i popularyzatorski, a na koniec krajową i międzynarodową współpracę Habilitanta, za każdym razem badając, czy szczegółowe prawem przewidziane kryteria zostały spełnione. --

I. OCENA OSIĄGNIĘĆ NAUKOWO-BADAWCZYCH HABILITANTA

1. GŁÓWNE OSIĄGNIĘCIE: MONOGRAFIA PT. „FILOZOFICZNE PODSTAWY KRYMINALIZACJI”

a. TREŚĆ PRACY

Zadaniem pracy jest zbadanie sposobów pojmowania przestępstwa, a także charakterystyka pojęcia przestępstwa „w odwołaniu do cech niezależnych od prawa pozytywnego” (s. 7). To ostatnie ma się sprowadzać do „wyjaśnienia niejako naturalnej przestępności pewnych czynów” (s. 3 autoreferatu). Na s. 9 książki Habilitant wskazuje, że celem książki jest „wskazanie, że przestępstwo nie jest jurydyczną fikcją” a „odpowiedzialność karna nabiera sensu, jeśli uwzględni się pierwiastek aksjologiczny tej odpowiedzialności”. Już w tym miejscu cel pracy wydaje się raczej trywialny, bo trudno wyobrazić sobie na jakich innych podstawach niż aksjologiczne możliwe byłoby *uzasadnienie* kryminalizacji. Trudno wyobrazić sobie racjonalną obronę przeciwnego stanowiska (poza stanowiskami skrajnie naturalistycznymi). Dotyczy to zarówno *mala per se*, jak i *mala prohibita* (z tym, że w tym ostatnim wypadku aksjologiczne podstawy mogą nie być po prostu podzielane przez większość społeczeństwa – przy czym w przypadku *mala prohibita* niekoniecznie musi chodzić tutaj o wartości wyłącznie moralne). W związku z tym znaczna część pracy poświęcona jest dyskusji teorii i pojęć etycznych (takich jak odpowiedzialność, zło). Ostatnim zdaniem pracy jest „określenie dyrektyw z zakresu polityki prawa odwołujących się do pojęcia zła”, a więc takich których spełnienie zagwarantuje, że „prawo karne [będzie] stanowiło możliwie mocno uzasadnioną reakcję na zło” (s. 3 autoreferatu). To ostatnie zadanie sprowadzać się ma do wyjaśnienia z jakiego powodu określone czyny są (*powinny być?*) klasyfikowane jako przestępstwa. Autor pracy zakłada ogólnie „perspektywę niepozytywistyczną”, na rzecz której argumentuje pośrednio przez – jego zdaniem – zdemaskowanie ograniczeń i ujawnienie braku aksjologicznego umocowania pojęcia przestępstwa na gruncie koncepcji pozytywistycznych (które w jego przekonaniu zdają się zakładać, że przestępstwo jest właśnie „jurydyczną fikcją”). Niestety, argumenty Habilitanta w mojej ocenie opierają się pewnych **fundamentalnych nieporozumieniach metodologicznych i rzeczowych**, dotyczących natury pozytywizmu, ale nie tylko.

b. Ocena pracy

Uwaga wstępna: bez względu na dalsze zarzuty i ostateczną ocenę, chcę zaznaczyć, że już na pierwszy rzut oka widać, iż Habilitant włożył w tę pracę dużo czasu i sił. Moim zdaniem jest jednak ocenić rezultaty badań, a nie sam fakt ich prowadzenia.

DBAŁOŚĆ O JĘZYK, STRUKTURA FORMALNA, PRZYPISY. Rozważam ten aspekt oceny pracy w pierwszej kolejności, bo już przy wstępnej lekturze książki narzuca się **cała seria** uwag krytycznych.

Ogólna struktura pracy (rozdziały) jest na pierwszy rzut oka poprawna. Dokładniejsza lektura pracy ujawnia jednak, że prezentowana w ich ramach myśl nie jest zbyt dobrze usystematyzowana. Ponadto, praca zawiera także wiele istotnych mankamentów językowych, gramatycznych i stylistycznych. W pracy znajdują się liczne powtórzenia i niepotrzebne dygresje. Tym ostatnim po części praca zawdzięcza zresztą sporą objętość. Autor reprezentuje bardzo „specyficzny” styl pisania, który stanowi jednak nie atut, a wadę z punktu widzenia czytelnika. Łatwo się zgubić w toku wywodu, w którym nierzadko brak jasnego wskazania przesłanek i wniosków, obecne są błędy kategoryjne, a także puste albo niejasne anafory itp. (przykłady poniżej). Książka jest napisana chaotycznie i dlatego miejscami niezrozumiała. Wywody Habilitanta nierzadko przypominają swoisty „strumień świadomości” (szczególnie uderzyło mnie to w rozdziale 2 i 4). Niektóre fragmenty pracy zostały napisane językiem bardziej potocznym, niż naukowym. Rzuca to cień na wartość naukową pracy i poważnie utrudnia lekturę.

Sposób powoływania źródeł także budzi wątpliwości. Habilitant nagminnie konstruuje przypisy, które zwyczajnie wprowadzają w błąd, albo też wymagają domyslenia się, która informacja z tekstu znajduje oparcie w dziele powoływanym w przypisie. Takich „przypisowych” czy „bibliograficznych” amfibolii jest mnóstwo, bo też Habilitant bardzo hojnie powołuje źródła (czasami nawet nadto nadgorliwie). Przykłady eliptycznych wypowiedzi (m.in. z niejednoznacznymi przypisami) albo innych błędów znajdujemy już na pierwszych stronach książki. Pozwalam sobie niektóre z nich powołać niżej. Habilitant pisze m.in.:

- „Ważnym problemem metodologicznym jest odróżnienie dwóch sposobów podejścia do refleksji teoretycznej nad przestępstwem. Może mieć bowiem charakter deskrypcjonistyczny lub rekonstrukcjonistyczny” (s. 15) – i w tym miejscu następuje odwołanie do książki J. Woleńskiego. Problem polega na tym, że J. Woleński nie zajmuje się metodologią refleksji nad przestępstwem, tylko filozofią języka. Stąd przypis może wprowadzić niezorientowanego czytelnika w błąd. Należałoby najpierw wskazać pobieżnie jaka jest relacja metodologii filozoficznej w obrębie prawoznawstwa do szczegółowych rozważań w ramach filozofii prawa karnego. Problemem jest tutaj więc błędnie skonstruowana anafora w zdaniu drugim: nie wiadomo czy to, co „może mieć” charakter X lub Y to problem metodologiczny, odróżnienie, dwóch sposobów podejścia..., refleksja teoretyczna czy też przestępstwo?
- Kilka wersów niżej, w kontekście omawiania analizy deskrypcjonistycznej, Autor pisze: „Istotne jest więc uwzględnienie faktu, że badania słowa „odpowiedzialność” z konieczności prowadzą do ustaleń dotyczących przedmiotu odniesienia. Willard Van Orman Quine wierzył, że „wzięta w całości nauka pozostaje w podwójnej zależności – od języka i od doświadczenia”*. Aby mówić o rzeczywistości, choćby tylko pomyślanej, ostatecznie konieczne staje się odwołanie do języka. Jednocześnie ukształtowany w toku historycznego rozwoju język trafnie oddaje strukturę rzeczywistości.” (s. 15-16). W miejscu „*” następuje przypis do zbioru esejów Quine’a. Niestety sam przypis wprowadza w kontekście tego fragmentu w błąd. Pogląd wyrażony przez Quine’a jest

tutaj użyty instrumentalnie i arbitralnie. Po pierwsze, Quine nigdy nie uważał dziedzin normatywnych za poznawczo znaczące: tak więc etyka czy prawoznawstwo naukami dla niego nie były. Stąd odwołanie do Quine'a jest mylące w kontekście dyskusji metodologicznej w obrębie prawoznawstwa. Pod drugie, akapit sugeruje, że Quine był deskrypcjonistą, a co więcej, że wierzył w pewną wersję tezy o izomorfizmie języka i świata. Tymczasem nie można przypisywać pragmatyście Quine'owi takich poglądów! Przywołanie w tym miejscu Quine'a świadczy o powierzchowności myśli Autora: instrumentalne przywoływanie cytatu wyrwanego z kontekstu nie ma żadnej wartości naukowej. Można podejrzewać, że na podobnej zasadzie Habilitant przywołuje innych autorów i ich prace.

- Na s. 17 Autor napisał „Co do badań nad prawem naturalnym i złem nie można pominąć Mieczysława Alberta Krąpca, przy czym nie jest to wyliczenie zamknięte”. Nie-pominięcie jest wyliczeniem?
- „Jurydyczne sposoby pojmowania przestępstwa właściwe są nauce prawa. Niewolno ich utożsamiać tylko z analizą (egzegezą) tekstów prawnych i ustaleniami systematyzacyjno-walidacyjnymi, aczkolwiek chcąc zachować aktualność uwag, trzeba nolens volens dostosować je w tym punkcie do pozytywistycznego paradygmatu. Prawo można rozumieć jako prawo pozytywne – prawo obowiązujące w danym czasie w danym państwie (na określonym terytorium) będące w istocie systemem norm ustanowionych przez wyposażone w kompetencję prawodawczą organy. Jest to stosunkowo najprostszy i dający najbardziej naturalny i bliski współczesności (lub raczej zakorzeniony we współczesności) sposób mówienia o przestępstwie.” Czy sposobem mówienia o przestępstwie jest „prawo... jako prawo pozytywne”?
- „Jeśli wykroczenie sankcjonowane jest w sferze obiektywnie mierzalnej dolegliwości, na poziomie sankcji administracyjnej, w zasadzie objęcie odpowiedzialnością o charakterze karnym (z jej gwarancjami itd.) jest rozwiązaniem korzystnym dla obywateli” (s. 56). W przywoływanym zdaniu oczywiście razi brak dopełnienia („objęcie odpowiedzialnością” *KOGO?*). Błędów tego rodzaju w książce jest mnóstwo.

Przywołane i inne podobne liczne błędy językowe i niejasności rażą szczególnie w świetle własnej deklaracji Habilitanta, że „kluczowe dla pracy jest ustalenie sposobów użycia terminu «przestępstwo» w nieprecyzyjnym języku naturalnym” (s. 16).

W całej książce znajdujemy mnóstwo tego typu „kwiatków” (w tym błędów kategoryalnych, *non sequitur* itd.). Nie sposób przy tym życzliwie założyć (wobec skali problemu), że stanowią one rezultat niedostatecznie dobrej korekty językowej i redakcji książki. Świadczy to przede wszystkim o tym, że Autor miewa trudności z posługiwaniem się precyzyjnym językiem naukowym, który nie powinien pozostawiać przestrzeni dla zbędnych domysłów. Tymczasem czytelnik nieustannie musi domyślać się, co Autor miał na myśli. Poniżej kilka dodatkowych, czasami zabawnych przykładów.

- W kontekście dyskusji nad tzw. Prawem z Burgos (s. 108) Habilitant napisał: „Podstawowe było pytanie o to, czy wolno nawracać na chrześcijaństwo przy użyciu siły. Na tle snutych wówczas rozważań nad możliwymi odpowiedziami pojawiają się

interesujące informacje dotyczące sposobu pojmowania przestępstwa". W tym kontekście czytelnik ma nadzieję dowiedzieć się do jakich teorii lub argumentów odwoływały się prowadzone wówczas rozważania. Tymczasem Habilitant kontynuuje: „Otóż odpowiedź, którą dawali współcześni filozofowie, odwoływała się do kanibalizmu...”. Należałoby raczej napisać, że odpowiedź „wskazywała powszechność zjawiska kanibalizmu jako argument na rzecz interwencji”, czy coś w tym rodzaju. Odpowiedź „odwołująca się” do kanibalizmu sugeruje natomiast, że mądrzy ludzie odpowiadający na wskazanie pytanie w owym czasie mieli jakąś koncepcję filozoficzną, na której bazowali swoją odpowiedź. I że tą koncepcją był „kanibalizm”.

- „Najogólniej mówiąc, przestępstwo dla prawników (przynajmniej w Polsce) to czyn zabroniony przez ustawę pod groźbą kary jako zbrodnia lub występki, bezprawny, zawiniony i społecznie szkodliwy w stopniu większym niż znikomy. Jakkolwiek poszczególne elementy mogą różnić się w zależności od państwa czy partykularnych poglądów doktryny prawniczej” (s. 43). Zestawienie „najogólniej mówiąc” i „przynajmniej w Polsce” każe się zastanowić nad uniwersalnością tej definicji, tym bardziej, że w kolejnym zdaniu mowa o tym, że jest ona prawdziwa także w przypadku pojmowania przestępstwa na gruncie prawa *jakichś* innych państw.
- „Przestępstwo to zachowanie uznane za niepożądane z punktu widzenia podmiotu sprawującego władzę polityczną w takim stopniu, że stanowi nie tylko naruszenie prawa, lecz także przestępstwo [?] jako przypadek naruszenia uznany za szczególnie mocno zagrażający interesom rządu czy elit wyposażonych w władzę polityczną.” (s. 76). Mam wrażenie, że to zdanie łamie jednak przyjęte w języku polskim zasady kompozycji, a także, że autor w zasadzie popełnia błąd *idem per idem*. Cały ten akapit jest w moim uznaniu, całkowicie zbędny.
- „Faktem jest, że ludzie są skłonni do zachowań umiarkowanie altruistycznych, pozostając egoistami w takim zakresie, w jakim realizuje się program opisany przez teorię ewolucji. Nie można również przemilczeć istnienia w każdej ludzkiej zbiorowości osobników o skłonnościach antyspołecznych, co dobrze oddaje pojęcie psychopatii” (s. 148). To zdanie pada w kontekście zdawkowej dyskusji poglądu Griffina i Harta, że ludzie mają pewne naturalne skłonności altruistyczne. Zwracam jednak uwagę na to, że żadne pojęcie (w szczególności pojęcie psychopatii), jako meta-językowy byt (intensjonalny) nie może „oddawać” faktu istnienia jakiegoś zjawiska, a co najwyżej jakieś zjawisko ujmować albo opisywać. Przy okazji (choć nie miało tu być uwag merytorycznych): błędne jest twierdzenie, że teoria ewolucji opisuje jakiś „program”, bo powszechne jest przekonanie (od Darwina po Dawkinsa), że ewolucja nie ma celu; polemizował z tym co prawda Wallace i inni, ale i tak należałoby się powstrzymać od mówienia o jakimś „ewolucyjnym” programie; skądinąd warto byłoby też wyjaśnić w tym miejscu znaczenie „umiarkowanego altruizmu”, skoro ten termin pojawia się w pracy po raz pierwszy).
- „Przedmiotem dyskusji jest to, czy aby uznać czyn za moralne zło, musi mieć on skutek w postaci szeroko pojmowanej szkody, przynajmniej na pewnym minimalnym poziomie. Wydaje się, że jeśli nie ma szkody mogącej przybrać choćby postać

wyimaginowanego obrazu bóstwa, nie ma mowy o czynie złym” (s. 172). Obraz bóstwa ma stanowić „szkodę”?

- W kontekście dyskusji koncepcji przestępstw Lernella Habilitant napisał: „Jeśli bowiem uznać, że z jurydycznego punktu widzenia przestępstwem jest każdy i taki czyn, który jest nazwany przestępstwem przez obowiązującą ustawę, to nie ma przeszkód, by w pewnych szczególnych i wyobrażonych raczej warunkach uznać za przestępstwo samą myśl, na przykład nieelegancką myśl o cudzej żonie – jeśli założyć, że działałby mechanizm wewnętrznie przymuszający do ujawnienia myśli (np. strach przed bóstwem), byłby to akt przestępny w sensie jurydycznym (choć nie byłoby ani czynu, ani decyzji woli). Przykłady można mnożyć” (s. 38). W moim przekonaniu argument ten nie działa. Najpierw Habilitant zakłada, że przestępstwem jest „czyn”, następnie argumentuje, że „w pewnych warunkach” przestępstwem może być myśl, choć wyraźnie wskazuje, że nie jest ona czynem. Na s. 158 stwierdza zresztą, że „współcześnie trudno bronić poglądu, że przestępstwo może nie być czynem”. Szkoda też, że Autor nie przedstawił dodatkowych przykładów.
- „W odróżnieniu od prawa brak albo niepełna świadomość tego, że zamierzone i realizowane działanie jest niezgodne z regułami moralnymi, nie będzie wykluczać uznania zachowania za przejaw zła”(s. 174) – *CO* jest „w odróżnieniu od prawa”? (ten fragment zresztą budzi wątpliwość w świetle deklaracji Habilitanta z s. 171, gdzie wskazuje on, że aby czyn był moralnie zły musi być świadomy).
- „Preferencje między interesem wspólnoty a gwarantowaniem indywidualnych wolności nie mogą być rozpatrywane w kategoriach przygodnych decyzji legislacyjnych, ale [w kategoriach – AD?] pewnego kierunku wyznaczanego obowiązkami prawodawcy, z których realizacji może zostać [*prawodawca?*] zwolniony, wyłącznie uzyskawszy do tego mandat (może być to [*co?*] transformacja ustrojowa, rewolucja, może być to [*co?* - AD] po prostu referendum). Dotyczy to oczywiście nie tylko prawa karnego, lecz także prawa jako takiego [*jako jakiego?*]. W tym sensie można mówić o pewnych typach systemów prawnych również ze względu na realizowane przez prawo wartości. Będzie [!] na przykład typ paternalistyczny albo typ liberalny, typ systemów prawnych bazujących na obiektywizmie etycznym oraz pluralistyczny, dyskursywno-partycypacyjny model systemu prawnego. Właściwe każdemu [*z nich?*] będą takie, a nie inne [*jakie?*] instytucje oraz mechanizmy – na przykład odwołując się do obiektywizmu etycznego, nie trzeba troszczyć się o zagwarantowanie przestrzeni do społecznego dyskursu [?] i pola argumentacyjnego [?]. Watykan nie musi troszczyć się o uzgadnianie treści prawa, obywatele i rządzący nie muszą siadać do stołu negocjacyjnego, natomiast Unia Europejska z pewnością tak, więc prawo w tym drugim wypadku przewiduje odpowiednie mechanizmy” (s. 192-193). Poza warstwą językową, uderza w tym wywodzie brak jasnego związku (logicznego) między zdaniami (np. jak ma się ostatnie zdanie do zdań poprzednich?).
- Niektóre wypowiedzi Habilitanta brzmią natomiast dziwnie (tylko przypadkiem fragment ten dotyczy m.in. marksizmu): „Prawodawca działa w ramach reguł określających system prawny. Jest to [*co?* - AD] pewien model poprawnego systemu prawnego, do którego odwołuje się doktryna prawnicza, przy czym chodzi [*w czym?* - AD] zarówno o właściwości techniczno-formalne, jaki cechy aksjologiczne.

Sprzeczności z tym modelem nie prowadzą do nieważności norm, ale raczej do nieakceptowalnego społecznie, politycznie, kulturowo, ideologicznie stanu rzeczy lub po prostu – do absurdu. Gdyby prawodawca dokonał penalizacji czynu ukierunkowanego na obalenie, poderwanie lub osłabienie dyktatury klasy robotniczej albo polegającego na przyczynieniu się do wspierania ustroju kapitalistycznego, byłoby to przykładem raczej dezorientacji elit rządzących niż ważnego prawa. Jednak gdy polityka kryminalna prowadzi do nadużywania regulacji penalizujących propagowanie ustrojów totalitarnych, zmierzając do karania filozofów wygłaszających referaty na temat marksizmu, obraz zdaje się mniej niedorzeczny. Niemniej nadużycia wymagają zmian prawa karnego, które dają podstawę do prowadzenia za pomocą prawa karnego wojny ideologicznej zamiast walki na argumenty, walki, do której nawykły społeczeństwa liberalno-demokratyczne o minimalnym chociażby poziomie partycypacji w strukturach obywatelskich. W takich oto ramach działa prawodawca i tego można od prawodawcy oczekiwać – w przeciwnym razie prawo staje się w jakimś sensie aksjologicznie wątpliwe i daje podstawy do obywatelskiego nieposłuszeństwa, a może nawet powszechnego uznania norm za prawnie nieobowiązujące, choć być może jest to tylko sui generis społeczna sankcja dla prawodawcy (penalizacja stosunków homoseksualnych zapewne z taką reakcją w większości krajów zachodnich by się spotkała)” (s. 194-5). Większość tego fragmentu należy pozostawić bez komentarza. Odniosę się tylko do jednej kwestii: najpierw Autor pisze o tym, że sprzeczności ze wskazanym modelem nie prowadzą do nieważności norm, a jedynie do nieakceptowalnego stanu rzeczy albo absurdu (przy czym nie wiadomo, czy Autor uważa te dwie kategorie za tożsame, czy jedynie zbliżone – co i tak jest frapujące). Następnie zaś podaje przykład sytuacji, która nie stanowi „ważnego prawa”. Wniosek z tego taki, że niepowodujące nieważności cechy norm powodują jednak nieważność tych norm, a także, że papier przyjmie wszystko. Pomijam już całkowitą niejasność sformułowania „sui generis społeczna sankcja”.

- „Aksjologia utylitaryzmu nie sięga do takich pojęć, jak słusność, dobro, sprawiedliwość, ograniczając się do sensualistycznego charakteryzowania dobra czy zła przez przyjemność i cierpienie” (s. 197). Pomijam w tym miejscu skrajną anachroniczność „utilitaryzmu” prezentowanego w książce przez Autora. Zwracam tylko uwagę, że Autor twierdzi, że utylitaryzm nie sięga do pojęcia dobra, ale jednak je charakteryzuje!

Błędy tego rodzaju występują w bardzo wielu akapitach tej pracy.

Ogólnym zarzutem (językowo-merytorycznym) jest też to, że z uwagi na sposób formułowania myśli przez Autora często nie wiadomo, czy przyjmuje on perspektywę normatywną (tzn. kiedy możemy mówić o tym, że karanie za przestępstwo jest moralnie uzasadnione), czy też perspektywą opisową (tzn. co stanowi o istocie przestępstwa), choć ten problem nie dotyczy tylko pojmowania przestępstw, ale także innych pojęć.

PRZYPISY I BIBLIOGRAFIA. Jak wskazałem Habilitant cytuje bardzo dużo prac (niestety niektóre z tych, które znam, powołuje bardzo powierzchownie lub instrumentalnie). Poniżej tylko wybrane przykłady tego rodzaju uchybień.

- W kilku miejscach brakuje przypisów do cytowanych dzieł (np. na s 44 cytuje definicję przestępstwa Tiberiusa Decianiusa, ale nie podaje żadnego źródła, nawet pośredniego).
- W wielu innych miejscach Habilitant cytuje ważną literaturę z drugiej ręki. Pisze na przykład: „Słynne są te fragmenty Biorąc prawa poważnie autorstwa Ronalda Dworkina, w których analizuje on argumentację lorda Devlina z *The Enforcement of Morals**, w tym problem karania za akty homoseksualne” (s. 86) oraz „Powszechnie znane refleksyjnym prawnikom są te fragmenty Biorąc prawa poważnie autorstwa Ronalda Dworkina, w których analizie poddano argumentację lorda Devlina z *The Enforcement of Morals*” (s. 146). Pierwszoplanowym źródłem dla dyskusji argumentu Devlina jest zatem... „słynny” esej Dworkina, a nie prace samego Devlina. Pomijam fakt powtórzenia niemal tego samego zdania.
- Z kolei na s. 162 Autor pisze: „Herbert L.A. Hart* w dodatku do zbioru esejów *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (będącym w istocie odpowiedzią na krytykę Harta koncepcji karania i retributywizmu)* osadza odpowiedzialność w kontekście socjologicznym lub społecznym...”. Przypis * informuje nas o tym, że Hart prowadził swego czasu seminarium z „Austinem” (przy czym powinno być wskazane, że chodzi o J.L. Austina, a nie o dyskutowanego wcześniej J. Austina) nt. odpowiedzialności. Przypis ** stanowi natomiast: „Warto przytoczyć Encyklopedię filozofii pod red. T. Hondericha, Poznań 1998.” Nie bardzo natomiast wiadomo czego w tym kontekście czytelnik ma w całej tej Encyklopedii szukać.
- Większość dyskusji w rozdziale 3 (historia etyki, historia doktryn politycznych i prawnych) i 4 opiera się na źródłach pośrednich (ma to też miejsce w innych częściach pracy, ale tu jest szczególnie widoczne). Szczególnie w warstwie filozoficznej dyskutowane są poglądy raczej przestarzałe, albo przynajmniej klasyczne (Bentham, Mill); brak zasadniczych odniesień do dyskusji współczesnych, poza pomniejszymi wzmiankami.
- Choć praca ma charakter filozoficzny, to jednak w wielu miejscach Autor dyskutuje konstrukcje ustawowe (gł. z KK albo KW), ale prawie nigdy nie powołuje stosownych przepisów (por. np. opis czynów amoralnych ze s. 199 odwołuje się częściowo do określonych w KW, ale bez jasnego wskazania na.... KW).

Z punktu widzenia językowego, kompozycyjnego i konstrukcyjnego praca zasługuje na bardzo niską ocenę.

NOWATORSTWO. Habilitant pisze: „Zadaniem [*tej pracy - AD*] jest omówienie stanowisk w kwestii sposobu pojmowania i funkcjonowania terminu „przestępstwo” w prawoznawstwie (więc i w prawie), ze szczególnym uwzględnieniem ustaleń współczesnej refleksji filozoficznej (etycznej). Jeśli są sposoby pojmowania przestępstwa istotne dla tych perspektyw, a funkcjonujące w politologii, socjologii itd., to zostaną one również scharakteryzowane, z zastrzeżeniem że jedynie pomocniczo, nie chodzi bowiem o socjologiczny opis i przyjmowane przez socjologów (kryminologów itd.) kategorie badawcze służące opisowi.” (s. 17) Zadaniem książki jest, jak dalej wskazuje Habilitant,

„uporządkowanie siatki terminologicznej i pojęciowej [nb. – nie wskazano znowu czego, można się tylko domyślać, że „przestępstwa”, choć powinno być raczej: „nauki o przestępstwie? - AD] oraz usystematyzowanie problematyki dotyczącej przestępstwa” (s. 17). Pierwsze pytanie, które należy sobie zadać to czy nawet rzetelna praca opisowa i przekrojowa może być uznana za dostatecznie nowatorską, by spełniać prawem przewidziane wymogi. Jak można zauważyć zresztą dalej w pracy, Habilitant zasadniczo nie najlepiej referuje (dobrze znane) poglądy innych autorów, zaś jego własne do nich komentarze noszą czasami znamiona spekulacji (przykłady niżej).

Drobna wątpliwość pojawia się na początku książki, gdy Habilitant wskazuje, że pierwotne dla rozważenie pojęcia przestępstwa są badania nad złem i odpowiedzialnością. Píše: „Problem pojmowania odpowiedzialności w prawie czy filozofii jest złożony, istnieją jednak pewne kierunki rozważań pozwalające w konkluzji określić sposób funkcjonowania słowa „odpowiedzialność” w praktyce społecznej. W tym zakresie punktem odniesienia będą badania nad odpowiedzialnością opisane w monografii mojego autorstwa *Odpowiedzialność prawna z perspektywy filozofii odpowiedzialności. Rozważania na tle prawa karnego*” (s. 18-19). Odwoływanie się monografii habilitacyjnej do swojej pracy doktorskiej oczywiście nie stanowi zarzutu, o ile określi się relację badań wcześniejszych do badań nowych. Niestety nie znam pracy doktorskiej Habilitanta, stąd brak jasnego określenia relacji między rozważaniami starymi i nowymi pozwala zastanawiać się czy fragment pierwszego rozdziału dotyczący odpowiedzialności (s. 19-20), ale także rozdział 4.1. *Za co jesteśmy odpowiedzialni?* (s. 158- 167), stanowią twórcze rozwinięcie myśli zawartych w doktoracie.

Na s. 21-22 Habilitant wskazuje, że „dalsze uwagi formułowane są na potrzeby niniejszej książki, będą (...) w pewnym stopniu oryginalne – abstrahujące od innych (skądinąd bogatych tak jakością, jak ilością) opracowań zagadnienia, a podporządkowane przedmiotowi dalszych badań. Natomiast przydatne będą w tej mierze konstatacje Davida Daichesa Raphaela*”. Tutaj następuje odwołanie do książki tegoż autora. Ale w tym samym miejscu akapit się urywa. Kolejny zaś akapit dotyczy już zagadnienia zgoła niezwiązanego i bynajmniej nie oryginalnego, bo relacji między określeniem „filozofia prawa” i „teoria prawa”. Natomiast wskazany autor – David Daiches Raphael – jest w dalszych partiach książki powoływany jedynie dwukrotnie i to tylko w przypisach (s. 94 i 229). Nie wiadomo natomiast jakie to konstatacje tego autora mają być „przydatne” dla oceny oryginalności dalszych rozważań Habilitanta.

Habilitant nie osiągnął zaplanowanego rezultatu polegającego na „uporządkowaniu” filozoficzno-teoretycznego dyskursu dot. pojęcia przestępstwa i pojęć pokrewnych. Z całą pewnością opisał rozmaite sposoby pojmowania przestępstwa, lecz trudno byłoby czytelnikowi na podstawie lektury tej książki przedstawić choćby uproszczoną systematykę angażowanych pojęć. Autor w chaotyczny sposób przedstawia różne koncepcje, tak jakby nie potrafił syntetycznie ująć tych wątków, które są kluczowe dla przeprowadzenia jego argumentów. Gdyby chociaż na końcu każdego rozdziału pokusił się o podsumowanie dotychczasowych *rezultatów (ustaleń)*, ocena przydatności owych opisów byłaby łatwiejsza. Niestety przedstawienie przez Habilitanta ogromu propozycji

innych autorów nie prowadzi ani do oryginalnej próby ich podsumowania, ani do przedstawienia własnej koncepcji siatki pojęciowej dot. „przestępstwa” (a szczególnie tego drugiego oczekiwałbym od pracy o *filozoficznych podstawach kryminalizacji*). Jeśli praca ta ma ambicje systematyzujące podobne do ambicji np. prac Feinberga, to ich nie spełnia.

Przykładowo, cały rozdział 3 („Perspektywa historii filozofii prawa karnego”, s. 81-157) i poniekąd rozdział 4 stanowi w zasadzie syntezę poglądów historycznych autorów i przypomina podręcznik do historii doktryn filozoficznych, politycznych i prawnych. Jednocześnie jest to najlepiej napisany (jasny) rozdział całej książki. Ma on jednak niemal odtwórczy charakter i w zasadzie jedynym wnioskiem z tego rozdziału jest to, że ... „przestępstwo” w historii ujmowano różnie. Osobna sprawa, że w zasadzie w znacznej części książki Habilitant referuje poglądy autorów (filozofów), o których napisano już całe biblioteki. I tak przykładowo obecna w pracy dyskusja utylitaryzmu jest bardzo anachroniczna (następuje tu odwołanie się właściwie tylko do Milla i Benthama, głównie w oparciu o źródła pośrednie), brak natomiast żadnego odwołania do współczesnych, o wiele bardziej subtelnych koncepcji utylitarystycznych.

Zgodnie z deklaracją Habilitanta zasadniczym *novum* pracy miała być charakterystyka przestępstwa w odwołaniu do cech niezależnych od prawa pozytywnego. Autor faktycznie dokonuje pewnej ogólnej, interdyscyplinarnej, historyczno-filozoficznej charakterystyki pojmowania przestępstwa (czy szerzej czynów zabronionych, karalnych itd.), ale w świetle poczynionych niżej uwag merytorycznych sędzę, że celu w postaci takiej spójnej charakterystyki niestety nie osiągnął. Praca miała mieć w założeniu charakter problemowy (s. 7 autoreferatu), lecz kwestie problemowe nie są formułowane jasno, a prowadzone przez Habilitanta dyskusje często pozostawiają więcej pytań, niż odpowiedzi.

Gdyby Autor zdecydował się na przyjęcie tylko jednej, np. historyczno-filozoficznej perspektywy i solidnie (metodologicznie, krytycznie) ją opracował, książka zapewne spełniałaby wymóg nowatorstwa w jakimś minimalnym stopniu (zważywszy na to, że nie ma tego typu przekrojowych publikacji na rodzimym gruncie). Byłaby to jednak inna książka.

c. KRYTYKA MERYTORYCZNA PRACY

Przedstawiane poniżej zarzuty szczegółowe (Z1-28) dotyczą kwestii niejasnych, bądź po prostu nietrafnych. Niektóre z zarzutów (Z4-Z10, Z14, Z18, Z22, Z27) mają charakter zarzutów fundamentalnych.

(Z1) Filozofowie prawa karnego? Nie jestem przekonany czy właściwe jest uznanie J. Finnisa, R. Nozicka czy J. Rawlsa (np. w kontekście cytowanej przez Habilitanta *Teorii sprawiedliwości*) za „filozofów prawa karnego” *par excellence* (s. 17). Wydaje mi się, że za filozofa prawa karnego uznać można filozofa, którego szczególnym przedmiotem

zainteresowań filozoficznych jest prawo karne, a nie filozofa ogólnego (etyka, teoretyka prawa czy filozofa polityki), którego rozważania mają po prostu ogólne implikacje dla jakiejś problematyki prawa karnego. Problem ten pozostaje aktualny także w kontekście rozważań prowadzonych w dalszych (sc. 3) rozdziałach książki, gdzie referowane są m.in. poglądy Platona, Arystotelesa, Hobbesa czy Hume'a. Czy filozofowie Ci też byli „filozofami prawa karnego”?

(Z2) Filozofia prawa, teoria prawa, socjologia. Autor pisze: „filozofia prawa ma wyróżniać się od teorii prawa jako badań zjawisk prawnych w różnych ich aspektach celem budowy teorii naukowych w ścisłym sensie (tradycja petrażycjańska) czy jurysprudencji generalnej (tradycyjnie związanej z działalnością Johna Austina) porządkującej aparaturę pojęciową wszystkich nauk prawnych, stanowiąc niejako wstęp do ich rzeczowego uprawiania” (s. 21). Z poglądem wyrażonym w tym niefrasobliwym, nieco „Heglowskim” zdaniu można się nawet jeszcze zgodzić. Ale dalej Habilitant wskazuje: „Czasami używa się zamiennie określeń „filozofia prawa” oraz „teoria prawa”. Jest jednak istotna, zaznaczona wyżej, różnica. Można posłużyć się przykładem teorii socjologicznej – rzeczywiście inny status ma teoria socjologiczna, a inny rozważania filozofującego socjologia albo socjologizującego filozofa. Można się odwołać do pewnych interesujących prac Zygmunta Baumana dotyczących późnej nowoczesności czy globalizacji albo socjologicznych postaw filozofii prawa Herberta L.A. Harta. Nie ma potrzeby przytaczać rozwiniętej definicji nazwy „teoria naukowa”, dość powiedzieć, że będzie chodziło o dostatecznie uzasadnione twierdzenia, to jest zdania opisujące pewien wycinek rzeczywistości. Ich rolą nie jest opis czy wyjaśnianie pojedynczych faktów, ale dostarczanie wyjaśnień o charakterze ogólnym (rzecz jasna, wzorem będą tu nauki przyrodnicze)” (s. 22). W moim przekonaniu z tych wypowiedzi Habilitanta nie do końca wynika, czy poglądy Baumana i Harta stanowią przykład twierzeń „filozofującego socjologa” i „socjologizującego filozofa”, czy raczej jednak przykłady teorii w jakimś sensie „naukowych”. Z tego co do tej pory napisał Autor w żadnej mierze nie wynika też jakie są cechy odróżniające teorię od nie-teorii (przy czym nie oczekuję tutaj przedstawienia kryterium demarkacji, ale jakiegoś spójnie wyartykułowanego kryterium metodologicznego pozwalającego odróżnić „rozważania”, jak rozumiem „filozoficzne” od „teorii”). Jeśli zgodzimy się przy tym z tym z poglądem Autora wyrażonym w kolejnym akapicie, że zadania filozofii są krytyczne i przede wszystkim uzasadniające, to na pewno za filozofa prawa nie możemy uznać Herberta Harta, który nie stawiał sobie takich celów w *Pojęciu prawa* (jego teoria nie była krytyką zastanej kultury i instytucji, a raczej próbą przedstawienia teorii wyjaśniającej pewne oczywiste dla każdego obytego w świecie instytucji człowieka cechy (systemu) prawa; miała więc charakter opisowy; nie dotyczy to rzecz jasna bardziej polityczno-prawnych prac Harta, np. w ramach jego dyskusji z Devlinem, ale one nie dotyczą przecież jego fundamentalnych poglądów polityczno-prawnych, o które chodzi Habilitantowi). Autor przyjmuje nieco dalej twierdzenie M. Szyszkowskiej o tym, że filozofia prawa zajmuje się zależnościami człowieka od prawa, w tym prawa natury oraz samym prawem natury (s. 23). Tymczasem celem Harta w *Pojęciu praw*, jak powszechnie wiadomo, nie było dążenie do realizacji prawnonaturalnych ideałów, ale filozoficzne wyjaśnienie (analiza pojęciowa) kluczowych truizmów na temat

prawa jako systemu reguł. W tym kontekście tylko bardziej mętne wydaje mi się „odwołanie” do prac Harta. Jeśli na teorię Harta składają się, jak pisze Habilitant, „dostatecznie uzasadnione twierdzenia, to jest zdania opisujące wycinek rzeczywistości”, to znaczy, że filozofia, znajdująca się przecież zgodnie z poglądem wyrażonym na początku, w opozycji do teorii, stanowi po prostu zbiór zdań niedostatecznie uzasadnionych, czyli po prostu „jałową spekulację”. Zdaję sobie sprawę, że zapewne nie taka była intencja Habilitanta, ale taka konsekwencja zdaje się wynikać z jego własnych wywodów.

(Z3) „Socjologiczne podstawy filozofii prawa HLA Harta” (s. 22). Osobną kwestią jest uznanie Harta za „socjologizującego filozofa”. Nie jest jasne jakie były rzeczywiste intencje Harta, związane z odwołaniem się do „socjologii deskryptywnej” w przedmowie do *Pojęcia prawa*. Najbardziej przekonująca interpretacja ujęcia analitycznej teorii prawa jako tego typu socjologii odwołuje się do twierdzenia, że prawo jest konstruktem społecznym. Fakty prawne (np. fakty polegające na tym, że X i Y zawarli umowę albo że Z został skazany na karę pozbawienia wolności) nie są faktami naturalnymi, niezależnymi od intencji i przekonań społecznych, lecz mogą powstać tylko na gruncie instytucji stworzonych przez człowieka. Konstrukty społeczne, powstające na gruncie tych instytucji składają się na rzeczywistość instytucjonalną. Ontologia rzeczywistości instytucjonalnej jest odmienna od ontologii faktów naturalnych¹. Jest jednak też faktem, że sam HLA Hart w wywiadzie przeprowadzonym przez D. Sugarmana powiedział na temat swojego przedsięwzięcia analitycznego: „What I should have said is that it provides the tools for descriptive sociology, not that it is a descriptive sociology”². Stąd, odniesienie się przez Harta do socjologii deskryptywnej ma znacznie mniejszą wagę, niż sądzi Habilitant (co zresztą okazuje się jasne po lekturze całej książki Harta). Hart nie był socjologizującym filozofem ani teoretykiem prawa. Jego odwołanie do „deskryptywnej socjologii” jest fasadowe i nie ma żadnego związku z socjologią *per se*. Trudno więc mówić o jakichkolwiek ściśle „socjologicznych” podstawach filozofii prawa Harta.

(Z4) Klasyczny pozytywizm jako teoria prawa o zawsze dowolnej treści. Na s. 26 Habilitant zaczyna serię wywodów na temat pozytywizmu prawniczego, które sugerują w najlepszym razie bardzo powierzchowną i stereotypową znajomość pozytywistycznej „rodziny” teorii prawa. Habilitant napisał: „Rola filozofii prawa w krytycznej ocenie przekonań ujawnia się również w tym, że owa niemożliwość pewnych rozstrzygnięć czy decyzji w normalnych okolicznościach w istocie wytycza granicę prawa, także prawa karnego. Wbrew temu, co sądzą niektórzy przedstawiciele klasycznego pozytywizmu prawniczego, prawo nie może mieć zawsze dowolnej treści”. Prawo stanowi pewną rzeczywistość konwencjonalną, efektywną czy skuteczną tak długo, jak długo trwa powszechne przekonanie, że stanowi ona nieodłączny element ludzkiego funkcjonowania. Nie jest to [co? - AD] konieczność w sensie prawidłowości przyrodniczych. Jeśliby parlament uchwalił prawo, które nakazywałoby egzekucję osób o

¹ Por. np. T. Gizbert-Studnicki, et al. *Metodologiczne dychotomie*, Warszawa 2016, s. 74 i n.

² D. Sugarman, *Hart Interviewed...*, 2005, s. 291; por. L. Green, *Introduction* (w:) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd ed., Oxford 2012, s. xiv.

wzroście niższym niż 175 cm, w warunkach współczesnych jaskrawa śmieszność takiej decyzji uczyniłaby to prawo zwyczajnie nieefektywne (w sensie behawioralnym)– nie byłoby ono zapewne przestrzegane, choć oczywiście to tylko pewne przypuszczenie. Inna sprawa, że w pewnych warunkach ludzie mogliby uznać takie prawo za wiążące i sensowe, tak jak uwierzyli w ideologię nazistowską. Warto jednak pamiętać, że za przekonaniem o zasadności takiego prawa stała silna ideologia, przenikająca państwo i społeczeństwo, a przede wszystkim nie tyle prawne, ile rzekomo naukowe argumenty oraz odwołanie do prymitywnie ujętego Darwinowskiego prawa natury jako ostatecznej instancji oceny celowości prawa pozytywnego (czyli uzasadnienie regulacji i tak leżało poza prawem pozytywnym)”.

Skomentować ten wywód można następująco. Po pierwsze, przedstawiciele klasycznego pozytywizmu prawniczego nie sądzili, że prawo może mieć ZAWSZE dowolną treść (a tak wprost napisał Habilitant). O ile mi wiadomo, żaden pozytywista nigdy nie głosił takiego poglądu. Pozytywiści uznawali natomiast, że prawo może mieć treść niemoralną (a jest to stwierdzenie zupełnie różne od powiedzenia, że może mieć treść dowolną). Pozytywistyczne ograniczenia treści prawa mają charakter konwencjonalny i społeczny, a nie każda możliwa do pomyślenia regulacja może mieć taki charakter. Twierdzenie o dowolności treści sugeruje zresztą, że np. pozytywiści mogliby uznawać za reguły prawne reguły, które nie są możliwe do spełnienia przez adresatów norm. Habilitant zresztą odwołuje się w przypisie 29 (*) do książki Austina z 1832 roku (s. 10) i ogólnego komentarza A. Marmora nt. społecznych podstaw pozytywizmu z jego podręcznika do filozofii prawa. W żadnym ze wskazanych miejsc nie pada stwierdzenie, że prawo MOŻE mieć dowolną treść.

Na marginesie, jedyny autor pozytywistyczny, któremu można by przypisać twierdzenie, że prawo może mieć „dowolną treść” jest H. Kelsen (patrz: *Pure Theory of Law* (1960), § 34). Habilitant jednakże nigdzie nie odwołuje się do tego osobliwego poglądu Kelsena, który przez innych pozytywistów został ostro skrytykowany jako niezgodny z własnymi założeniami teorii Kelsena. J. Raz ujął to tak: „The separation thesis presupposes that there is no conceptually necessary connection between law and morality ... The great legal positivist Hans Kelsen captured this in the statement, “thus the content of the law can be anything whatsoever”³. It is a pity that the only support for this claim is a statement of Kelsen’s which is manifestly false according to Kelsen’s own theory. Since Kelsen regards the law as consisting of norms directing courts to apply sanctions for breach of duties, it follows (a) that the law can consist only of norms, (b) that it must address courts, (c) that it must stipulate for the application of sanctions, and (d) that their application must be conditional on certain conduct taking place. All these are, according to Kelsen’s theory, necessary restrictions on the content of the law.”³.

Nie jest też jasne czego „dowolność” miałyby dotyczyć. Przykładowo, Austin wprost wskazuje, że prawa nie mogą mieć treści indywidualnych (tj. hipotezy nakazów nie mogą

³J. Raz, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism* [w:] George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart Publishing, 2007), s. 17-36

być kierowane wyłącznie do indywidualnych adresatów), lecz muszą mieć charakter ogólny (jego argumentacja odwołuje się więc do funkcji prawa). Austin, w powoływanym przez Habilitanta dziele, wskazuje jedynie, że zakresowo pojęcia prawa i moralności nie są ze sobą powiązane: „The body or aggregate of laws which may be styled the law of God, the body or aggregate of laws which may be styled positive law, and the body or aggregate of laws which may be styled positive morality, sometimes *coincide*, sometimes do *not coincide*, and sometimes *conflict*”. Ale najbardziej istotne w kontekście krytyki w/s wypowiedzi Habilitanta są rozważania Austina prowadzone w świetle Traktatu Locke’a dotyczące kryteriów, które stosują wszyscy ludzie dla ustalania właściwych reguł postępowania. Austin pisze: „But though, by the different temper, education, fashion, maxims, or interest of different sorts of men, it fell out that what was thought praiseworthy in one place, escaped not censure in another, and so in different societies virtues and vices were changed, yet, as to the main, they for the most part kept the same everywhere (...) And therefore men, without renouncing all sense and reason, and their own interest, could not generally mistake in placing their commendation or blame on that side which really deserved it not.” Przedstawiam ten cytat tylko po to, by zwrócić uwagę na to, że pozytywiści nigdy nie kwestionowali aksjologicznego uwarunkowania prawa w zakresie, w jakim prawo zależy od utrwalających „spożytywizowaną moralność” konwencji społecznych. Osobną sprawą jest natomiast moralna ocena i krytyka prawa opartego na *jakiejś* aksjologii tego rodzaju. To, co było istotne dla Austina i pozostałych pozytywistów to twierdzenie, że kryteria oceny co jest prawem mają charakter publiczny, a nie subiektywny i prywatny – i że przede wszystkim nie są to te same kryteria, które stosujemy dla moralnej oceny ludzkich działań. Oddaje to znany fragment książki Austina: „The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text by which we regulate our approbation and disapprobation.”

W rzeczy samej, argumenty Austina zmierzają raczej do wskazania siły „moralnej krytyki prawa”, która traci swoje ostrze, gdy nie określi się w pierwszej kolejności, co prawem jest. Austin pisał zresztą, przeciwko zwolennikom (walidacyjnych) wersji prawa natury: „To prove by pertinent reasons that a law is pernicious is highly useful, because such process may lead to the abrogation of the pernicious law. To incite the public to resistance by determinate views of *utility* may be useful, for resistance, grounded on clear and definite prospects of good, is sometimes beneficial. But to proclaim generally that all laws which are pernicious or contrary to the will of God are void and not to be tolerated is to preach anarchy, hostile and perilous as much to wise and benign rule as to stupid and galling tyranny.” Z tych wypowiedzi Austina nie wynika wcale, że prawo może mieć dowolną treść, a jedynie, że dla identyfikacji obowiązującego prawa stosujemy inne kryteria niż dla jego moralnej oceny. *Nota bene*, wydaje mi się, że podobnego rodzaju zarzuty pomieszania kryteriów tego, co jest prawem, od kryteriów oceny i krytyki prawa, jakie formułował Austin przeciwko Blackstone’owi czy Paleyowi, można sformułować też przeciwko wielu dalszym wypowiedziom Habilitanta (szczególnie w kontekście jego dalszych rozważań dotyczących tego co *jest*, a co *powinno* być przestępstwem).

Natomiast za dziwny, o ile nie niestosowny, uważam przykład dotyczący egzekucji osób o wzroście niższym niż 175 cm: nieefektywność tej regulacji wynikałaby zapewne z przekonania, że jest to skrajnie niemoralne, a nie jedynie „jaskrawie śmieszne”. Pomijam tutaj niedopowiedzenie w ostatnim zdaniu dotyczące „pewnych warunków, w których ludzie mogliby uznać takie prawo za wiążące i sensowe” (doświadczenie nazizmu było jednym z doświadczeń granicznych ludzkości, ale nawet naziści nie rozważali tego typu regulacji, stąd nie jest dla mnie jasne jakie warunki Autor ma tutaj na myśli). Można się natomiast tylko domyślać, że Autorowi chodziło nie tyle o „śmieszność”, ale o „absurdalność” (tyle tylko, że ta druga kategoria jest przede wszystkim kategorią logiczną; ale i tak trudno zrozumieć, dlaczego nawet takie „absurdalne” prawo miałyby nie działać; gdyby zaś zaczęło działać, to nie byłoby to „śmieszne”, ale po prostu tragiczne).

Kluczowe jest jednak to, że aby powiedzieć, że tego rodzaju prawo jest skrajnie niemoralne (albo: w wersji Habilitanta „jaskrawie śmieszne”), trzeba najpierw rozpoznać je jako prawo właśnie. Czyli wygląda na to, że po powierzchownej krytyce pozytywistów, Habilitant sam używa ich „pozytywistycznego” testu, aby właściwie zidentyfikować przedmiot krytyki.

(Z5) Analityczność i aksjologia. Habilitant napisał: „Z pojmowaniem przestępstwa oraz z relacją rozważań normatywnych do opisowych wiąże się pewne ogólne problemy. Nie wchodząc w spory o stan analitycznej teorii prawa i prawdziwość tezy o jej kryzysie, a tylko porządkując problem, trzeba powiedzieć, że prawo odczytywane jest przeciw za pośrednictwem nauki prawa, a ta jest nie tyle usystematyzowana, ile eklektyczna. Trudno pominąć w płaszczyźnie rekonstrukcji znaczenia terminów prawnych rolę poglądów prawoznawstwa, lecz niekiedy prawoznawstwo odgrywa tu rolę nobliwego nauczyciela, innym razem nierozgarniętego ucznia. W tym sensie nauka prawa nie tylko formułuje twierdzenia o prawie (aspekt deskryptywny), lecz także kształtuje lub próbuje kształtować prawo jako pewien system norm, raz lepiej, innym razem gorzej. Rzecz jasna, że z reguły prawoznawstwo działa intelektualnie lepiej aniżeli prawodawca, mimo szlachetności samego modelu prawodawcy i będącego składową tego modelu założenia o racjonalności podmiotu tworzącego prawo. → Konfrontacja analityczności z aksjologią jest zresztą pewnym ogólnym problemem. Na przykład znane z kwietniowej nowelizacji procedury administracyjnej (w 2018 r.) reguły dotyczące wykładni i stosowania prawa jako znaki etyczno-społecznej rewolucji zorientowanej na budowę prawdziwej przyjaźni między państwem a obywatelem burzą uporządkowaną analityczną tradycję zarówno treścią, jak i zaskakującą techniką zapisu czy sformułowania w tekście prawnym tych idei (*in dubio pro libertate* itp.) [*nota bene*: wcześniej była mowa nie o ideach, a regułach, kolejna błędna anafora - AD]. Generalnie prawodawstwo ma wiele ze sztuczki cyrkowej – niby każdy wie, o co w poszczególnych regulacjach chodzi i jak powinny one działać, tkwiąc w przekonaniu o istnieniu racjonalnego wyjaśnienia, lecz stając wobec oczekiwania konkretnej odpowiedzi, nikt nie jest w stanie jej precyzyjnie sformułować (może poza przepisem głośzącym, że Warszawa jest stolicą Polski). (s. 41-42)

Muszę przyznać, że w tym wywodzie nie za bardzo rozumiem zasadniczo przejścia, które następuje w punkcie zaznaczonym przeze mnie symbolem „➔”. Nie rozumiem w szczególności na czym polega konflikt „analityczności” (która, jest cechą zdań albo rozumowań) z „aksjologią”. Nie jestem też do końca pewien, ale wydaje mi się, że argument Habilitanta przypomina tutaj oskarżanie o niemoralność noża (narzędzi analitycznych), którego użył zabójca, a nie samego zabójcy (prawodawcy, interpretujących prawo eklektycznych i niedouczonej prawników). Fakt, że prawoznawstwo jest eklektyczne nie jest argumentem przeciwko stosowaniu metod analitycznych w prawoznawstwie (podobnie jak istnienie grzesznego społeczeństwa nie jest argumentem przeciwko moralności *per se*). Wydaje mi się też, że uwaga Habilitanta na temat prawoznawstwa jako „sztuki cyrkowej” jest jednak krzywdząca dla teoretyków i nauczycieli: to, że uczniowie zapominają tego, czego ich nauczono, nie stanowi jeszcze argumentu przeciw samej nauce. Dodam też, że ostatnia podkreślona przeze mnie część wypowiedzi jest albo spekulacją albo (nieśmiesznym) dowcipem, który trudno nawet rzeczowo ocenić.

(Z6) Pozytywizm prawniczy. Habilitant szeroko dyskutuje rzekome braki „pozytywizmu prawniczego”, a w szczególności „pozytywistycznego ujęcia przestępstwa”. Na s. 42 pisze: „Z pozycji pozytywizmu prawniczego (można powiedzieć postosiwieceniowego) zasadniczym punktem odniesienia będzie pojmowanie przestępstwa przez doktrynę prawniczą w odwołaniu do tekstu ustawy karnej.” Natomiast dalej poświęca temu zagadnieniu cały rozdział (2.5). Oddajmy na chwilę głos Habilitantowi, który na temat pozytywizmu prawniczego ma do powiedzenia następujące rzeczy:

- „Dopełnieniem rozważań o doktrynalnym czy jurydycznym pojmowaniu przestępstwa są uwagi dotyczące stricte perspektywy pozytywizmu prawniczego. Pozytywizm prawniczy, w modelu wyłaniającym się z analizy literatury prawniczej z zakresu prawa karnego [?], zasadniczo poszukuje realnego desygnatu nazwy „prawo” [?] w tekście prawnym, a jeśli przyjąć taki punkt widzenia, to z punktu widzenia prawa (oraz pozytywistów) przestępstwo jest przepisem prawnym (normą) sformułowanym w tekście prawnym [tu błąd kategorialny, bo przestępstwo jest czynem, albo typem czynu, a nie przepisem]. Pozytywizm prawniczy programowo [?] bada prawo takie, jakie ono jest, dokonując ustaleń walidacyjnych, interpretacyjnych [?] czy systematyzacyjnych [?], względnie dotyczących aparatury terminologiczno-pojęciowej*. Z tego punktu widzenia należy również rozpatrywać tzw. podstawowe zasady prawa karnego” (s. 67-8). W miejscu * jest odwołanie m.in. do *Pojęcia prawa* H.L.A. Harta (polskie wyd. ss. 117-139). Z uwagi na brak odpowiedniego przypisu nie jest jasne jaką literaturę Autor jest gotów zacytować na poparcie twierdzenia, że pozytywizm poszukuje realnego desygnatu nazwy „prawo” w tekście prawnym (to samo twierdzenie pojawia się na s. 78 w kontekście dyskusji teorii Austina, na s. 135 w kontekście dyskusji naturalizmu metodologicznego; a także na s. 155 pogląd ten przypisywany jest realistom prawniczym). Z chęcią bym zapoznał się z pracami pozytywistów, w których padają takie sformułowania. (Pomijam tutaj pewną

niefrasobliwość terminologiczną – zapewne Habilitantowi chodziło o „realnie istniejący desygnat”, tj. nie-abstrakcyjny; w takim wypadku jednak pojawia się pewien problem, bo prawo – system prawa – dla pozytywistów stanowi zazwyczaj „abstrakcyjny artefakt instytucjonalny”.) Wskazane przez Habilitanta strony z *Pojęcia prawa* Harta (s. 117-139) dotyczą relacji między regułami pierwotnymi i wtórnymi, a więc nie ma związku z wywodem Habilitanta.

Dodam, że pogląd, iż wyżej sformułowany pogląd dotyczący pozytywizmu prawniczego pojawia się w innych miejscach (np. s. 233, gdzie Autor napisał: „Należy zwracać uwagę przede wszystkim na to, jakie jest aksjologiczne źródło uznania pewnych czynów za przestępstwa, problematyka walidacyjna, interpretacyjna i systematyzacyjna typowa dla pozytywistycznych dogmatyk prawniczych ma charakter niejako następczy” [?]). To oczywiście prawda, że refleksja aksjologiczna zwykle poprzedza kryminalizację, natomiast fałszywa jest implikacja, jakoby pozytywiści kwestionowali tę zależność. Oparcie się na *jakiejs* aksjologii nie oznacza jednak automatycznie, że prawo jest moralnie *uzasadnione* (tym bardziej, że intencje prawodawcy, podobnie jak rezultaty jego działalności mogą być wątpliwe).

Ponadto, poza w miarę trafnym stwierdzeniem, że celem pozytywizmu jako teorii jest przedstawienie obrazu prawa obowiązującego, Habilitant stwierdza, że pozytywizm programowo dokonuje ustaleń interpretacyjnych i systematyzacyjnych – a zatem uznaje, że pozytywizm jest nie tylko teorią prawa, ale także teorią orzekania. Jest to oczywisty fałsz. Jeśli już mówimy o współczesnych pozytywistach (czy to polskich z J. Wróblewskim na czele, czy zachodnich, jak HLA Hart, J. Raz, J. Coleman, A. Marmor, B. Leiter, L. Green itd., czy nawet o H. Kelsenie) to jednym z fundamentalnych założeń którymi się oni kierowali było odróżnienie rozumowania walidacyjnego od interpretacyjnego, wraz z towarzyszącym temu uznaniem, że identyfikacja prawa obowiązującego i jego interpretacja to dwie niemal całkowicie różne kwestie. Ponadto, z uwagi na to, że ich celem było przede wszystkim stworzenie deskryptywnej teorii prawa, nie przedstawiali oni zwykle żadnych normatywnych dyrektyw interpretacyjnych. Natomiast nawet jeśli to robili, to wyraźnie oddzielali teorię interpretacji (stosowania) prawa od samej teorii prawa. Co więcej, powyższa kwestia jest jasno wyłożona w *Pojęciu prawa* Harta, do którego Habilitant się odwołuje. Nawet w przypadku teorii Kelsena interpretacyjne ambicje ograniczają się do przedstawienia „ramowej teorii interpretacji”, a więc zbioru możliwych znaczeń norm.

Zatem wygląda na to, że Habilitant powiela stereotypy na temat programu pozytywistycznego. Znamienne jest też to, że nie dostrzega on tak naprawdę wieloznaczności terminu „pozytywizm”. Tymczasem można wyróżnić co najmniej kilka rozumień pozytywizmu (sam Hart wskazuje na te rozumienia nie tylko w jednym z przypisów w *Pojęciu prawa*, ale przede wszystkim w innym swoim znanym dziele, gdzie krytykuje m.in. takie rozumienie, które wiąże pozytywizm z metodą formalno-

dogmatyczną, znanym grzechem teorii prawa)⁴. Nieprawidłowe jest też przypisanie pozytywistom poglądu, że „prawo jest przepisem” i że z konieczności ma charakter „tekstowy”. Trafne byłoby natomiast powiedzenie, że pozytywiści uznają prawo za system „reguł” albo „norm”.

W innych miejscach Habilitant wskazuje (s. 72):

- „Jednak prawo karne również analizowane jest z punktu widzenia czysto prawnopozytywistycznego. Definiuje się na przykład prawo karne w ten sposób, że są to przepisy, które regulują zwalczanie przez państwo niepożądanych przez nie czynów zwanych przestępstwami za pomocą specjalnych środków zwanych karnymi. Jest to pierwszy krok do wkroczenia w obszar socjologii prawa, czy ściślej – naukowej polityki prawa, w aspekcie badań nad przestępstwem i przestępczością. Ostatecznie jednak nie jest to ujęcie tak daleko idące, by zrezygnować z kodyfikacji karnej jako takiej i klasycznej kategorii przestępstwa. Program polityki prawa mieścił się więc w ramach pozytywizmu prawniczego”.

[Tu *nota bene*: nie jestem w stanie pojąć tego argumentu Habilitanta, a szczególnie podkreślonej przeze mnie uwagi o tym, że pozytywizm „ostatecznie” nie posuwa się tak daleko, by zlikwidować kodeks karny; także stwierdzenie dotyczące „pierwszego kroku” jest całkowicie niezrozumiałe, bo w żaden sposób nie wynika z pierwszego zdania].

- „Symptomatyczne jest to, że pozytywizm prawniczy programowo milczy w sprawie tego, co powinno być przestępstwem – mogą być formułowane wnioski *de lege ferenda*, lecz o charakterze dogmatycznym, wiążące się z niedoskonałością sposobu sformułowania przepisu, zastosowanej techniki prawodawczej czy relacji między normami prawa karnego. Nie ma tutaj wzorca czy modelu przestępstwa stanowiącego wzorzec czy punkt odniesienia, aczkolwiek trzeba pamiętać, że niektóre postulaty formalne mają wymiar aksjologiczny (jak dowodził Lon Fuller, by przytoczyć ścisłość i precyzję przepisów)”.

[Tu *nota bene*: w ostatnim zdaniu powinno stać: „postulat ścisłości i precyzji przepisów” - AD].

W autoreferacie Habilitant także nawiązał do tych kwestii pisząc tak (s. 4): „Państwo karząc czerpie legitymację dla tej praktyki z etycznego pojęcia zła. Rozwiązanie konfliktów społecznych oraz uzasadnienie uznania danego czynu za przestępstwo i praktyki karania nie może nastąpić wyłącznie w odwołaniu do pozytywistycznej wizji prawa, w które odpowiednia procedura i kompetencja prawodawcza wyjaśnia oraz (jednocześnie) legitymuje dokonywane rozstrzygnięcia legislacyjne (jest to oczywiście uproszczona charakterystyka pozytywizmu i wiązanego z tym nurtem formalizmu). Uzasadnienie musi być wypełnione treścią, a zatem wartościami”. Wynika z tego, że

⁴ H.L.A Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 593-629.

Habilitant zdaje sobie sprawę, że w książce przedstawia uproszczoną teorię pozytywizmu prawniczego. Praktyka upraszczania argumentów teorii, które się chce zwalczać jest znana w filozofii od zawsze, lecz jest to praktyka z punktu widzenia rzetelności naukowej haniebna (na odwrotnym biegunie znajduje się praktyka interpretacji *życziwej*, która polega na tym, że krytykowaną teorię stawia się w *najlepszym świetle*, bynajmniej nie upraszczając). Habilitant krytykując pozytywizm wybrał świadomie tę pierwszą drogę.

Powyższy komentarz na temat postępowania Habilitanta oddaje jednak tylko część prawdy, dlatego, że prezentowana przez niego charakterystyka pozytywizmu jest nie tylko „uproszczona”, ale po prostu „fałszywa”. Nie znam żadnej pracy pozytywistycznej, w której „odpowiednia procedura i kompetencja prawodawcza wyjaśniałaby oraz (jednocześnie) legitymowała dokonywane rozstrzygnięcia legislacyjne”, a zajmuje się pozytywistycznymi teoriami prawa od kilkunastu lat. Pozytywizm prawniczy odcina się programowo od uzasadniania prawa dla celów poznania prawa, ale nie neguje jego aksjologicznego uwarunkowania, ani też tego, że każde rozstrzygnięcie legislacyjne powinno być uzasadnione⁵. W rzeczy samej, pozytywiści byli zazwyczaj zagorzałymi krytykami i reformatorami prawa.

I tak na przykład klasyczny pozytywista G. Jellinek uważał, że zadaniem badacza jest jednocześnie ujmowanie elementu obiektywnego i subiektywnego w prawie. Pierwszy element sprowadzał się do faktów społecznych tworzących prawo, które mogą być badane empirycznie. Z uwagi jednak na to, że *każde zjawisko obiektywne* w tym sensie ma swoją stronę duchową, czyli subiektywną, nie można jej pominąć. Stąd, drugim elementem jego metodologii *pozytywistycznej* było badanie podstaw (emocjonalnych przyczyn, jak i uzasadniających racji) woli prawodawcy. To deskryptywne założenie Jellinka jest podzielane przez większość pozytywistów. Tylko adekwatny opis prawa pozwala zidentyfikować to, co w tym prawie wymaga krytyki (co zresztą podkreśliłem już wyżej w ramach zarzutu 4 przy okazji przywołania poglądów Austina). Nie mam zatem pojęcia skąd Habilitant wziął fałszywe twierdzenie, że jedynymi formami krytyki czy reformy prawa, jakie są możliwe na gruncie pozytywizmu, to formy o charakterze dogmatycznym, „wiążące się z niedoskonałością sposobu sformułowania przepisu, zastosowanej techniki prawodawczej czy relacji między normami prawa karnego”.

Warto zaznaczyć jeszcze jedną kwestię, niezwykle istotną z punktu widzenia współczesnego pozytywizmu. Pozytywiści dawno dostrzegli, że czysto „wewnątrzprawne” analizy (a jak rozumiem takie ma na myśli Habilitant krytykując analizy i definicje pozytywistyczne) wymagają wsparcia ze strony czynników czy zjawisk pozaprawnych. Dlatego właśnie Hart odwołuje się do reguły uznania, a Kelsen do normy podstawowej. Jednak ich analizy na tym odwołaniu się nie kończą. Rozważania Harta dotyczące reguły uznania jako konwencji społecznej ujawniają ważką rolę normatywnego

⁵ Odrębną kwestią jest pytanie czy możliwa jest czysto deskryptywna teoria prawa, unikająca wszelkich wartościowań, a zatem czy program pozytywistyczny może zostać zrealizowany (por. J. Dickson, 'Evaluation and Legal Theory' (Oxford 2001), a w polskiej literaturze T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, "Metodologiczne dychotomie" (Warszawa 2016) rozdz 3). Habilitant te kwestię całkowicie pomija.

nastawienia uczestników tej konwencji, tj. wewnętrznego punktu widzenia. W tym miejscu w grę wchodzi aksjologia. Z kolei norma podstawowa Kelsena spełniała swoje zdania z punktu widzenia *poznania* prawa, ale nie z punktu widzenia jego uzasadnienia czy efektywności. Kelsen nie ignoruje tych zagadnień, ale uznaje je za irrelewantne z czysto prawniczego punktu widzenia. Tymczasem wypowiedź Habilitanta np. na s. 222 sugeruje, że dla pozytywistów takich jak Kelsen „uzasadnienie” polegające na ugruntowaniu kompetencji prawodawczej w normie podstawowej ma charakter identyczny do uzasadnienia aksjologicznego (moralnego) regulacji (a przecież uzasadnienie transcendentalne ma charakter epistemologiczny, a nie etyczny – to drugie jest celowo pominięte. Kelsenowskie podejście w żaden sposób nie utrudnia prowadzenia rozważań normatywnych (np. nad zagadnieniem przestępstwa, uzasadnieniem moralnym regulacji itd.). Sądzę, że antypozytywistyczne argumenty Habilitanta opierają się na ekwiwokacji słowa „uzasadnienie” (gdy raz chodzi o „dynamiczny” związek formalno-kompetencyjny, a innym razem o głębsze, „materialne” oparcie w jakichś zasadach moralnych).

Tak więc, choć można się zgodzić z twierdzeniem, że pozytywizm „programowo milczy” na temat tego co *powinno* być przestępstwem, to nie pozostaje niezgodny z rozważaniami czy teoriami, które takie zalecenia *de lege ferenda* formułują. Co więcej, w przekonaniu pozytywistów, tego rodzaju istotna argumentacja tak naprawdę jest warunkowana sukcesem ich deskryptywnego programu. Wydaje się, że pisząc o pozytywizmie Habilitant ma po prostu na myśli pogląd, że wszelkie badania nad prawem powinny ograniczać się wyłącznie do tzw. prawa pozytywnego (na s. 233 pisze m.in. o „pozytywistycznych dogmatykach prawniczych”; taki też na s. 234). Tak rozumiany pozytywizm stanowi jednak w najlepszym razie „teorię prawa oczywistego” (*obvious law*), zakładaną zresztą wprost też przez niektórych autorów prawnonaturalnych, dostrzegających, że badania nad prawem mogą mieć charakter albo deskryptywny albo normatywny (np. M. Moore). Uznanie, że opisowa teoria prawa oczywistego dostarcza sama uzasadnienia dla opisywanych regulacji, stanowi chyba rodzaj błędu *is-ought* (tzw. gilotyna Hume’a). Autor zresztą sam w innym miejscu pracy pisze: „W ujęciu pozytywizmu prawniczego sprawiedliwość pojmwana jest formalnie – ogólność (abstrakcyjność) norm per se zapewnia realizację sprawiedliwości, mylnie jednak przyjmuje się, że każdy, kto dokonuje jakiegoś czynu C w określonych okolicznościach O, powinien być traktowany w taki sam sposób. Prima facie jest to słuszne, jednak podobnie jak działanie w stanie rozpoznawanym przez prawo jako wyłączające odpowiedzialność (stan wyższej konieczności, obrona konieczna itd.), również moralnie istotne okoliczności będą wyłączały aksjologiczne uzasadnienie normy prawnej niczym swoisty moralny kontratyp (s. 209)”. Tu nasuwają się następujące uwagi: (1) w kontekście walidacyjnym nawet pojmwana formalnie sprawiedliwość ma oczywiście wymiar aksjologiczny („wewnętrzna moralność prawa”); (2) nie wyklucza ona, że u podstaw regulacji stoi jakaś substancjalna aksjologia (moralność), a jedynie, że jej badanie jest z *walidacyjnego* punktu widzenia bez znaczenia; (3) kwestie walidacyjne i interpretacyjne mogą być oddzielone (to zdaje się być zgodne zarówno z twierdzeniami pozytywistów – Hart, Coleman, Marmor, Raz – jak i niepozytywistów, jak Moore); (4) wątpliwe jest chyba

natomiast mówienie o „kontratypie” moralnym (bo pojęcie „kontratypu” to raczej pojęcie z zakresu języka prawnego/prawniczego) – np. Moore używa sam sformułowania „moralny zawór bezpieczeństwa” (*safety-valve*)⁶). Pojęcie to ma kluczowe znaczenie w kontekście hipotetyczno-dedukcyjnego modelu rozumowania (stosowania, interpretacji) prawa, gdzie nie-moralny (moralnie nieakceptowalny) charakter wniosku może uzasadniać podważenie wybranych przesłanek (w tym walidacyjnych) na zasadzie *modus tollens*. (Osobną kwestią jest to, że przyjęcie pozytywistycznej koncepcji źródeł prawa w ogóle nie przesądza o naturze interpretacji, bo można być Hartowskim pozytywistą i akceptować podważalny (*defeasible*), a więc nie-dedukcyjny, charakter rozumowań prawniczych).

W dalszych częściach pracy Habilitant wiąże z kolei pozytywistyczne idee z oświeceniowym „instrumentalizmem”. Wskazywał m.in.: „Rozkwit pozytywizmu prawniczego nie tylko następował równoległe z Weberowskim odczarowywaniem świata, co było jego przejawem – lecz także opierał się na naturalistyczno-przyrodniczej wizji społeczeństwa. Koncepcje prawnonaturalne, pozostawiające prawo raczej rozumowi niż empirii, nie dające się empirycznie badać i sięgające do tradycji wielkich systemów filozoficznych, trudne były do pogodzenia z nowoczesną wizją społeczeństwa i państwa. Zapewne właśnie z tego powodu twierdzono, że przedmiotem nauki prawa może być tylko prawo pozytywne” [i tu przypis do książki Austina]. Nie jest prawdą, że idee pozytywistyczne nie korzystały z idei wielkich systemów filozoficznych (por. liberalizm, utilitaryzm, co zauważa zresztą na s. 131 sam Habilitant). Nie można się też zgodzić z tezą, że poglądy pozytywistów *opierają się* na naturalistyczno-przyrodniczej wizji świata (w końcu teoria pozytywistyczna dotyczy zazwyczaj instytucji, artefaktów społecznych, a nie rodzajów naturalnych), stąd trafniejsze byłoby stwierdzenie, że *mogą się* na takiej wizji opierać. Przykładowo, Kelsen stanowczo odrzuca naturalizm przez skontrastowanie zasady przyczynowości w sferze *Sein* z ideą *Zurechnung* (zarachowania) w świecie *Sollen*.

Często też nie jest jasne, czy pisząc o „pozytywistach” Autor ma na myśli pozytywistów prawniczych (jak Hart), czy też myślicieli nawiązujących do naturalistycznej filozofii („pozytywistycznej”), a przecież to dwie całkiem różne kwestie (por. odwołanie do „pozytywistów, takich jak Hirsch, Duff, Feinberg”, których teoria „oczywiście różni się w pewnych aspektach od bliższego nurtowi prawnonaturalnemu retributywizmu Nozicka czy Finnisa, pozostają jednak wspólne jądro i wspólne założenia filozoficzne, w tym sposób postrzegania przestępstwa”, s. 236; stronę wcześniej Autor pisze o pozytywizmie filozoficznym i naturalizmie, ale także ogólnie o „anglosaskiej filozofii prawa”, stąd niejasność; zaś na s. 237 pisze on, że „[n]ie można przeoczyć, że retributywistami są zarówno pozytywiści (np. Herbert L.A. Hart), jak i zwolennicy iusnaturalizmu (np. John Finnis);” zestawienie powyższych cytatów podważa zresztą pojawiające się w tekście

⁶ M. Moore, *The Various Relations between Law and Morality in Contemporary Legal Philosophy*, „Ratio Juris”, Vol. 25, No. 4 (2012), s. 446 i n.; por. T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, s. 327 i n.

sugestie, że pozytywizm wiąże się w jakiś ściślejszy, pojęciowy sposób z retributywizmem).

Powyższe sformułowania wpisują się w *leitmotyw* pracy polegający na naleganiu Autora, że pozytywiści odrzucali jakąkolwiek aksjologię, częściowo z uwagi na przyjmowanie naturalistycznej wizji społeczeństwa, tak jakby jego zdaniem naturalizm wykluczał możliwość obiektywizacji wartości. Tymczasem na s. 147 w kontekście dyskusji idei resocjalizacji, Habilitant sam napisał: „Wydaje się bowiem, że choć niekiedy przyjmowano inne przesłanki i założenia, wnioski oraz obraz świata mogłyby nawet (w znacznym stopniu) odpowiadać przekonaniom zbliżonym do etyki reprezentowanej przez Maxa Schelera, głoszącego, że wartości są w jakiś sposób obiektywne. Innymi słowy, opcja naturalistyczna nie oznaczała i nie musi w konsekwencji wiązać się z odseparowaniem prawa od wartości. Na tym implicite bazowały również rozmaite uniwersalistyczne ruchy w prawie karnym, analizując przestępstwo, tylko że jedne przyjmowały niejako empiryczny punkt widzenia, inne natomiast szukały uniwersalnych wartości, rozmaicie zresztą pojmowanych.” Pomijam to, że Max Scheler objawia się nadto niespodziewanie w toku tego wywodu, bo tego typu nagłe *dei ex machina* nie są w tej książce rzadkością, a także to, że ostatnie zdanie jest tautologiczne w zakresie w jakim „uniwersalistyczne ruchy w prawie karnym [...] szukały uniwersalnych wartości, rozmaicie zresztą pojmowanych”. Natomiast kluczowe jest to, że w takim razie swoje kluczowe wcześniejsze założenie o tym, że naturalistycznie zorientowany pozytywizm odcina się od aksjologii, do tego obiektywnej (!), Autor sam tutaj podważa.

Dalej jest jeszcze ciekawiej. Na s. 150 Autor napisał: „«Przestępstwo naturalne» w ujęciu naturalistycznym, pozytywistycznym (tj. na gruncie podejścia filozoficzno-pozytywistycznego do badań w naukach penalnych) oznacza klasę czynów stanowiących *malum per se*, rzecz jasna, przyjmując standardową terminologię współczesnej filozofii prawa. Dobitnie wskazuje na to Bronisław Wróblewski”. W kolejnym zdaniu natomiast Habilitant wskazuje, że takie „realistyczne” podejście oparte na filozoficznie rozumianym pozytywizmie (naturalizmie) jest rozwinięte w myśli Petrażyckiego. Ciekawe jest to, że skupia się on – gł. na s. 154-155 – na krytyce pozytywizmu prawniczego przez Leona Petrażyckiego. Nie tylko czytelnikowi w trakcie lektury tych uwag, ale samemu Autorowi w trakcie ich formułowania, powinna zapalić się lampka ostrzegawcza, a wraz z nią raczej retoryczne pytanie: Czy na pewno „pozytywizm” atakowany przez Petrażyckiego to ten sam rodzaj „pozytywizmu”, o którym pisali Austin, Kelsen, Hart i inni (pomijając kontekst czasowy formułowania przez nich poglądów)?

Zwracam zatem uwagę, że logicznie rzecz biorąc rozumowanie Habilitanta rozproszone na kilkudziesięciu stronach książki ma taką strukturę: (1) Pozytywizm prawniczy oparty wpisuje się w post-oświeceniowy program instrumentalizacji i odczarowania świata, ściśle związany z pozytywizmem filozoficznym i ideami naturalizacji. (2) Jako taki jest w swych założeniach odcięty od jakiejkolwiek aksjologii. (3) Aksjologia, także obiektywistyczna, nie jest obca programowi pozytywizmu filozoficznego (naturalizacji). (4) Program naturalizacji (realistyczny, petrażycki) stanowi dobry punkt wyjścia dla krytyki pozytywizmu prawniczego. Poza tym, że argumenty (2) i (3) sobie zwyczajnie

przeczą, to wnioskuję z tego, że albo program XIX- wiecznego pozytywizmu filozoficznego stworzył podstawy dla jakiejś formy „pozytywistyczno-prawnej” samokrytyki, albo po prostu odwołanie się do pozytywizmu prawniczego w przesłance (1) i (2) stanowi formę ekwiwokacji.

Uwagi te nie podważają tego, że pojęcie „przestępstwa naturalnego” i „przestępstwa w sensie prawnym” to są dwa różne pojęcia, mające zakotwiczenie w potocznych przekonaniach ludzi (czy to dotyczących zła, czy to dotyczących funkcji ochronnych prawa) i jałowe wydają się rozważania na temat tego, które z nich ma charakter bardziej pierwotny.

Nota bene z niezrozumiałych dla mnie względów Habilitant praktycznie utożsamia analityczność z teorią analityczną, a te zaś z „jurydycznym podejściem”, czy wreszcie z pozytywizmem prawniczym (s. 51, s. 245). Wprowadzenie „pozytywistycznego” i „jurydycznego” punktu widzenia wydaje się więc całkowicie zbędne, skoro dwa wskazane słowa stanowią wedle Autora po prostu synonimy.

Pod koniec książki znajdujemy zresztą akapit, w którym jaskrawie ujawniają się wszystkie niekonsekwencje pojęciowe Autora dot. pozytywizmu. Napisał on: „Pozytywistyczna perspektywa, akceptująca w sferze postulatywnej dążenie do zachowania aksjologicznego charakteru przestępstwa, daje się sprowadzić do następujących stwierdzeń. O przestępstwie decyduje państwo poprzez wydawanie aktów normatywnych zawierających regulacje prawnokarne, w tym definicję przestępstwa. Jeśli zatem państwo odnosi słowo „przestępstwo” do pewnych czynów, to są one przestępstwami, a jeśli tego nie czyni – w świetle prawa pozytywnego nie są przestępstwami. W modelowej sytuacji przestępstwami są takie czyny, które stanowią zło moralne (różnie pojmowane). Do takiego stanu powinno się dążyć. Problem polega na tym, że przedstawiciele dominujących nurtów filozofii prawa karnego nie deklarują się jako pozytywiści prawniczy (przynajmniej pozostając w roli filozofów prawa) (s. 245).” Następnie argumentuje, że w filozofii prawa karnego dominuje nastawienie niepozytywistyczne, bo refleksja dotyczy *uzasadnienia* aksjologicznego (moralnego), a nie prawnego kryminalizacji. Zwracam uwagę, że Autor dostrzega tutaj (czego nie dostrzegał przez większość książki), że pozytywizm programowo nie zajmuje się rozważaniami normatywnymi (uzasadnienie), ale tych rozważań nie wyklucza. Kluczowym argumentem przeciwko pozytywizmowi jest tutaj jednak to, że... filozofowie prawa nie deklarują się jako „pozytywiści” – tylko tutaj mamy do czynienia z ekwiwokacją (wcześniej pozytywizm był określony jako teoria, która nie wyklucza rozważań normatywnych nt. uzasadnienia karania, a teraz jest rozumiany jako teoria, która za jedyne dostępne uzasadnienie kryminalizacji uznaje dany fakt prawodawczy). Faktycznie nikt zajmujący się filozofią prawa karnego, na sposób zdefiniowany przez Habilitanta (tj. filozofią uzasadniającą kryminalizację), nie będzie pozytywistą w drugim sensie, co nie wyklucza, bycia pozytywistą w pierwszym sensie (wskazałem wcześniej, że za „pozytywistów” autor uznaje wcześniej Duffa czy Feinberga). W każdym razie widać daleko idące pomieszanie pojęciowe dotyczące pozytywizmu. Stanowi ono fundamentalny zarzut dla całej pracy: na tym pomieszaniu traci argument

prawnonaturalny Habilitanta. Donkiszoteria pojęciowa sprawia, że zamiast walczyć ze smokiem, Habilitant tak naprawdę walczy z wiatrakami. Argument prawnonaturalny jest zbudowany w zasadzie wyłącznie (poza kilkoma stronami rozważań na końcu książki dot. prawnonaturalnego rozumienia przestępstwa u Finnisza czy Rothbarda) na tej walce z wiatrakami, czyli *negacji* niejasno albo nietrafnie rozumianego „pozytywizmu” – stąd argument ten zupełnie nie przekonuje (sc. w zakresie argumentacji na s. 250 i n.).

Na marginesie, bodajże jedyne wskazanie źródeł poglądu, że „w doktrynie prawniczej dominuje pozytywistyczna wizja nauk prawnych i prawa karnego” opiera się na odwołaniu do książki L. Gardockiego, *Teoria kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 7 i n. (przypis nr 1, s. 257). Z uwagi na wieloznaczność terminu „pozytywizm” (w tym w szczególności na poważną różnicę w znaczeniu obiegowym i naukowym), teoretyk prawa powinien najpierw dokładnie ustalić w jakim znaczeniu „pozytywizm” jest teorią dominującą (wg. Gardockiego) i czy pozostaje ono w jakichkolwiek związkach z innymi, naukowymi rozumieniami pozytywizmu. Tego rodzaju analizy Habilitant nie dokonał.

(Z7) Jurydyczna definicja przestępstwa i „błąd w definiowaniu”. W rozdziale 2.3. Habilitant dyskutuje jurydyczną definicję przestępstwa. Pisze on: „Jurydyczne sposoby pojmowania przestępstwa właściwe są nauce prawa. Nie wolno ich utożsamiać tylko z analizą (egzegezą) tekstów prawnych i ustaleniami systematyzacyjno-walidacyjnymi, aczkolwiek chcąc zachować aktualność uwag, trzeba *nolens volens* dostosować je w tym punkcie do pozytywistycznego paradygmatu. Prawo można rozumieć jako prawo pozytywne – prawo obowiązujące w danym czasie w danym państwie (na określonym terytorium) będące w istocie systemem norm ustanowionych przez wyposażone w kompetencję prawodawczą organy. Jest to stosunkowo najprostszy i dający najbardziej naturalny i bliski współczesności (lub raczej zakorzeniony we współczesności) sposób mówienia o przestępstwie.” (s. 43). Dwie strony dalej zauważa jednak, że „jurydyczne” (nie jest tu przy tym jasne czy chodzi o „prawne” czy „prawnicze” (jak . na s 43 i 46), co stwarza przecież jednak pewną różnicę) pojmowanie przestępstwa jest niezadowolające, bo ma charakter formalny (jak rozumiem „formalno-prawny”). Stąd też pojawia się jego zdaniem szczególny rodzaj błędu. Habilitant wskazuje: „Czysta jurydyczna definicja terminu „przestępstwo” jest obarczona pewną postacią błędu w definiowaniu będącego wariantem błędnego koła (*circulus in definiendo*). Stwierdza ona, że przestępstwo to czyn zabroniony przez ustawę karną. Czym jest jednak ustawa karna? Ustawa karną to akt prawny, który określa przestępstwa i kary grożące za ich popełnienie. Błąd ten łatwo dostrzec zwłaszcza na gruncie tzw. formalnej definicji przestępstwa, choć nie tylko jej dotyczy” (s. 45-46).

Sęk w tym, że w moim przekonaniu wskazane w tym fragmencie pracy rozumowanie samo opiera się na błędzie. Jurydyczna definicja przestępstwa, o ile dobrze rozumiem, brzmi w czystej postaci po prostu: „Przestępstwem jest czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”. Zatem „czysta definicja jurydyczna” nie odnosi się do „ustawy *KARNEJ*”, a po prostu do ustawy. Innymi słowy, ustawą *KARNĄ* będzie każda ustawa zawierająca przepisy przewidujące odpowiedzialność karną i zawierająca katalog przestępstw. W ramy nie zdefiniowanej

legalnie „ustawy karnej” wchodzi nie tylko kodeks karny, ale wszystkie przepisy karne oznaczone w dziale „przepisy karne” innych ustaw, a nawet te, które po prostu spełniają warunek z art. 1, choć nie są w samym akcie normatywnym tak oznaczone. Tym samym przestępstwem będzie po prostu każdy czyn zabroniony przez prawo (co zgadza się zresztą z wypowiedzią Habilitanta ze s. 44), a nie przez „ustawę karną” (ten termin pojawia się zresztą w kontekście art. 115 KK, a nie art. 1 KK). Koliistość jest więc tak naprawdę iluzoryczna, bo to pojęcie przestępstwa pozostaje pojęciem pierwotnym – i jest właściwie pośrednio zdefiniowane w art. 42 ust 1 Konstytucji, który stanowi, że odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (co zresztą chyba oddają chyba znane maksymy prawnicze, np. *nullum crimen sine lege*; przepis konstytucyjny nie odsyła nas do „ustawy karnej”).

Problem z tym argumentem można przedstawić na przykładzie definicji „Polaka”. Czysta, tj. słownikowa definicja brzmi: „Polak to obywatel Polski”. Habilitant zaś zdaje się widzieć problem związany z tym, że „Polska to kraj, w którym żyją Polacy”. Nie ma tutaj jednak żadnego problemu, bo tego rodzaju definicje „instytucjonalne” mają oparcie w pewnych fundamentalnych faktach instytucjonalnych (wedle wzoru „X liczy się jako Y w okolicznościach C”). Analogicznie, przestępstwem jest zatem w myśl „instytucjonalnej” i „formalnej” definicji taki czyn, który ma cechy X, rozpoznane przez ustawodawcę.

Tak więc, zarówno formalny jak i materialny „aspekt” przestępstwa jest określony prawem w art. 1 i art. 115 KK. W pierwszym z nich czytamy: „§ 1. Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. § 2. Nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma. § 3. Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu.” Natomiast w art. 115 KK: „Czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej”. Ten ostatni artykuł ma najbardziej „formalny” charakter, zaś jeżeli nawet art. 1 odsyła do pewnych poza-prawnych kryteriów oceny, to robi to w ramach prawa (co z filozoficzno-prawnego punktu widzenia potwierdza tylko twierdzenia tzw. inkluzywnego pozytywizmu prawnego).

Zwracam też uwagę, że def. z art. 115 nie jest – ściśle rzecz biorąc – definicją „przestępstwa”. Mówiąc o „przestępstwie” na gruncie definicji formalno-prawnej mogą mieć przecież na myśli: (a) typ czynu karalnego – np. zabójstwo z art. 148 par. 1 kodeksu karnego (b) typ czynu spełniający wszystkie warunki przestępczości, czyli np. zabójstwo zawinione w sensie zdeterminowanym przez art. 1 k.k.; (c) konkretny czyn uznany za przestępstwo w efekcie dyskrecjonalnej decyzji kompetentnego organu. By jakiś obiekt/przedmiot wartościowania mógł być określony przestępstwem w sensie jego stypizowania w „ustawie karnej” wystarczy, że spełni warunek ujęty w pkt. a. Ponadto, „ustawa karna” to niekoniecznie „cała” ustawa (w szczególności można mieć wątpliwość, czy rozdział traktujący o tzw. środkach zabezpieczających, mimo że zamieszczony w kodeksie karnym, spełnia cechy „ustawy karnej”) i na pewno nie jedna ustawa (zob. liczne przepisy typizujące „przestępstwa” w innych ustawach merytorycznych). „Ustawa karna”

to właściwie każdy przepis określający znamiona czynu karalnego. Mam zatem wrażenie, że „błąd w definiowaniu”, który Habilitant wiąże z „jurydyczną” definicją przestępstwa jest tak naprawdę wynikiem jego własnego zdefiniowania pojęcia „ustawy karnej”, a cały argument wynika z połączenia jego definicji „ustawy karnej” i definicji ustawowej z art. 1 KK. Błąd ten znika, jeśli zdefiniujemy ustawę karną np. jako każdy przepis typizujący czyn społecznie szkodliwy opatrzone sankcją spełniającą warunki represji karnej w świetle Konstytucji RP.

W dalszym fragmencie Habilitant, przy okazji odróżnienia formalnej i materialnej definicji przestępstwa stwierdza: „Jednak przełamanie pozytywistyczno-prawnych ram, wyjście poza krąg dogmatyki prawniczej wymagałoby przeformułowania definicji materialnej w taki sposób, by przy każdej próbie definiowania pozbyć się wyrażen (czy jego derywatów) w postaci „obowiązująca ustawa karna (...)”. Z tym postulatem dotyczącym materialnej definicji można się nawet zgodzić, ale chyba tylko o tyle, o ile materialna definicja ma służyć projektowaniu ustaw karnych (czyli w kontekście polityki prawa). Ale dalej Autor rozważa ponownie w tym świetle definicję formalną: „Problem [dotyczący formalnej definicji przestępstwa - AD] jest oczywiście w tym, że to z punktu widzenia ustawodawcy czyn jest niepożądanym, a uznanie czynu za przestępstwo jest wyrazem jego negatywnej oceny, która nie musi pokrywać się z punktem widzenia jednostki (nie mówiąc np. o obiektywnych wartościach)” (s. 46). Nie sądzę, aby można się tutaj doszukiwać „problemu”: jest jasne, że instytucje, czy szerzej – ogólne kategorie prawne wymagają definicji (regulujących, projektujących), które nabierają „normatywnego” znaczenia dzięki „autorytetowi” prawodawcy. Funkcją prawa (jak i reguły w ogóle) jest ukrócenie zbędnej deliberacji podmiotów prawa. Ustawodawca musi formułować takie definicje, by podmioty prawa, bez wchodzenia w deliberację nad słusznością pewnych działań, wiedziały, że dane działania są *prawnie* zakazane. Uzasadnienie tych decyzji (w tym „uzasadnienie użycia przez organy państwa przymusu”) to osobna sprawa. Kwestia ta była szeroko dyskutowana (np. przez karnistów w kontekście debaty nad związkiem norm sankcjonowanych i sankcjonujących, ale także po prostu przez filozofów prawa – choćby debata Hart-Dworkin). Definicja formalno-prawna w zupełności wystarcza by w praktyce dowiedzieć się jakie czyny są zakazane, a jakie nie. Nie sądzę, by można było się tutaj doszukiwać jakiegoś „problemu”, o ile rozumie się, że definicje materialna i formalna mają po prostu inne funkcje (odp. uznania czynów danego typu za przestępstwa i przedstawienia jego *prawnego znaczenia*). Mam wrażenie, że Autor nie do końca potrafi rozdzielić te dwie różne perspektywy. Pomimo tego, że w zasadzie cały czas w dyskutowanym rozdziale krytykuje jako „problematyczną” definicję formalną, tak naprawdę nie przedstawia powodów, dla których należałoby z niej zrezygnować. Nie robi tego chyba z najprostszego na świecie powodu: z takiej definicji zrezygnować w obrębie prawa karnego się po prostu nie da. Stąd większość jego rozważań dotyczy uzasadnienia karania, albo głębiej – dyskusji nad dobrami, które wymagają karnoprawnej ochrony (normy sankcjonowane). I całkiem słusznie, bo w tych kontekstach pojawia się szczególnie paląca potrzeba filozoficznej (społecznej, politycznej, moralnej) refleksji. Nietrafna jest natomiast sugestia Autora, jakoby konieczność prowadzenia tego typu rozważań wynikała z (pozytywistycznych?) ograniczeń definicji formalnej przestępstwa.

Wydaje mi się też („na chłopski rozum”), że skoro odróżnienie między przestępstwami, wykroczeniami i deliktami administracyjnymi jest ostre na gruncie prawa pozytywnego (s. 53), to każda odpowiedź na pytanie o uzasadnienie karania będzie po prostu odwoływała się do jakichś materialnych definicji „przestępstwa”, „wykroczenia” i „deliktu”. I faktycznie na tym poziomie dyskusji pojawiają się kategorie moralnego potępienia, społecznej dezaprobaty itd. Twierdzenie Habilitanta, że w kontekście rozważań uzasadniających karanie – czy to za przestępstwo, wykroczenie, delikt – trzeba odwołać się do „materialnego aspektu przestępstwa”, czyli „ująć materialnie przestępstwo, bo tylko dzięki odwołaniu się do jakiejś aksjologii można uciec od ustawodawczej arbitralności.” (s. 55). To jest oczywiście trywialna prawda, że decyzje dotyczące kryminalizacji nie powinny być arbitralne i że powinny odwoływać się do jakiejś (przemysłanej) aksjologii (rozumianej jako spójna struktura wartości). Nie jest natomiast jasne dlaczego pojęcie „przestępstwa materialnego” ma być tu pojęciem fundamentalnym. Semantyczno-etymologiczne rozważania Autora z początkowych części pracy miały charakter raczej lokalny (gł. w kontekście polskiego języka potocznego i jego rejestru prawniczego). Sądzę, że zamiast prezentować generalne twierdzenia należałoby najpierw zastanowić się nad konstrukcjami prawnymi, a potem nad ich uzasadnieniem. W końcu dyskusja nad sposobami karania nie może być oderwana od typów kar, ich funkcji a także sposobów ich wymierzania, a te w przypadku przestępstw, wykroczeń i deliktów administracyjnych są przecież różne. Dlatego trafne będzie raczej mówienie o materialnym aspekcie odpowiednio przestępstw, wykroczeń i deliktów, aniżeli tworzenie jednej zbiorczej, bynajmniej nie homogenicznej kategorii „przestępstw materialnych”. Wydaje mi się, że kazuistyczne i pełne dygresji rozważania prowadzone przez Habilitanta w tym rozdziale (tj. do s. 67) świadczą właśnie na rzecz raczej takiej tezy, a nie wygłoszonego przez niego z początku twierdzenia, że pojęcie „przestępstwa materialnego” jest kategorią fundamentalną. Nawet rozpoczynając swoje rozważania na ten temat na s. 54 napisał on przecież: „że ten (trój- albo dwu-) podział powinien być oparty na jakichś wzorcach naturalnych i nie może być zupełnie dowolny”, choć chwile później twierdził, że w takim razie podział ten musi zakładać materialne podejście do „przestępstwa”. Otóż nie musi.

Zresztą na samym wstępie książki Habilitant napisał: „łatwo dostrzec mnogość zagadnień, w istocie przestępstwem jest bowiem czyn zabroniony przez ustawę karną itd., ale jeśli spytać, czym różni się taki czyn od (na przykład) deliktu administracyjnego albo, ostatecznie, co powinno wyróżniać przestępstwo od innych przypadków naruszenia prawa, to otwiera się przestrzeń do argumentowania na rzecz takiego czy innego podejścia. Oczywiście odpowiedź, że przestępstwem jest to, co prawodawca przestępstwem nazwał, nie ma szczególnych wartości poznawczych i nie jest wskazówką kryminalizacyjną” (s. 9). Tym samym Autor zdaje się już na wstępie książki zakładać, że w zasadzie różne stanowiska są dopuszczalne (a samo to stwierdzenie stępią nieco z góry siłę jego argumentacji). Zgodzić się należy przy tym z banalnym stwierdzeniem, że uznanie przez ustawodawcę czynu C za czyn zabroniony pod groźbą kary nie stanowi samo w sobie uzasadnienia dla uznania takiego czynu za czyn zabroniony pod groźbą kary, no może poza przypadkami jakiejś formy konformistycznej „moralności

legalistycznej” (można sobie wyobrazić, że prawodawcy w kraju P wprowadzają pewien typ przestępstwa tylko dlatego, że prawodawcy z sąsiedzkiego kraju N wprowadzili wcześniej taki typ, całkowicie w oderwaniu od racji uzasadniających kryminalizację, którymi się kierowali prawodawcy w N). Nie znaczyłoby to jednak, że czyn C nie byłby przestępstwem w kraju P. Definicja formalna przestępstwa spełniałaby ciągle swoją praktyczną rolę pozwalając obywatelom zidentyfikować ten rodzaj zachowań, za który może po prostu spotkać ich kara.

Niestety w symptomatycznym dla całej pracy obecnym w omawianym rozdziale 2.4 strumieniu pozbawionych jakiegokolwiek porządku informacji na temat przestępstw, wykroczeń i deliktów, trudno wyłuskać jakąkolwiek inną stanowczą tezę Habilitanta. Dodam, że rozdział ten unaocznia także symptomatyczną dla lektury całej pracy trudność związaną z niemożliwością oddzielenia poglądów referowanych przez autora od jego własnych ocen i postulatów. Całemu przedsięwzięciu towarzyszy też pytanie czemu referowanie *in extenso* poglądów cudzych połączone z pewną formą spekulacji (owo wszędobylskie „można by...”) ma tak naprawdę służyć, skoro na kanwie tych rozważań nie rysuje się żadna wyraźna teza.

Rozważania dotyczące formalistycznego, jurydycznego czy też pozytywistycznego (bo Habilitant traktuje je jako synonimy) „błędu w definiowaniu” kontynuowane są częściowo w rozdziale 2.5 (gdzie Autor prezentuje swoje poglądy nt. pozytywizmu). Tutaj chciałbym zwrócić tylko uwagę że tam Habilitant przedstawia pełniejszą karnoprawną definicję przestępstwa: „Czyn przestępny, przestępstwo, pojmowany jest jako czyn zabroniony pod groźbą kary, bezprawny, społecznie szkodliwy w stopniu większym niż znikomy, zawiniony” (s. 71). Dalej kontynuuje: „Z pozytywistycznego punktu widzenia można więc przedstawić relacje między tymi terminami („czyn”, „przestępstwo” itp.), ale jest to praca obarczona pewną tautologią, ponieważ ostatecznie i tak będzie prowadzić do tekstu prawnego. Poza tym klasa czynów będących przestępstwami zależy wyłącznie od prawodawcy – może być ona dowolnie kształtowana, co w żadnym razie nie rzutuje na dogmatyczną istotę przestępstwa, podobnie jak sposób użycia słowa „przestępstwo”, które prawodawca może odnieść niemal do wszystkiego (jak mogliby sądzić pozytywiści)*. Symptomatyczne jest to, że pozytywizm prawniczy programowo milczy w sprawie tego, co powinno być przestępstwem – mogą być formułowane wnioski *de lege ferenda*, lecz o charakterze dogmatycznym, wiążące się z niedoskonałością sposobu sformułowania przepisu, zastosowanej techniki prawodawczej czy relacji między normami prawa karnego. Nie ma tutaj wzorca czy modelu przestępstwa stanowiącego wzorzec czy punkt odniesienia, aczkolwiek trzeba pamiętać, że niektóre postulaty formalne mają wymiar aksjologiczny (jak dowodził Lon Fuller, by przytoczyć ścisłość i precyzję przepisów)” (s. 72). Jak wskazałem już wyżej, sądzę, że ten pogląd Autora, bierze się stąd, że Autor po prostu przypisuje pozytywistom poglądy i cele, których oni nigdy nie mieli.

(Z8) (Nie)prawny charakter zasad prawa karnego? Habilitant uważa, że „zasady [prawa karnego takie jak *nullum crimen sine lege*], co widać na tle odpowiedzialności karnej, są czymś zasadniczo bardziej aksjologicznym niż prawnym. Zasady te nie mogą

podlegać modyfikacjom w takim układzie społecznymi w takiej wspólnotcie (w relacji do tej czy innej epoki), z której wyrastają – nie ma mowy o odpowiedzialności karnej bez winy, bez ustawy karnej (w typowych sytuacjach) i to niezależnie od tego, co postanowi prawodawca. Albo innymi słowy – prawodawca nie może postanowić inaczej” (s. 69). Skomentować można to następująco. Powiedzenie, że zasady danej gałęzi prawa mają podstawy aksjologiczne jest banałem, powtarzającym w każdym podręczniku prawa (cywilnego, karnego, administracyjnego). Nie jest to więc żadne wielkie odkrycie. Rozumiem, że celem tej wypowiedzi Habilitanta jest wskazanie, że pewne instytucje nie były by *takimi* instytucjami, gdyby nie miały pewnych esencjonalnych cech. Rzeczywiście, sytuacja jest tutaj taka sama jak w przywoływanym niegdyś przez Searle’a przykładzie szachów: gdyby ustalić (konwencjonalnie), że król porusza się co dwa pola, a nie co jedno, co gra nie byłaby już szachami. I nie chodzi tutaj o nazwę: nie byłaby to po prostu *ta sama gra*. Na tej samej zasadzie można powiedzieć, że prawodawca ustalający inne *zasady* dla „prawa karnego” („szachów”) niż *nulla crimen sine lege*, tak naprawdę próbowałby grać w inną grę. Nie zmienia to jednak faktu, że gra ciągle ma charakter konwencjonalny (a więc prawny). Prawo, które opierałoby się na innych zasadach po prostu nie byłoby prawem karnym a aktualnym rozumieniu tego pojęcia, bo nie spełniałoby funkcji *prawa* karnego. Prawodawca oczywiście *może* „postąpić inaczej,” ale wtedy zapewne nie osiągnie założonych celów polityczno-prawnych (w tym sensie *prawo karne* jest instrumentem; a prawodawca może używać różnych instrumentów).

Sądzę, że ten osobliwy i oparty na banale i nieporozumieniu argument Habilitanta stanowi znowu rezultat jego „anty-pozytywistycznego” nastawienia, które skrytykowałem już wyżej.

(Z9) Dwie role analizy pojęciowej a pojęcie przestępstwa. Habilitant pisze: „Jeśli przyjąć, że teksty prawne są zakorzenione w kulturze, język natomiast ukształtowany w historycznym rozwoju mniej lub bardziej wiernie oddaje strukturę rzeczywistości (zgodnie z nurtem deskrypcjonistycznym – opisowym analizy języka, filozofii języka potocznego), to w zasadzie analiza tekstów prawnych czy innych sposobów użycia słowa „przestępstwo” będzie źródłem wiedzy o przestępstwie. Analiza pojęcia przestępstwa dostarczy również wiedzy o przestępstwie *per se*. Jest to zatem droga poznania przestępstwa, lecz ostatecznie wykraczająca poza czysto pozytywistyczny program, a zwłaszcza poza jego metody i potrzeby” (s. 70)

W tym fragmencie mamy do czynienia z nieporozumieniem. Analizy deskrypcjonistyczne na gruncie filozofii języka potocznego nie miały prowadzić do dostarczenia wiedzy o świecie, takim jaki on jest, a jedynie wiedzy o sposobach używania słów. Analizy, które dostarczają wiedzy o świecie, za F. Jacksonem, określa się mianem „nieumiarkowanych” (*immodest*)⁷. Jednakże w przekonaniu wielu filozofów języka potocznego, analiza języka potocznego pełni rolę raczej umiarkowaną (choć są wyjątki, na które trzeba być czułym – np. analizy „wyostrzające nasze postrzeganie zjawisk” u J.L. Austina). Zasadniczo filozofowie języka potocznego nie uważali metody analizy pojęciowej za metodę

⁷ F. Jackson, *From Metaphysics to Ethics*, Oxford 1998.

„odkrywania” świata, lecz co najwyżej za metodę rozwiązywania tych problemów filozoficznych, które mają językowe podstawy (Wittgenstein nazwał je zresztą swego czasu „zagadkami językowymi”, sugerując właściwie, że w dużej mierze są to pseudo-problemy). W kontekście wypowiedzi Habilitanta można zadać pytanie, czy analizy które prowadzi ujawniają *rzeczywistą* treść pojęcia przestępstwa, jako pewnego elementu „umeblowania świata” (naturalnego?, instytucjonalnego?), czy też raczej analiza prowadzi do przedstawiania różnych sposobów rozumienia słowa „przestępstwo” w kolektywnej, potocznej (relatywnej zresztą do miejsca i czasu) świadomości. W moim przekonaniu analizy Habilitanta świadczą o tym, że wykonuje on to drugie zadanie, tym bardziej, że wyraźnie odcina się od tych rozumień przestępstwa, które mają instytucjonalny charakter (a więc tego rozumienia „przestępstwa,” które stanowi konstytutywny element *rzeczywistości* instytucjonalnej, prawnokarnej). Świadczą też o tym jego nieco pogardliwe uwagi nt. pozytywizmu albo realizmu jako teorii poszukujących „realnych” desygnatów. Sęk w tym, że momentami sam pisze on tak, jakby takiego realnego, pozaprawnego desygnatu poszukiwał. Trudno więc czasem ocenić jaki status mają prowadzone przez niego rozważania – celowo piszę przy tym raczej o rozważaniach, niż analizach, ponieważ Autor nie zakłada żadnej szczególnej koncepcji analizy pojęciowej, nie ma zatem żadnej głębszej świadomości metodologicznej.

Aby wysiłki Habilitanta były udane w zakresie w jakim chce on przedstawić poza-instytucjonalne, rzeczywiste odniesienie terminu „przestępstwo”, musiałby on przedstawić znacznie bardziej wyrafinowane argumenty na rzecz związku języka potocznego z pozajęzykową rzeczywistością. Wymagałoby to przewyciężenia fundamentalnych problemów związanych ze stosunkiem analizy pojęciowej do metafizyki moralności (por. prace M. Smitha czy F. Jacksona). Analiza terminów moralnych i prawnych uchodzi często za analizę umiarkowaną, która ujawnia jedynie pewne żywione koncepcje, natomiast nie ujawnia prawdy o świecie (a szczególnie: o *moral* lub *legal kinds*). Aby twierdzenia Habilitanta były filozoficznie wiarygodne, potrzebuje on czegoś znacznie głębszego, aniżeli powierzchownego odwołania do filozofii prawa natury (które w zasadzie sprowadza się w tym wypadku do *dictum* zawartego w autoreferacie, że „prawo naturalne oddaje pewne uniwersalne wartości”, które „rysują pewien wzorzec, do którego należy dążyć w polityce kryminalnej”, s. 10).

(Z10) Prawo karne jako „rezultat” prawa natury. Na s. 72 Habilitant napisał: „Odpowiedź na pytanie, co powinno być przestępstwem, może zostać udzielona przez doktrynę prawa natury, a także na gruncie realizmu prawniczego (jako wnioski płynące z analiz szeroko pojętych zjawisk prawnych) akcentującego rolę polityki kryminalnej i badań socjologicznych lub kognitywnych (psychologicznych). Prawo pozytywne pochodzące od ludzkiego prawodawcy, państwa czy suwerena pozwala jednak dokonać pewnych ogólnych ustaleń [?], jeśli uwzględni się intelektualne źródła czy pobudki kodyfikacji prawa karnego. Współczesne prawo karne jest bowiem wynikiem działań [?] nowożytnej doktryny prawa natury.” Tym samym wskazał na historyczne motywy regulacji prawnokarnych. Jednakże warto odróżnić motywy działania od racji to działanie uzasadniających. To, że historycznie pewne koncepcje prawnonaturalne stanowiły pobudki działania prawodawców, nie oznacza jeszcze automatycznie, że te działania

uzasadniają. Historyczne przykłady zdają się ilustrować jedynie oczywistą tezę, że prawodawca (nie tylko zresztą w domenie prawa karnego, ale w ogóle), opiera się na jakiejś aksjologii. Nie musi być to jednak *przecież koniecznie* aksjologia prawnonaturalna, obiektywistyczna itd. W autoreferacie Autor zresztą wskazał, że prawo natury „rysuje pewien wzorzec, do którego należy dążyć w polityce kryminalnej” (s. 10, por. też wcześniejszy zarzut). Zaraz jednak dodał: „Właśnie [ten] postulat został sformułowany i uzasadniony w pracy. Potępienie może wynikać z niezgodności ze zwyczajami, moralnością, czy użytecznością” (s. 10). Z dyskusji prowadzonej w pracy odnoszącej jednak wrażenie, że tak naprawdę chodzi tutaj o potępienie na gruncie określonych koncepcji etycznych (koncepcji dobra i zła). Tak więc właściwie widać, że cały zamysł pracy polega na opisanu różnych etycznych kryteriów oceny czynów i mechanicznej aplikacji tych rozstrzygnięć na gruncie polityki prawa karnego. Rozczarowujące jest w tym kontekście natomiast to, że Autor nie podejmuje żadnych rozstrzygnięć meta-etycznych, poza zdawkowymi odwołaniami się do rozstrzygnięć podejmowanych przez innych autorów (np. Rawlsa). Jest raczej oczywiste, że prawodawcy przyjmujący (idealnie rzecz ujmując) różne normatywne teorie etyczne będą inaczej uzasadniać kryminalizację. Interesującym pytaniem filozofii prawa karnego byłoby więc właściwie pewne pytanie meta-etyczne, takie jak: Które współczesne koncepcje etyczne najlepiej (z jakichś powodów) nadają się do celów polityki kryminalnej? – a jeśli odpowiedź na to pytanie byłaby pluralistyczna, jak sugeruje (bez uzasadnienia) Habilitant, to należałoby zadać inne pytanie, dotyczące meta-etycznej „zasłony niewiedzy”: Czy możliwe jest wyodrębnienie wspólnego trzonu „racji etycznych”, wspólnych dla wszystkich doniosłych doktryn etycznych, które określałyby właściwy etycznie, „publiczny” (a nie prywatny, subiektywny, czy nawet obiektywny) rodzaj uzasadnienia kryminalizacji? Tego rodzaju refleksja wymagałaby stworzenia modelu (mechanizmu), albo procedury, a nie jedynie zbioru ogólnych rekomendacji (tak jak to robi Habilitant w rozdziale 5). Autor nie przedstawia ani takiego modelu czy procedury, choć wyraźnie twierdzi, że kryminalizacja ma pewne ramy i że modelowych rozwiązań należy szukać na gruncie filozofii politycznej (s. 10 autoref.). Odpowiedź Habilitanta, która sprowadza się do rekomendacji „minimalizmu penalnego” i nie karania za czyny, których ocena moralna jest kontrowersyjna nie może zostać uznana za wystarczającą. Nie jest takim też ogólnie sformułowany wniosek, że „Rawlsa koncepcja sprawiedliwości może wyznaczać konkretne dyrektywy adresowane do prawodawcy, nakazujące tak, a nie inaczej ukształtować system prawny. Oznacza to odwołanie się do takiego czy innego systemu wartości” (s. 192). Z filozoficznego (meta-etycznego) punktu widzenia niezwykle ciekawe jest zagadnienie jak Rawlsowską procedurę implementować na grunt legislacyjny. Ale pytanie to staje się jeszcze bardziej skomplikowane, gdy zdamy sobie sprawę z wielości alternatywnych koncepcji etycznych określających „racje publiczne” (dobro, zło publiczne, etc.). Do tego wątku wrócę jeszcze później (zajmując się dokładniej *ogólnymi* dyrektywami określonymi przez Habilitanta na końcu książki).

(Z11) Polityczne i politologiczne rozumienie przestępstwa. Habilitant na s. 72 wskazuje, że politologiczne i polityczne sposoby rozumienia przestępstwa są ze sobą tożsame. Wydaje się jednak, że skoro dyskursy polityczny i politologiczny to różne dyskursy (drugi jest meta-dyskursem), to twierdzenie takie jest arbitralne. Habilitant

stwierdza, że chodzi mu o rozumienie przestępstwa „związane z naukami o polityce”. I w sumie chwilę potem Autor prowadzi wywód, który przypomina poemat na temat niejasnej relacji „związania” (napisałem poemat, bo tak jak często ma to miejsce w przypadku poezji, kluczową rolę w całym przedsięwzięciu odgrywa wieloznaczność terminów): „Ważne jest jednak dostrzeżenie, że w istocie można badać polityczne ujęcie przestępstwa na dwa sposoby. Pierwszy dotyczy przestępstwa właśnie jako przedmiotu nauk o polityce i związków między prawem a polityką. Drugi – wiąże się z przestępstwami politycznymi. Wbrew pozorom te dwie perspektywy mają ze sobą tyle wspólnego, ile występuje różnic pomiędzy nimi. W radykałnym ujęciu każde przestępstwo jest przestępstwem w jakimś sensie politycznym, chroni bowiem określone elity [*tu błąd kat. – elity nie są chronione przez przestępstwa, ale przez zakazy karne*], ich interes oraz narzucony przez te elity porządek społeczny. W umiarkowanym ujęciu przestępstwa polityczne będą przestępstwami przeciw fundamentalnym interesom państwa czy władzy politycznej. Jest to jednak tylko jedna możliwa droga ich charakteryzowania. Przesłupstwo staje się polityczne przez motywy działania sprawcy: jeśli sprawca działa nie z niskich pobudek, ale ideowych, kierując się szlachetnymi celami, słusnością sprawy, o którą walczy, przy czym szlachetność przewyższa szkody, które czynem wyrządza.” (s. 73).

Pomijając niefrasobliwość pierwszego sformułowania, że przestępstwo chroni elity, zwracam uwagę, że przedstawiony wywód odwołuje się do kilku różnych (prawdopodobnie trzech) rozumień „polityczności”: (1) polityczne jest to, co jest wyrazem woli lub interesów elit; (2) polityczne jest to, co jest sprzeczne z interesem państwa; (3) polityczne jest to, co jest oparte na motywach ideowych. Są to rozumienia, które przynajmniej pojęciowo nie mają ze sobą wiele wspólnego (działanie zgodne/sprzeczne z interesem elit może być zgodne/sprzeczne z interesem państwa i jednocześnie popełnione bądź nie ze słusnym motywem itd.). W zasadzie takich kryteriów „polityczności” można wymyślić znacznie więcej, bo ostatecznie przecież wszystko pozostaje w *jakiejś* relacji do siebie w świecie instytucjonalnym, więc ostatecznie każda instytucja ma jakiś związek z polityką (a raczej: z naukami o polityce, bo tak tę kategorię definiuje Autor; czy jednak jego własna definicja nie ujawnia raczej związków z polityką niż z nauką o polityce?).

W każdym razie mam wrażenie, że Habilitant sam wprowadza nadzwyczaj pojemną kategorię zbiorczą „przesłupstw politycznych”, tylko po to, by zbudować następujący argument: „Kategoria przestępstw politycznych stanowi doskonałą egzemplifikację relatywizmu przestępstwa jako konstrukcji pozytywnoprawnej i tego, że to nie prawo pozytywne rozstrzyga o tym, co w istocie jest przestępstwem [?]. Naturalnie jest to przykład dostrzegalny dla tego, kto przyjmuje szerszą (aksjologiczną) perspektywę” (s. 73). Być może jest to wynik moich ograniczeń intelektualnych, ale całkowicie nie rozumiem w jaki sposób, po skonstruowaniu właściwie tak „sztucznej” i „pojemnej” kategorii „przesłupstw politycznych” miałaby ona stanowić egzemplifikację czegokolwiek, a tym bardziej tego, że to nie prawo pozytywne, ale naturalne rozstrzyga o tym, co jest przestępstwem. Nie jest przy tym dla mnie przekonujące, raczej moralizatorskie niż naukowe stwierdzenie Autora, że „nie można zarzucić komuś zła ze

szlachetnych pobudek” i dlatego pewne czyny nie mają charakteru przestępnego. Prawdę powiedziawszy nie potrafię odtworzyć stojącego za taką argumentacją rozumowania: czyny podejmowane ze szlachetnych pobudek nie są automatyczne, same w sobie dobre, a postulat ich karania może być uzasadniony w inny sposób (np. w oparciu o argumenty konsekwencjalistyczne), albo może generować obiektywnie „zło”. Ponadto, Autor argumentuje dalej, że względność (relatywizm) polega na tym, że ten sam czyn w tym samym czasie może być przestępstwem w miejscu X, a nie jest w miejscu Y. To zjawisko można bardzo łatwo wyjaśnić przez odwołanie się do relatywizmu kulturowego albo jakiejś formy perspektywizmu. Można to zrobić także bardziej uniwersalnie poprzez wskazanie faktu niewspółmierności wartości i tego, że ustawodawca w jednym kraju ustawodawstwem karnym chronią wartości pozostające w takich niewspółmiernych relacjach. Autor konstatuje natomiast, że „ jeśli określać, czym jest przestępstwo w odniesieniu do zespołu norm istniejących poza prawem pozytywnym, to pojawia się możliwość zastosowania pewnych kryteriów apolitycznych i niejako asytuacyjnych do oceny polityki kryminalnej, a także jako punktu odniesienia dla ewentualnej odpowiedzialności politycznej i prawnej decydentów” (s 74). Owo „jeśli” jest tutaj kluczowe i najbardziej problematyczne, bo większość rozważań Autora zdaje się po prostu opierać na założeniu, że właściwym i jedynym wzorcem oceny, czy prawodawca właściwie uznał za przestępstwo określony typ czynu jest obiektywny kodeks moralny (przy jednoczesnym podkreślaniu od czasu do czasu, że nie do końca wiadomo co się w tym kodeksie znajduje; sugerowane zaś w innych miejscach przez Habilitanta przykłady, jak pokazują w innych miejscach, są wysoce wątpliwe). Znamienne, że w zasadzie na rzecz podobnej tezy argumentował Austin, z tym jednak zastrzeżeniem, że dostrzegał on po pierwsze, że konieczne jest odróżnienie perspektywy opisu prawa od perspektywy jego uzasadnienia lub oceny (o tym wyżej), a po drugie, że wzorzec prawa naturalnego bywa niejasny i otwarty na różne interpretacje (co w kontekście prawa karnego niweczy jego funkcje gwarancyjne i tak naprawdę grozi arbitralnością ocen). W zasadzie w ramach krytyki tych rozważań Habilitanta można by po prostu zacytować *in extenso* powoływane przez niego samego wcześniej dzieło Austina – i w moim przekonaniu, mimo „leciwego” charakteru, byłaby to krytyka dla Habilitanta po prostu dewastująca.

(Z12) Przestępstwa obiektywne i subiektywne. W rozdziale 2.7 (s. 78-80) zatytułowanym „Przestępstwa obiektywne i subiektywne – nowa perspektywa” Habilitant wprowadza wskazany podział. Cały rozdział jest jednak poświęcony wyłącznie nie do końca klarownej dyskusji pojęcia przestępstwa obiektywnego (gdzie obiektywność wiąże się ze sposobem ustalenia winy) i twierdzi, że przestępstwo obiektywne to po prostu „sytuacja jednostki” (gdzie, jeśli dobrze rozumiem, „wina” jest czymś na wzór Ricoeurowskiej tragicznej „winy bytu”). Wskazuje też inne rozumienie „obiektywnych przestępstw”, którego warunkiem nie jest wina. Tu Habilitant zauważa: „Takie przestępstwo, mimo że nie ma przesłanki winy warunkującej odpowiedzialność, może pozostawać w dodatniej relacji do praworządności, gdy dostatecznie uzasadni się sprawiedliwość takiego rozwiązania, a uzależnienie odpowiedzialności od zdolności wyboru alternatywnego do przestępnego działania pozostanie realne. Dobrym przykładem może być przestępstwo polegające na uwiedzeniu i stosunku płciowym z

osobą będącą jeszcze dzieckiem" (s. 79-80). Jest to ostateczne zdanie tego rozdziału. Trudno mi powiedzieć, co świadczy o „nowości” tej „perspektywy” (sam Autor tego nie wyjaśnia). Szczerze powiedziawszy wydaje mi się też, że podkreślony fragment stanowi niemal „masło maślane”: „jeśli X będzie sprawiedliwe, to X będzie praworzadne”. Dodam jeszcze, że całkowicie niezrozumiałe jest pisanie o „dodatnich” i „ujemnych” relacjach praworzadności, ponieważ relacje (logiczne) nie dzielą się przecież na ujemne i dodatnie.

(Z13) HLA Hart i tzw. „otwarta tekstowość prawa (*open texture*)”. Habilitant napisał: „W niemal współczesnym nam wieku XX amerykański filozof prawa Herbert L.A. Hart mówił o otwartej tekstowości prawa (*open texture*), co z kolei w semiotyce określa się jako niedookreśloność nazw czy zwrotów językowych” (s. 96). Po pierwsze, Hart nie był Amerykaninem tylko Brytyjczykiem. Po drugie, tłumaczenie *open texture* jako „otwartą tekstowość” jest błędne, ponieważ „otwartość” nie ma żadnego związku z tekstem, a z zastosowaniem reguł (to zresztą termin pochodzący od filozofa języka F. Waissmanna). Prawidłowe tłumaczenie to „otwarta struktura” (*texture*). Jest to często i często powielany błąd w polskiej literaturze komentującej prace Harta. Po trzecie, najczęściej ową „niedookreśloność” określa się mianem „nieostrości”, przy czym w kontekście „otwartej struktury” owa „otwartość” sugeruje, że chodzi o nieostrość nazw jedynie potencjalną.

(Z14) Charakterystyka przestępstwa w odwołaniu do cech niezależnych od prawa pozytywnego. Dostarczenie takiej charakterystyki jest jednym z zasadniczych celów pracy, który ma świadczyć o jej oryginalności (s. 7). Wedle Habilitanta prawnicza (prawna, formalna, jurydyczna, pozytywistyczna, analityczna...) definicja przestępstwa jest „niewystarczająca” (dla celów prowadzenia polityki prawa). Z tego w gruncie rzeczy banalnego twierdzenia zestawionego z twierdzeniem, powtarzanym niemal dogmatycznie, że prawo natury dostarcza najlepszych odpowiedzi na wszystkie związane z tematyką przestępstw „wątpliwości”, Habilitant wywodzi tezę o „naturalnym” charakterze przestępstw w ogóle. W moim przekonaniu mamy tutaj do czynienia z pewnym nieporozumieniem. Formalna definicja przestępstwa jest zapewne definicją regulującą w stosunku do potocznego *rozumienia* przestępstwa (zapewne to samo dotyczy występku, deliktu itd.). Oddziaływanie między językiem naturalnym i językiem potocznym jest jednak oczywiste, stąd instytucjonalne znaczenie przestępstwa nie pozostają bez wpływu na znaczenie ogólne. Patrząc z tej perspektywy ogólna próba uchwycenia „nieprawniczej” charakterystyki przestępstwa przypomina próbę budowy „odwróconej” *czystej* nauki o przestępstwie (w pewnym sensie „odwróconej” w stosunku do ambicji *czystej teorii prawa*). Sęk w tym, że o ile w drodze definicji legalnych i innych zabiegów znanych nauce prawa (gł. z zakresu legislacji) da się ograniczyć nieostrość terminów języka potocznego i uczynić je (względnie) użytecznymi w praktyce instytucjonalnej (tu mam na myśli formalną definicję przestępstwa), to odwrotny zabieg nie jest możliwy. To znaczy, nie da się wyłuskać jednego, *rzeczywistego* znaczenia (a tym bardziej „realnego desygnatu” jak pisze Habilitant) słowa „przestępstwo” w nieprecyzyjnym języku potocznym. Innymi słowy: badając po prostu różne potoczne użycia słowa przestępstwo nie osiągniemy żadnego wartościowego rezultatu (poza skonstruowaniem słownika pełnego definicji), o ile na podstawie analiz pojęciowych nie zbudujemy teorii, a i tak problematyczne będzie to w jakim stopniu teoria nasza będzie

opisywać rzeczywistość (por. argumenty w ramach zarzutu 9). Dróg konstrukcji teorii jest wiele (to kwestia metodologiczna). Nie da się przedstawić (homogenicznej) *rzeczywistej* (cokolwiek to znaczy) charakterystyki przestępstwa poza prawem pozytywnym. Potoczne intuicje są bardzo różne i częstokroć nie do pogodzenia ze sobą w tym względzie. Właściwie rozdział 3, opisujący różne, skądinąd interesujące, historycznie sposoby ujmowania przestępstw (jako czynów przeciwko bóstwu, moralności, porządkowi społecznemu, powszechnej szczęśliwości, czy też niezawinionych czynów „anty-społecznych”, s. 140-144, albo jako czynów szkodzących, itd.) tylko to potwierdza.

(Z15) Definicje „przestępstwa” i powtórzenia. Praca *obfituje* w (powtarzane) definicje przestępstwa (dotyczy to też innych definicji; zarzut dotyczy tutaj więc przede wszystkim kompozycji pracy i zbędności wielu powtórzeń). W rozdziale 2.3. Habilitant dyskutuje definicję formalną i materialną (co krytykowałem wyżej). Na początku rozdziału 3. 1. powraca do definicji (jakby ignorując wcześniejsze ustalenia). Mam wrażenie, że zakresowo treść rozdziału 2 („Pojmowanie przestępstwa – podejścia, ujęcia, kierunki”) po prostu nachodzi na rozdział 3 („Perspektywa historii filozofii prawa karnego”). Wygląda to tak, jakby w każdym rozdziale Autor zaczynał całą robotę od nowa. Kolejna definicja przestępstwa „podsumowująca” pojawia się na s. 97 – „czyn podlegający karze: a) stanowił zło lub zło powodował (krzywda wyrządzona ofierze albo zaszkożenie interesowi publicznemu); b) był zamierzony przez sprawcę (a nie przypadkowy); c) musi naruszać jakieś prawa czy pewne reguły (normy), przyjmowane tradycyjnie, uznane lub ustanowione przez odpowiedni (kompetentny) podmiot” (s. 97). Następnie pojawiają się przykłady z historii filozofii. Czytelnik w zasadzie chciałby zapytać, dlaczego struktura książki ma charakter niejako „falowy” – najpierw Autor przedstawia analizy historycznych rozumień przestępstwa, dochodzi do definicji, a następnie przedstawia filozoficzne przykłady czy też rozwinięcia wcześniej zidentyfikowanych rozumień przestępstwa (inny przykład: przestępstwo w rozumieniu teorii retrybucyjnej jest omawiane m.in. na s. 49-50, 97, 130-132 – za każdym razem pojawia się (przynajmniej w uwikłaniu) definicja retrybucywności). I tak w koło Macieju. Świadczy to o tym, że ani struktura argumentu, ani struktura samej pracy, nie została dobrze przemyślana.

(Z16) „Odpowiedzialność”. Na s. 164 Habilitant napisał: „Wspólnym elementem rozmaitych koncepcji odpowiedzialności, pierwiastkiem występującym w każdym przypadku posłużenia się słowem „odpowiedzialność” jest założenie czegoś nisko czy negatywnie wartościowanego, stającego się powodem odpowiedzialności czy rodzącego odpowiedzialność. Odpowiedzialność ponosi się za wyrządzenie zła. Problem polega jednak na tym, że zło może być pojmowane na wiele sposobów.” To, że nawet prosta analiza wypowiedzi języka potocznego sugeruje, że ta wypowiedź jest fałszywa. Gdy ojciec poucza małe dziecko, że *powinno* być odpowiedzialne, albo gdy Nietzsche czy komentujący go Scheler piszą o *całkowitej (nie)odpowiedzialności* człowieka, chodzi im coś zgoła innego, a mianowicie o cechę człowieka jako agenta w świecie. A. Saint-Exupéry ujął chyba to najbardziej dobitnie: „być człowiekiem, to właśnie być odpowiedzialnym”. Habilitant nie odnosi się do tego aspektu znaczenia słowa „odpowiedzialność”, pomimo, że to właśnie niemu poświęcał uwagę filozofowie. Z filozoficznego punktu widzenia, aby ustalić „za co ponosimy (albo *powinniśmy* ponosić) odpowiedzialność (np. karną)” należy

najpierw określić „za co jesteśmy odpowiedzialni”. Tytuł rozdziału 4.1. przyjmuje postać drugiego pytania, choć *de facto* chodzi w nim o pierwsze. Dziwi w tych rozważaniach brak odwołań do filozoficznej literatury na temat odpowiedzialności *per se*, w tym. np. wydanej kilka lat temu książki J. Filka pt. „Filozofia odpowiedzialności”. Odpowiedzialność – np. odpowiedzialność rodziców za swoje dziecko – odnosi się przecież w pierwszej kolejności nie tyle do akceptowanych czy pożądaných sposobów postępowania z jakimś dobrem prawnym, ale po prostu sposobów bycia (np. bycia *rodzicami*). Tego rodzaju podejście do odpowiedzialności zdaje się stać u podstaw koncepcji norm sankcjonowanych (i zdaje się nawet, jak pisze J. Filek, wyprzedzać w porządku wyjaśniania pojęcia odpowiedzialności prawnej i moralnej). Jest to więc bardziej pierwotne rozumienie odpowiedzialności i szkoda że Autor, zajmujący się przecież *filozoficznymi* podstawami kryminalizacji, w ogóle go nie zauważa. Dziwi to tym bardziej w kontekście faktu powoływania przez niego autorów, którzy takimi właśnie analizami się zajmowali. Na s. 161 pisze: „Łacińskie, a związane z funkcjonowaniem prawa rzymskiego *responsibilitas*, pochodzące od czasownika *respondere* oznacza odpowiadanie na oskarżenie przed sądem, w sensie obrony jakiejś sprawy. Podobnie w nowszej filozofii Johannes Schwartländer wskazuje, że skoro „odpowiedzialność” znaczy „odpowiadać na coś”, to w mowie – pytaniu i odpowiedzi – przejawia się jej istota*. Natomiast Georg Picht wiąże upowszechnienie się pojęcia odpowiedzialności z faktem wykrystalizowania się procesu inkwizycyjnego...”. W miejscu * odwołuje się on do książki Schwartländera, która zajmuje się pojęciem odpowiedzialności w fundamentalnym filozoficznym sensie. I właściwie skrótowo dobrze streszcza jej gł. konstatację: odpowiedzialność wiąże się z koniecznością odpowiadania. Natomiast bardzo wątpliwe jest w tym kontekście przejście od „odpowiadania na pytanie” do „odpowiadania na oskarżenie” – dla Habilitanta jest to jakby tożsame, gdy tymczasem to fundamentalnie różne kwestie. Do Krakowa przybywa bardzo wielu turystów, którzy pytają mieszkańców Krakowa o drogę. W takiej sytuacji mieszkaniec postawiony jest w sytuacji odpowiedzialności, gdy zacznie odpowiadać na pytanie (staje się przez to odpowiedzialny też za pytającego turystę). Nie odpowiada on jednak, jak sugeruje dalsze przywołanie Pichta, na oskarżenie. Autor stwierdza arbitralnie: „Odpowiedzialność za czyn dobry jest niezgodna z intuicją i w żadnym z przedstawionych kontekstów nie znajduje się takie użycie słowa «odpowiedzialność»” (s. 163). Gdy powiem, że ktoś zachował się odpowiedzialnie, dokonuję raczej pozytywnej oceny jego zachowania. Ponadto, bardziej fundamentalne filozoficznie intuicje wiążą odpowiedzialność nie tyle nawet z konkretnymi czynami, ale z pewnym nastawieniem do innych, albo nawet do samego siebie (najlepszym przykładem będzie tutaj chyba Heideggerowska „troska”).

Autor zdaje się też dalej sugerować (s. 163), że poglądy Ingardena na odpowiedzialność najlepiej podsumowują dotychczasowe rozważania. Tymczasem wydaje się, że Schwartländer (to stwierdzam za lekturą wskazanej książki Filka) odchodzi od potocznego pojmowania odpowiedzialności, które z kolei dla Ingardena pozostaje kluczowe. Autor jednak nie zajmuje się zbadaniem różnic między tymi stanowiskami, tylko wrzuca je do jednego worka.

Nota bene, klasycy filozofii odpowiedzialności są w pracy ledwie wspomniani (Strawson czy Fischer i Ravizza), albo w ogóle są pominięci (Zimmerman z jego „ledger view”). O

nowszych koncepcjach odpowiedzialności, np. Scanlona czy Shoemakera, autor nawet się nie zająknął.

W zasadzie prowadzone przez Habilitanta w rozdziale 4.1. rozważania nad odpowiedzialnością sprowadzają się do nieco chaotycznej próby wysłowienia „zasady kontroli”: „Przestępstwo jest zatem warunkowane odpowiedzialnością, a odpowiedzialność jest możliwa, o ile sprawca miał pewną kontrolę nad czynem, nad działaniem i jego wynikiem. Oznacza to możliwość wyboru działania alternatywnego (a wcześniej podjęcie decyzji o jego realizacji [*nota bene*: tutaj „jego” ewidentnie odnosi się do „czynu alternatywnego”, a nie „rzeczywistego”, co jest absurdalne – AD]). Jesteśmy zatem odpowiedzialni za kłamstwo i za pewne skutki tego kłamstwa. Z epistemologicznego punktu widzenia konieczna jest znajomość lub możliwość znajomości faktów (w tym faktu obowiązywania pewnych reguł), których nasz czyn dotyczy, co jednak jest jak gdyby miękka zasadą odpowiedzialności. Możliwa jest odpowiedzialność za nieprzewidziane zdarzenia, a co najmniej nieprzewidziane przez nas skutki zdarzenia (w momencie ranienia kogoś lub np. rażenia paralizatorem możemy nie mieć wiedzy, że skutkiem będzie śmierć wskutek innych jeszcze właściwości ofiary). Zakres tej odpowiedzialności ma bowiem przede wszystkim charakter kulturowo-społeczny, raz może być węższy, innym razem i w innym miejscu – szerszy, byle obejmował przypadki dające się rozsądnie ocenić za związane z wolnym działaniem sprawcy. Gdy warunek odpowiedzialności jest spełniony, można mówić o przestępstwie”.

Szczerze powiedziawszy nie jest to zbyt wyrafinowana analiza zasady kontroli. W zasadzie wychodzi na to, że to, co pozostaje albo może pozostawać pod naszą kontrolą, czyli to, za co możemy odpowiadać, jest warunkowana kulturowo. Od Autora, który sporą część dorobku naukowego poświęcił na badanie pojęcia odpowiedzialności, oczekiwałbym jednak bardziej wyrafinowanej i samodzielnej analizy. Tym bardziej, że stwierdzenie, iż „[p]rzestępstwo jest warunkowane odpowiedzialnością, a odpowiedzialność jest możliwa, o ile sprawca miał pewną kontrolę nad czynem, nad działaniem i jego wynikiem” stanowi po prostu odwołanie do szczególnego rozumienia kontroli wg Harry’ego Frankurta. Można zapytać, co z innymi rozumieniami kontroli? W tej kwestii Autor nie dyskutuje żadnych poglądów krytycznych, nie odwołuje się do żadnych współczesnych dyskusji. W tym kontekście aż prosi się przedyskutować przynajmniej pobieżnie (z odp. konsekwencjami dla całej argumentacji Habilitanta) problem tzw. „moral” i „legal luck”, czyli problem faktycznej (ostrzejszej) kryminalizacji przez ustawodawcę zachowań, których wystąpienie jest w pewnym sensie kwestią losu (pecha), a więc zachowań, które – w kluczowym tu sensie – pozostają poza kontrolą sprawcy.

(Z17) Poglądy dominujące w prawoznawstwie. Habilitant stwierdza: „Dominujące w prawoznawstwie, choć to pewne uogólnienie, zdaje się stanowisko nonkognitywistyczne, w którego świetle oceny moralne nie są ani prawdziwe, ani fałszywe*. Oznaczałoby to, że nauka prawa w Polsce pozostaje zasadniczo w ramach subiektywizmu etycznego. Znajduje to uzasadnienie w generalnie neopozytywistycznym ukształtowaniu teorii prawa, choć naturalnie teoria prawa i nauka prawa ulegają pewnemu eklektyzmowi, są

zapewne o wiele bardziej bogate pod względem założeń metaetycznych, niż wynikałoby z przyjętego tutaj uogólnienia**. Jednocześnie uznaje się, że na pewne wartości jest zgoda – powszechna (w danym kręgu kulturowym) zgoda na to, żeby pewne wartości chronić (np. życie czy zdrowie człowieka) (s. 170-171)”. Ten akapit nosi znamiona nie podparte żadnymi danymi spekulacji (uogólnienia), do tego celowego (skoro Autor zdaje sobie sprawę z tego, że poglądy nauki prawa w Polsce „są zapewne o wiele bardziej bogate pod względem założeń metaetycznych, niż wynikałoby z przyjętego tutaj uogólnienia”). Nie bardzo rozumiem jaką właściwie informację przekazuje czytelnikowi Autor w tym fragmencie. Przypis * odwołuje się do podręcznika logiki praktycznej Ziemińskiego, ale nie dlatego, że Ziemiński mówi cokolwiek o dominującym poglądzie w prawoznawstwie, ale dlatego, że dyskutuje odróżnienie kognitywizm-nonkognitywizm (*nota bene* nie pochodzące przecież od niego). Drugi przypis odnosi się do książki L. Morawskiego, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, zresztą bez podania stron, co sugeruje, że Autor odwołuje się tutaj do tezy o eklektyzmie teorii prawa (a nie – tezy o jednak większej świadomości metaetycznej przedstawicieli polskiej nauki prawa). Nie za bardzo wiadomo czemu wprowadzane „uogólnienie” ma służyć, skoro nie jest poparte żadnymi dowodami.

(Z18) Zło (rozdział 4). W tej kwestii także mam Habilitantowi wiele do zarzucenia. Zaczniemy od kwestii pomniejszych. W rozdziale 4 Habilitant podejmuje się zadania przedyskutowania różnych koncepcji zła. Pisze na przykład: „Zło” jest terminem etycznym, i ustalenie jego znaczenia wymaga dalszych zabiegów interpretacyjnych” (s. 158). To stwierdzenie jest to tyle niestosowne, że chwile dalej Habilitant pisze, że pojęcie zła jest „skrajnie niedookreślone”. W przypadku pojęć „skrajnie niedookreślonych” ciężko jest w moim przekonaniu mówić w ogóle o interpretacji (interpretacja jest jakąś formą „ustalania” znaczenia i nawet jeśli ma charakter twórczy, to ma pewne granice; drugie sformułowanie sugeruje, że chodzi raczej o „nadawanie” znaczenia). Zaraz po tym zdaniu następuje inne: „W tym sensie w wielu (pewnością gdy chodzi o naruszenie zwyczajów lub prawa zwyczajowego) ewangelicznych sytuacjach Jezus Chrystus popełniał przestępstwa, choć niósł wyłącznie przesłanie miłości [pisownia oryginalna - AD]”. Jak rozumiem Autor przyjmuje, że bezzasadne jest przyjęcie, że Jezus mógł popełniać przestępstwa, a to dlatego, że celem jego działania była „miłość”. Więc jeżeli Jezus zrealizował znamiona przestępstwa, np. niszczył mienie handlujących w świątyni, ale celem jego działania było niesienie „miłości”, to „miłość” („przesłanie miłości”) wykluczyła przestępczość czynu. Nie sądzę przy tym, by czyn Jezusa polegający na zniszczeniu mienia, mógł być oceniony nie-nagannie z punktu widzenia wszystkich koncepcji etycznych. Ale niezależnie od tego nie wiem, co ten przykład ma właściwie ilustrować.

Rozważania na temat zła są ogólnie nierzetelne. Dobrym przykładem złej praktyki Habilitanta jest interpretacja teorii Rawlsa (s. 184). Habilitant napisał: „W rezultacie, odwołując się do koncepcji Rawlsa, należy mówić raczej o złych instytucjach czy strukturach społecznych lub państwowych, co ma pewną wartość poznawczą i wyjaśniającą. Byłaby to więc koncepcja „zła wspólnotowego” (jako *sui generis* antynomia dobra wspólnego)*”. Tymczasem użycie kategorii zła w kontekście teorii Rawlsa jest nietrafne. U podstaw teorii Rawlsa stoi odróżnienie *good – bad* oraz *just – unjust (right –*

wrong). Pierwsze substancjalne odrożnienie jest rozróżnieniem z poziomu rozległych doktryn moralnych, religijnych i filozoficznych (pierwszego rzędu), natomiast tylko drugie z tych odróżnień (proceduralne) odnosi się do poziomu politycznego. Można zatem bez sprzeczności na gruncie teorii Rawlsa powiedzieć na przykład, że „dokonanie aborcji jest złe” i jednocześnie twierdzić, że „regulacja dopuszczająca aborcję jest sprawiedliwa”. Tymczasem konstatacje Habilitanta w zasadzie podkopują to rozróżnienie poziomów. Ta wypowiedź Habilitanta świadczy to tym, że nie zrozumiał on głównej idei, założeń, a nawet przedmiotu badań (tj. sprawiedliwości, a nie dobra!) Rawlsa.

Na marginesie, istnieje też fundamentalna różnica w mówieniu o (nie)moralności w sensie substancjalnym i proceduralnym. Jeśli uważam, że moralnym jest studiowanie filozofii w wymiarze 30 godzin tygodniowo (indywidualny ideał etyczny), to jeżeli nie realizuję tego ideału to popełniam czyn niemoralny. Ale trudno mi sobie wyobrazić, by ten czyn mógł być podstawą kary publicznoprawnej. Choć przedmiotem zainteresowania etyki są takie problemy dotyczące Rawslowskich „koncepcji dobrego życia”, to przedmiotem zainteresowania prawa karnego mogą być przede wszystkim te kwestie moralne, które dotyczą relacji między osobami. Zastanawia mnie więc na przykład, czy na gruncie koncepcji Habilitanta możliwe (zasadne?) byłoby uznanie za przestępstwo masturbacji. Ten problem jest nawet bardziej palący, w kontekście rozważań Habilitanta w *Zakończeniu*, gdzie sugeruje on, że „skoro przestępstwo nie zależy wyłącznie od państwa, to należałoby chociaż pozwolić osobom, które chcą poddać się karze, stanąć przed sądem – nawet jeżeli czyn, który wzbudza poczucie odpowiedzialności, nie jest przestępstwem z punktu widzenia kodeksu karnego” (s. 304). Gdyby Autor dokładniej przestudiował prace Rawlsa widziałby różnicę między indywidualnie pojmowaną odpowiedzialnością (za realizację indywidualnej koncepcji życia) a odpowiedzialnością o charakterze publicznym (na innym poziomie). Warunki określenia tej pierwszej, różnią się od warunków wyznaczenia tej drugiej. Nawet jeśli sądzimy, że masturbacja jest zła, to nie znaczy, że mamy za nią ponosić odpowiedzialność. Innymi słowy, sąd karny nie jest trybunałem sumienia.

(Z19) Wartość moralna systemu prawa. Na s. 159 Habilitant pisze: „Jeśli przyjąć, że system prawny czy porządek prawny ma dodatnią wartość moralną, czyli (koniunkcyjnie) w każdym wypadku zasługuje na aprobatę i każde naruszenie norm należących do tego systemu jest złem, to każdy czyn naruszający normy będzie w tym ujęciu przestępstwem”. Tutaj mam kilka zastrzeżeń. Po pierwsze, przyjęcie, że system prawny ma jako całość dodatnią wartość moralną nie oznacza, że wartość moralną mają wszystkie zawarte w nim normy. Temat ten był od dawna dyskutowany przez pozytywistów, filozofów polityki etc., ale nawet zdroworozsądkowo rzecz ujmując: w systemie ogólnie moralnym (jak systemy liberalne) wiele norm systemu może mieć charakter moralnie całkowicie indyferentny, a część może być po prostu niesprawiedliwa. System będzie jednak ciągle miał ogólny „autorytet” *de facto* w sensie J. Raza. Po drugie, przestępstwem jest w pierwszej kolejności czyn naruszający normy pod groźbą kary, a nie czyn po prostu naruszający normy. Po trzecie, zaprezentowane rozumowanie ma charakter hipotetyczny. Stąd całkowicie niejasne jest co Autor ma na myśli, gdy w kolejnym zdaniu na tej stronie pisze, że „nie jest to ujęcie trafne”: nietrafne są przesłanki tego

rozumowania, całe rozumowanie, czy jego wnioski? To jest niejasność, mówiąc językiem Habilitanta „symptomatyczna” dla całej pracy.

(Z19) Odpowiedzialność kauzalna. Na s. 164 Autor napisał: „W literaturze przedmiotu wskazuje się przy tym, że w pewnych wypadkach odpowiedzialność przyjmuje postać zwykłej odpowiedzialności kauzalnej czy przyczynowej. W takim wypadku jest się odpowiedzialnym za spełniony czyn i skutki tego czynu, zwłaszcza te w szeroko pojmowanej przestrzeni społecznej (wyrządzenie krzywdy drugiemu). Skutki te mają być przy tym wartościowane ujemnie. Tak pojmowana odpowiedzialność występuje samodzielnie (dziecko w tym znaczeniu [*nb dziecko w jakim znaczeniu?* - AD] odpowiada za to, że płaczem zbudziło rodziców) albo jako warunek odpowiedzialności prawnej czy moralnej (odpowiedzialność rodziców za uderzenie płaczącego dziecka). Odpowiedzialność przyczynowa nie musi wiązać się z czynem sensu stricto. Może dotyczyć każdego faktu, z reguły jednak wartościowanego ujemnie (odpowiedzialność dżumy za śmierć tysięcy ludzi). Trudno mówić o odpowiedzialności urodzaju za napełnienie żołądków, a znacznie naturalniej brzmi stwierdzenie, że nieurodzaj jest odpowiedzialny za głód w takim a takim państwie.” Trudno ocenić jaką literaturę ma na myśli Habilitant, skoro w tym fragmencie nie pojawia się żaden przypis. Na tyle, na ile zdołałem się zorientować, pojęcie odpowiedzialności kauzalnej łączone jest raczej nie z odpowiedzialnością (za szkodę) faktyczną – to jest za zdarzenia historyczne, ustalone przez sąd, ale z odpowiedzialnością ocenianą na zasadzie prawdopodobieństwa (tzw. *causal proportional liability*, zwraca na to w swoich pracach prof. E. Bagińska, bo też ten rodzaj odpowiedzialności dyskutowany jest gł. na gruncie prawa cywilnego). Nie trafiłem natomiast na literaturę, w której pojawiałyby się powołana przez Autora definicja. Zresztą, ta definicja jest całkowicie niejasna – nie do końca wiadomo na czym kauzalność ma polegać. Początkowe sformułowanie sugeruje, że chodzi o *negatywne konsekwencje czynów*. Nie jest też jasne czy jest to pojęcie moralne, prawne czy jeszcze jakieś inne (odpowiedzialność płaczącego niemowlaka za obudzenie rodziców nie ma ani charakteru przecież ani charakteru moralnego ani prawnego). Ostatecznie jednak, twierdzenie Habilitanta, że odpowiedzialność dotyczy *faktów*, sugeruje, że odwołuje on wcześniejszą definicję (że dotyczy czynów). Trudno zatem stwierdzić jaka jest rola tej definicji. Ostatecznie okazuje się, że zdania mające wyrażać „odpowiedzialność kauzalną” tak naprawdę wyrażają po prostu związki przyczynowe. W moim przekonaniu w tym miejscu Habilitant pokazuje, że nie potrafi prowadzić analizy pojęciowej na gruncie języka potocznego: stwierdzenie, że dżuma odpowiada za śmierć tysięcy ludzi prowadzi nas do scharakteryzowania odpowiedzialności w zupełnie innym sensie, niż sens moralny czy prawny, tym bardziej, że – jak sam napisał – tylko „z reguły” *fakty* mają tu być wartościowane ujemnie. Zamiast mówić tutaj o jakiejś zbiorczej kategorii „odpowiedzialności kauzalnej”, która nie ma wyraźnej definicji, należałoby raczej wyróżnić kilka pojęć odpowiedzialności.

(Z20) List św. Pawła. Habilitant twierdzi, że oparcie dla jego, skądinąd banalnej przecież tezy, że przestępstwami są zwykle czyny w jakimś sensie złe znajdujemy w Liście Pawła do Rzymian. Habilitant pisze tak: „List Pawła do Rzymian może stanowić dobry punkt odniesienia do rozważań o przestępstwie. Związek między przestępstwem a winą,

odpowiedzialnością czy szeroko pojętym prawem (lub zakonem) jest intuicyjny, w dużym stopniu wynika ze sposobu użycia słowa „prawo”. Typowe są [*dla kogo, św. Pawła ? – AD*] zwroty, w których mowa o odpowiedzialności za przestępstwo, przestępstwie jako naruszeniu prawa czy o przestępstwie jako winie. Jak pisze Apostoł Paweł: „Cóż więc powiemy? Że zakon to grzech? Przenigdy! Przecież nie poznałbym grzechu, gdyby nie zakon; wszak i o pożądliwości nie wiedziałbym, gdyby zakon nie mówił: Nie pożądaj! Lecz grzech przez przykazanie otrzymał bodziec i wzbudził we mnie wszelką pożądliwość, bo bez zakonu grzech jest martwy. I ja żyłem niegdyś bez zakonu, lecz gdy przyszło przykazanie, grzech ożył”*. Upraszczać: bez prawa nie ma przestępstwa i wielu wypadkach to prawo kreuje przestępstwa, jednocześnie jest w nas miara pozwalająca odróżnić to, co słuszne – od niegodziwego. Jediną taką miarą jest sam człowiek, lecz w odwołaniu do jakiegoś źródła wartości, czy to świeckiego, czy to religijnego” (s. 165). Zgodzić się tutaj trzeba, że „bez prawa nie ma przestępstwa” i że takie postawienie sprawy jest zupełnie zdroworozsądkowe. Gdyby Autor rozważył ten fragment z listu Apostoła na początku książki, być może zauważyłby zatem daremność swoich wcześniejszych rozważań dotyczących „pozaprawnego” rozumienia przestępstwa.

(Z21) Wolność w filozofii polityki. Na s. 184 czytamy: „W filozofii polityki używa się niejednoznacznego przecież terminu „wolność”, w znaczeniu wolności od przymusu, ale w kontekście swobody od ograniczeń nakładanych przez państwo, co odnosi się do braku przeszkód w realizacji postanowień woli”. Autor następnie dyskutuje znaną liberalną koncepcję Berlina. Tymczasem nie jest tak, że filozofii polityki wolność oznacza zawsze wolność od przymusu, bo np. w tradycji republikańskiej częściej mowa o wolności od dominacji (czyli potencjalnego przymusu). Kolejny akapit dotyczy natomiast już wolności u Kanta, która ma zupełnie inny charakter (wolność jako autonomia). Można zapytać jaki cel ma właściwie takie rozważanie różnych koncepcji wolności.

(Z22) Zło „dyskursywne”, R. Alexy i spółka. Na s. 186 Habilitant stwierdza: „W perspektywie etyczno-dyskursywnej z kolei słuszność może być postrzegana jako podstawowe kryterium oceny stosowanej w odniesieniu do dyskursu praktycznego. W pewnym uproszczeniu dyskurs to proces racjonalnej komunikacji realizowany w ramach określonej wspólnoty komunikacyjnej na podstawie określonych reguł i ukierunkowany na osiągnięcie konsensusu (porozumienia)*. Na przykład w ujęciu Roberta Alexy’ego dyskurs proceduralny określają pewne formalne reguły, które rozstrzygają o jego słuszności, natomiast celem jest uzasadnienie wypowiedzi o charakterze powinnościowym (normatywnym)**. W ten sposób można rozstrzygnąć i uzasadnić wypowiedzi głoszące, jak nie powinno być. Słowo „zło” odnosi się do aktu naruszenia reguł dyskursu i przyjętych czy uzasadnionych dyskursywnie (argumentacyjnie) reguł i norm, czyli norm będących rezultatem konsensusu osiągniętego w wyniku przeprowadzonej procedury dyskursu lub argumentowania***. Jeśli na przykład przyjąć, że każda racjonalna osoba chciałaby żyć w społeczeństwie, w którym przestrzegane byłyby wynikające z godności ludzkiej prawa człowieka, to złem moralnym byłoby naruszenie tych praw. Naruszenie reguł komunikacji przyjętych w ramach wspólnoty, do której należę, jest dobitnym przejawem zła.” Tylko mimochodem zwracam na fakt, że przypis *** (nr. 85) wskazuje błędnie stronę książki J. Stelmacha i B. Brożka *Metody*

prawnicze (bo na tej stronie jest mowa o analizie pojęciowej). Przypis * z kolei odwołuje się do tej samej książki (s. 174), na której faktycznie omawiane są poglądy Alexy'ego, ale na próżno tam szukać przedstawionej przez Habilitanta interpretacji. Jest tak dlatego, że w wyżej zacytowanej wypowiedzi Habilitant po prostu pomylił ze sobą dwa poziomy: poziom słuszności związany z komunikacją i poziom słuszności rozumianej normatywnie, a więc w sensie ścisłym i etycznym. Absurdem jest mówienie o „złu” w kontekście komunikacyjnym, bo to pojęcie przecież dotyczyć może tylko moralnych przesłanek i moralnych konkluzji procedury uzasadniania.

(Z23) Zasada rządów prawa. Habilitant napisał: „Zasada rządów prawa jest wartością bądź dyrektywą kierowaną do prawodawcy. Może wynikać z konstytucji czy innych aktów normatywnych, ale ostatecznie nie można przeczyć, że znalazła się w prawie, ponieważ prawodawca uznał ją za wiążącą. Prawodawca czuje się taką zasadą związany, jest więc swego rodzaju metaregłą prawną czy metaprawem*. Należałoby raczej unikać niejasnych i wieloznacznych określeń etycznych, takich jak *superweniencja***” (s. 191-192). Akapit ten stanowi kwintesencję chaotycznego sposobu myślenia Habilitanta. Po pierwsze, zasada rządów prawa nie tyle jest wartością, co właściwie zbiorem, albo nawet pewną teorią wartości, jakie system prawa *powinien* (przynajmniej w *jakimś* stopniu) realizować. Po drugie, nie bardzo rozumiem jaki jest związek między tym, że zasada ta wynika z konstytucji i z jej uznaniem przez ustawodawcę: jeśli jest dyrektywą i wyznacza powinności, to „obowiązuje” przecież niezależnie od tego, czy prawodawca ją uzna. Jeśli jej nie uzna, to po prostu stworzy wadliwe z jej perspektywy prawo. Na marginesie, aby „wpisać się” jakoś w anty-pozytywistyczną narrację Habilitanta, można dodać, że wymogi tej zasady muszą być ostatecznie też w pewnym stopniu uznane przez pozytywistów (nawet J. Raz, twardy pozytywista prawniczy, przyznał przed laty, że całkowita negacja zasady rządów prawa w standardowej formie, bliskiej postulatowi „wewnętrznej moralności – czy racjonalności – prawa” Fullera, nie jest pojęciowo możliwa). To po raz kolejny świadczy o aksjologicznym zorientowaniu pozytywizmu. Po trzecie, ostatnie zdanie jest w zasadzie szokujące: „Należałoby raczej unikać niejasnych i wieloznacznych określeń etycznych, takich jak *superweniencja***”? Nie wiem dlaczego Habilitant napisał to zdanie i jaką pełni ono funkcje w toku wywodu. Dlatego ograniczę się tylko do podważenia treści samego tego zdania: otóż pojęcie „*superweniencji*” nie jest pojęciem etycznym, ale metafizycznym (ewentualnie: ontologicznym). Lepiej byłoby, gdyby Habilitant nie używał pojęć, których po prostu nie rozumie (tym bardziej, że w miejscu * jest przypis do tekstu autorstwa Jaewong Kima, który na pewno nie pisze o *superweniencji* jako o pojęciu etycznym).

Po czwarte, wątpliwe jest dalej wprowadzone przez Habilitanta powiązanie zasady rządów prawa z ideami konstrukcyjnymi systemów politycznych proponowanych przez Rawlsa albo Nozicka. To, że system prawa będzie wyglądał inaczej, jeśli przyjmiemy zasady postulowane przez te koncepcje jest raczej oczywiste. Nie wynika jednak z tego, że koncepcja rządów prawa u tych dwóch autorów się różni (osobiście w to wątpię). To, że systemy prawne się różnią, nie oznacza wcale, że ich pojęcia *rządów prawa* się różnią. To dopiero należałoby wykazać za pomocą szczegółowej analizy, ale takiej Autor nie przeprowadza.

(Z24) Quasi-statystyczne prawo naturalne. Ciekawy przykład argumentu bez pokrycia znajdujemy na s. 194, gdzie Habilitant napisał: „Są też takie czyny, które zdaniem wielu lub większości europejskich filozofów, prawników czy po prostu obywateli państw kręgu tradycji judeochrześcijańskiej bądź postoświeceniowej, niejako w sposób uniwersalny ocenia się jako złe moralnie czy przestępne, nawet bez podawania norm prawnych, to jest tylko z powodu ich intuicyjnie identyfikowanej moralnej naganności. To rodzaj wpisanego w naszą tradycję prawa naturalnego, któremu trudno zaprzeczyć [?].” Z uwagi na to, że Autor nie przedstawia żadnych statystyk, badań itp. na poparcie swoich tez, uważam ten akapit za kolejny przykład spekulacji. Kolejny akapit jest również ciekawy: „Problem swego rodzaju relatywizmu dotyczy w zasadzie poszczególnych czynów uznanych za przestępstwa, lecz nie zmienia faktu, że są one jednak w danej wspólnocie postrzegane jako zło moralne. Ważne jest zatem to, że przestępstwo jest powiązane z moralnym złem, niezależnie od języka i kultury czy momentu historycznego, może się różnić natomiast katalog (zbiór) czynów stanowiących przestępstwa. Można oczywiście nie używać słowa „przestępstwo”, lecz jedynie mówić o czynach karanych itp., co jednak ma charakter zabiegu czysto semantycznego” (s. 194). Z uwagi na to, że Autor nie podaje żadnych przykładów, nie wiadomo do końca o czym mówi. Mamy do czynienia z całkowicie abstrakcyjnym i spekulacyjnym wywodem. Wynika z niego na przykład, że poszczególne czyny mogą być różnie oceniane (ale nie wiadomo, czy chodzi o jednostkowe czyny, czy rodzaje czynów?). Dlaczego „relatywizm” – czy też raczej „problem relatywizmu” – ma zmieniać bądź nie zmieniać jakiegoś faktu (w szczególności: faktu postrzegania tych czynów za niemoralne), tego Autor już nie wyjaśnia. Wiadomo tylko, że jakiegoś powodu „ważne jest”, że przestępstwo powiązane jest ze złem moralnym niezależnie od kultury, języka itd. (ale: niezależnie od kultury czy na gruncie każdej kultury?).

(Z25) Natężenie zła. Na s. 199 Habilitant napisał: „Wyjątkową rolę w uzasadnieniu przestępstwa odgrywa argument ze szczególnego natężenia zła zawartego w czynie. (...). Wątpliwości rodzi jednak prosta konstatacja, że generalnie równie uzasadnione [?] jest karanie czynów, które w nieznacznym, aczkolwiek uciążliwym stopniu zakłócają porządek społeczny. Można sądzić, że każda dorosła i racjonalna osoba zgadza się z sankcjonowaniem zachowania polegającego na zakłócaniu spokoju i czasu wypoczynku. Podobnie nie są przypadkami moralnego zła [?] zachowania polegające na tym, że ktos w miejscu publicznym ma maczetę i wszystko wskazuje na zamiar jej użycia w celu wyrządzenia zła [?] lub szczyje psem człowieka, albo polegające na tym, że ktos niszczy lub uszkadza znaki czy napisy ostrzegające o grożącym niebezpieczeństwie dla życia lub zdrowia człowieka czy rzuca kamieniami lub innymi przedmiotami w pojazd mechaniczny będący w ruchu, nie mówiąc o zanieczyszczaniu wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi. Wszystkie te czyny naruszają jednak w istotny sposób porządek publiczny, przeciw tym czynom można użyć narzędzi mieszczących się w ramach metody cywilnoprawnej, ale niejako z uwagi na ich charakter i tak musiałyby być realizowane przez władzę publiczną – organy państwa, poza tym większość z tych zachowań negatywnie ocenianych (ze społecznego punktu widzenia) wymaga reakcji możliwie natychmiastowej.” Dostrzegam oczywiście, że Autor powołuje tutaj te przykłady,

sugerując, że zasadniczym powodem kryminalizacji tych czynów nie jest niemoralność, ale jakoś rozumiana naganność (stąd dalsza sugestia, że być może powinny one stanowić „delikty administracyjnoprawne”). Niemniej, całkowicie nieintuicyjne jest uznanie, że wskazane czyny *nie są niemoralne*. W moim przekonaniu wszystkie opisane czyny są w jakimś stopniu niemoralne (choć w oderwaniu od koncepcji zła, może być trudne do ustalenia, w jakim; to też świadczy o tym, że przedstawiona przez Habilitanta teza ma znowu charakter spekulatywny).

I tak w przypadku samego posiadania maczety trudno jeszcze mówić o przestępstwie (to nie jest niemoralne), natomiast połączenie posiadania z *ulterior intent* po stronie posiadającego jest na pewno niemoralne (chęć skrzywdzenia kogoś jest na pewno niemoralna), stąd rozważanie odpowiedzialności posiadacza z takim zamiarem nie jest kontrintuicyjne. Szczucie psem zdaje się naturalnie wiązać ze szkodą psychiczną, a zatem jest niemoralne (podobnie jak np. bezprawne groźby), przy czym samo szczucie i szczucie w celu wyrządzenia konkretnej szkody to dwa różne typy zachowania, o których mówią dwa różne przepisy KK. Rzucanie przedmiotami w samochody jest także niemoralne i jest kryminalizowane (choćby z uwagi na nieakceptowalne wysokie ryzyko wyrządzenia poważnej krzywdy) na gruncie dwóch różnych przepisów (samo rzucanie vs rzucania powodujące katastrofę). Podobnie zanieczyszczenie wody.

Przy okazji tej dyskusji chciałby, zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię. Mam wrażenie, że w wielu miejscach pracy Autor utożsamia „podstawy aksjologiczne” z „podstawami moralnymi”, podczas gdy wartości moralne nie są jedynymi wartościami, na których może oprzeć kryminalizację ustawodawca. Wydaje się też, że zło w kontekście prawa karnego podlega jednak stopniowaniu, a nawet, że konieczne jest określenie jakichś progów publicznie rozpoznawalnego „zła”. Zło jest złu nierówne, co widać na przykładzie *mala prohibita*, których kryminalizacja może być uzasadniana na wiele sposobów. I tak przykładowo, na gruncie definicji *mala prohibita* A. Duffa, jest to przestępstwo, które jest *wrongful*, ale które nie byłoby takim w braku uprzedniej prawnej regulacji jakiegoś zjawiska. Można mieć wątpliwości, czy powszechne i niewielkie „zło” w postaci oszukiwania, łamania danych przyrzeczeń czy „jazdy na gapę” (w kontekstach koordynacyjnych) stanowi pełnoprawne „zło” uzasadniające kryminalizację, bo jednak w wielu typach sytuacji obejmujących takie zachowania kryminalizacja nie ma miejsca (i jak się wydaje całkiem słusznie).

(Z26) Przestępstwa bez ofiar. Zdaniem Habilitanta kategoria przestępstw bez ofiar odnosi się wyłącznie do czynów karalnych, które stanowią zło, ale nie wobec jakichkolwiek osób (ofiar). Powierzchnowe analizy Autora na s. 215-218 sugerują, z jednej strony, że to, czy tego typu przestępstwa mają być karane zależy wyłącznie od przyjętej koncepcji etycznej, a z drugiej – że pewne jest, iż karanie pewnych typów czynów (np. stosunków homoseksualnych) byłoby w naszej kulturze uznanie za „jedynie zabieg semantyczny” (s. 217, *karanie* byłoby zabiegiem semantycznym?).

W omawianym fragmencie pracy wychodzą na jaw wszystkie niekonsekwencje pojęciowe Autora: twierdzi on na przykład, że należy „powiązać zagadnienie przestępstw bez ofiar

z faktem istnienia ofiar bez przestępstw” (s. 217) i dowodzi, że wiele czynów, które historycznie nie były kryminalizowane, powinny takie być. Stronę wcześniej natomiast dowodził, że czyny, które nie stanowią zła w (jakimś?) sensie moralnym przestępstwami nie są. Przy czym dla pewnych czynów (jak akty homoseksualne przywołuje on kryteria relatywne i kulturowe, zaś dla innych (aborcja, niewolnictwo – kolonializm...) jakby obiektywne. Nie do końca więc wiadomo, czy chodzi mu o kryteria „demokratyczne”, czy „obiektywistyczne”. Nie zawsze też wiadomo, czy używa on słowa przestępstwo w sensie prawnym, czy własnym – pozaprawnym.

Nota bene, na tle rozważań o przestępstwach bez ofiar aż prosi się o przywołanie przykładu tzw. *proxy crimes* (gdzie nie ma zła i nie ma ofiar, a jest tylko karalność za czyny statystycznie powiązane z przestępstwami – jak np. przewożenie dużych ilości gotówki przez granicę, jako czyn powiązany statystycznie z praniem brudnych pieniędzy). Nie jest to, co prawda temat rozwinięty w polskiej literaturze, dlatego nie chcę z faktu ich pominięcia robić zbyt poważnego zarzutu. Jednakże możliwe jest przywołanie innych przykładów, w postaci *abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo* (w przypadku których ustawodawca w pewnym sensie *arbitralnie* w prowadza granicę akceptowalności pewnych zachowań), co wiąże się zresztą z problemem „moral” i „legal luck”. Można zastanawiać się, czy czyn polegający na jeździe pustą, pustynną drogą z 0,6 promila we krwi jest czynem niemoralnym („złym”).

Powszechna właściwie kryminalizacja tego typu czynów stanowi poważny argument przeciwko powtarzanej jak mantra tezie Habilitanta, że podstawą kryminalizacji czynów jest zawsze przypisanie im *jakoś* rozumianego zła moralnego.

(Z27) Dyrektywy politycznoprawne. Habilitant na końcu książki formułuje następujące dyrektywy polityczno-prawne. Pisze on (lektura może być nieco utrudniona z uwagi na to, że w paru kluczowych momentach brakuje przecinków – [,], lub zdanie jest niegrammatycznie sformułowane – [!]): „Jak zatem rozwiązać problem kryminalizacji z punktu widzenia założeń aksjologicznych i najszerzej pojmowanych podstaw filozoficzno-politycznych prawa karnego?* Wydaje się, że odpowiedź można sprowadzić do kilku punktów. Warunkiem ich stosowania jest spełnienie przez prawodawcę wymogów, od których zależy uzasadnienie decyzji politycznej w państwie mającym legitymację do rządzenia, demokratycznym lub praworządnym, liczącym się z podstawowymi zasadami wynikającymi z praw człowieka (godności osoby ludzkiej) i w tym sensie zbliżonym do sprawiedliwego (by nawiązać do koncepcji społeczeństwa Johna Rawlsa)**. W razie niespełnienia tych warunków prawo karne staje się narzędziem politycznym czy ideologicznym nastawionym na eliminację poszczególnych osób, grup osób czy wyrządzanie zła niewinnym ludziom, [!] wówczas – w skrajnych wypadkach – można kontestować obowiązywanie tych rażąco niesprawiedliwych norm (więc przestępstwo nie byłoby przestępstwem nawet z czysto prawnego punktu widzenia). Przemysłem powinien być taki czyn, który na gruncie najbardziej akceptowanej w danym układzie społecznym etyki normatywnej (w zestawieniu z alternatywnymi doktrynami moralnymi) jest oceniany jako zło moralne (warunek moralny), ale [!] nie powinno się penalizować tego czynu, jeśli nie sprawia on per se, że skutek jego

popęnienia ktokolwiek może znaleźć się w gorszej sytuacji [niż wcześniej – należałoby dopowiedzieć, jak sądzę - AD]. W ramach tego punktu są dwie reguły szczegółowe: a) jeśli nie można rozstrzygnąć sposobu wartościowania danego czynu, nie powinno się uznawać takiego czynu za przestępstwo, chyba że spełniony będzie warunek (b); b) można penalizować czyny, jeśli karanie danego czynu, choćby nie był złem moralnym, przyniesie większą społeczną korzyść aniżeli powstrzymanie się od karnej ochrony porządku społecznego i penalizacja czynu nie doprowadzi do potęgowania stygmatyzacji sprawcy (nie pogłębi jego wykluczenia ze względu na prawną, społeczną czy moralną ocenę tego czynu), a kara nie jest dolegliwsza niż porównywalna i konieczna dla utrzymania porządku społecznego sankcja administracyjna” (s. 280-281).

W dalszej kolejności Habilitant formułuje jeszcze dwie reguły, ale na razie skupmy się na regule powyższej. Jak już zauważyłem wcześniej, Habilitant nie formułuje żadnej procedury meta-etycznej, a jedynie formułuje dyrektywy tej postaci. Dyrektywy te są niezwykle niejasne. Po pierwsze, wprowadza on ogólny obostrzenie, polegające na tym, że kieruje te dyrektywy do prawodawców państw liberalnych, praworządnych czy też „mających legitymację do rządzenia” (to ostatnie sformułowanie jako dotyczące państw, a nie rządu albo prawodawcy, brzmi co najmniej dziwacznie). Już tutaj zaczynają się trudności, ponieważ nie jest do końca jasne wedle jakich kryteriów praworządności oceniać, czy dane państwo spełnia wymóg wstępny. Odseparowanie przypadków skrajnych będzie na pewno proste, lecz problem stanowią tutaj przypadki graniczne, których, jak sądzę, współcześnie jest coraz więcej (są to przypadki, co do których filozofowie polityczni formułujący różne koncepcje *rule of law*, są podzieleni). Kryterium to jest zatem raczej zdroworozsądkowe. Załóżmy jednak, że mamy do czynienia z prawodawcą, który spełnia rzeczony wymóg. Wtedy merytoryczna reguła ogólna nakazuje niejako „demokratycznie” (w niedeliberatywnym, ale ilościowym rozumieniu demokracji) oprzeć decyzję o kryminalizacji na najpopularniejszej „etyce normatywnej”.

Wyobraźmy sobie państwo praworządne o nazwie Arkadia, w którym 95% mieszkańców za właściwą doktrynę etyczną uznaje radykalną, hedonistyczną wersję utylitaryzmu. Sądzą oni, że wartość życia winna być mierzona użytecznością. I tak zakłada się, że aborcja, eutanazja (w określonych) warunkach nie powinny być czynami zabronionymi. (Musimy założyć, że członkowie liberalnego społeczeństwa mogą hołdować takim radykalnym teoriom etycznym, bo inaczej warunek wstępny czyniłby w praktyce dalsze dyrektywy trywialnie spełnionymi). 5 % obywateli ma inne zdanie, ale to nie ma znaczenia, dlatego, że są w mniejszości. Oczywiście można sądzić, że brak kryminalizacji stawia ich w „gorszej sytuacji”, ale tak naprawdę ten wyjątek ich nie dotyczy (skoro ich etyka jest po prostu bardziej restrykcyjna). Fakt, że kwestie aborcji i eutanazji są kontrowersyjne moralnie działa na rzecz teorii większości. Zresztą wyjątek (a) wprowadzający jakiś rodzaj „argumentu z kontrowersji” jest niejasny: czy nie da się rozstrzygnąć wartościowania danego czynu na gruncie dominującej koncepcji, czy ogólnie (na gruncie wszystkich koncepcji)? Jeśli to drugie, to zakres dopuszczalnej penalizacji byłby naprawdę minimalny – i to uniwersalnie. Ale idźmy dalej. Refleksja nad tym, czy penalizować jednak eutanazję lub aborcję w Arkadii sprowadzałyby się praktycznie wyłącznie do wewnątrz-utyliarystycznej deliberacji nad tym, czy

kryminalizacja przypadkiem nie przynosiłoby większej korzyści społecznej. Sęk w tym, że korzyść społeczna a szkoda indywidualna (dolegliwość, czy stygmatyzacja) są często niewspółmierne (i prezentują się inaczej w kulturach indywidualistycznych i kolektywistycznych). Jeśli społeczeństwo Arkadii przypominałoby społeczność Aten w czasie Dionizjów, na pewno utrzymanie prawodawstwa pro-aborcyjnego i pro-eutanatycznego nie byłoby problemem. Zwracam przy tym uwagę, że na tym etapie stosowania reguł okazuje się, że ani eutanazja, ani aborcja nie jest już rozpatrywana jako „moralne zło” (to wynika wprost z zasadniczo „demokratycznego” charakteru omawianej reguły). Można próbować rozwiązać ten kłopot dzięki regule 2, która brzmi: „Można uznać za niepożądane czyny powodujące nieszczęście (cierpienie, ból, strach) innej żywej istoty, nawet jeżeli czyny te nie są przedmiotem moralnej dezaprobaty na gruncie moralności danego społeczeństwa lub na gruncie dominującej doktryny moralnej*, skrajne przypadki czynów tego rodzaju są przestępstwami niezależnie od treści prawa pozytywnego, co z kolei można wyprowadzić z poglądu, że skoro prawo niesprawiedliwe nie jest obowiązującym prawem, to a simile brak norm prawa pozytywnego chroniącego przed niegodziwością jest luką zapełnianą przez prawo naturalne.” (s. 281). Reguła ta jednak tylko pozornie rozwiązuje problem: aborcja i eutanazja przecież są rozważane zazwyczaj w sytuacjach, w których podmiot albo jeszcze nie ma zdolności odczuwania nieszczęścia (płód), albo już ich nie ma. Trudno też – nieco w duchu (jakby odwróconej) formuły Radbrucha – uznać, że aborcja i eutanazja stanowią *zawsze* „skrajny przypadek” i są przestępstwami niezależnie od zapisów prawa pozytywnego (zresztą kierowany hedonistycznym utylitaryzmem prawodawca automatycznie odpowie, że nie jest to przypadek skrajny: argumentując np., że jeśli coś nie jest niemoralne, to w szczególności nie jest to niesprawiedliwe ani niegodziwe – na gruncie własnego utożsamienia tych terminów przez Habilitanta). Pytaniem granicznym dla prawodawców Arkadii będzie zapewne jedynie pytanie o to czy kryterium „nieszczęścia” jest stopniowalne (i jak je w ogóle rozumieć). Na to niestety Autor nie udziela odpowiedzi. Wydawałoby się natomiast, że tak i że powinien istnieć pewien mechanizm deliberacji pozwalający ustalić, w jakich warunkach aborcja i eutanazja *już* nie są dopuszczalne.

Ostatnia reguła (3) ma charakter techniczny i nie budzi wątpliwości w kontekście „problemu moralnego” społeczeństwa Arkadii. Morał jaki płynie z opowieści jest taki, że nawet jeśli Autor przepisuje jako dyrektywę pod adresem (racjonalnego, etycznego) ustawodawcy, by dokonywał formy moralnie zorientowanego *best-considered judgement*, to ustawodawca ten nie będzie w stanie wyjść poza własną, dominującą perspektywę etyczną. Innymi słowy, ustawodawca Arkadii przyjmie te dyrektywy z radością i uzna, że je spełnił. Tego typu reguły będą raczej utrwałać pewne struktury wartości, niż skłaniać do deliberacji. W społeczeństwie Arkadii – jak i w oczach jej prawodawcy – eutanazja i aborcja przestaną w ogóle być „problemem moralnym”. I to jest najbardziej nieintuicyjny wniosek z refleksji nad zaproponowanymi regułami.

Alternatywne rozwiązania powinny polegać na zachowaniu statusu „problemów moralnych”. Punktem wyjścia powinien być nie fakt mniejszej lub większej (demokratycznej) zgody, co do jakiejś koncepcji moralnej, ale raczej fakt sporu. Zatem rekomendacje dla ustawodawcy powinny przypominać dyrektywy zarządzania

konfliktem. Możliwe są tutaj dwie wersje: (1) meta-argument w duchu Rawlsa – uznanie faktu rzeczywistej i potencjalnej sporności wielu doktryn etycznych i skonstruowanie takich rekomendacji, w których wyróżni się zespół wspólnie akceptowanych racji publicznych (racji dla kryminalizacji); (2) meta-argument w duchu Susteina – konsensualne ustalenie zbioru czynów przestępnych, z jednoczesnym pomięciem racji uzasadniających (*incompletely theorized agreement*). To są oczywiście tylko sugestie, bo tego rodzaju idee należałoby rozwinąć do postaci modelowych, co samo w sobie jest materiałem na poważną pracę naukową. Tutaj ograniczę się tylko do konstatacji, że „statyczny” i bardzo ogólny charakter rekomendacji politycznoprawnych Habilitanta sprawia, że zasadzie nie spełniają one swojej roli.

(Z29) Postulat samoukarania (?). Na s. 304 Habilitant formułuje niezwykle osobliwy, delikatnie ujmując, postulat: „Istotne jest to, że w każdym społeczeństwie, w każdym układzie społecznym istnieje klasa czynów niepożądanych (co [?] trzeba relatywizować historycznie). Być może [?] błędnie podchodzimy do wielu problemów związanych z prawem karnymi odpowiedzialnością karną. Należy zmienić perspektywę. Skoro przestępstwo nie zależy wyłącznie od państwa, to należałoby chociaż pozwolić osobom, które chcą poddać się karze, stanąć przed sądem – nawet jeżeli czyn, który wzbudza poczucie odpowiedzialności, nie jest przestępstwem z punktu widzenia kodeksukarnego. Jeśli sprawca realizuje czyn, błędnie sądząc, że to, co robi, jest zabronione, jest w błędzie co do oceny prawnej swojego zachowania, ale jego zachowanie jest przestępstwem [?]. Używa się tu nazwy „przestępstwo urojone” (*delictum putativum*). Powinno się takiej osobie umożliwić poniesienie odpowiedzialności karnej, mógłby rozstrzygać o tym zespół etyków i innych specjalistów, a ostatecznie sąd. Przestępstwo ma bowiem wiele z grzechu, a kara z pokuty, ponieważ danie szansy na ekspiację leży w interesie całej wspólnoty. Jeśli ktoś jest przekonany o tym, że wyrządził zło moralne zasługujące na uznanie przez państwo i karę, powinien zostać przez to państwo uznany [*osoba powinna zostać uznana? - AD*] i, jeśli trzeba, ukarany. Jest to prosta konsekwencja faktu, że przestępstwo nie należy do państwa. Zauważmy, że otwiera to drogę do szlachetnych aktów obywatelskiego przeciwstawienia się władzy, która próbowałaby odwracać wartości i ich hierarchę, nazywać dobro złem, a dopuszczać lub pochwałać moralne zło”. Poza tym, że z tego fragmentu wynika, że dla Habilitanta przestępstwo *urojone* stanowi rodzaj przestępstwa *rzeczywistego*, to sama propozycja poddania się instytucjonalnie ujmowanej odpowiedzialności za przestępstwo urojone jest absurdalna. Jeśli dany czyn nie jest przestępstwem w sensie prawnym, to autodonos nie będzie skutkował przypisaniem odpowiedzialności karnej. Jeśli kogoś gryzie wyłącznie sumienie, powinien ukarać się sam. Powyższa sugestia Habilitanta sugeruje, że właściwie nie rozumie on, że główną zasadą prawa publicznego (w tym karnego) jest to, że instytucje państwa (sądy) powinny działać na podstawie i w granicach prawa. Ponadto, publiczny charakter prawa karnego wymaga także oparcia całego najogólniej rozumianego „procesu prawa karnego” (od ogólnej decyzji o kryminalizacji do wyroku skazującego w konkretnej sprawie) na poglądach moralnych pewnej wspólnoty politycznej, a nie jednostki, jakby to miało miejsce w przypadku samoukarania. Kryminalizacja to decyzja co do tego, jakie kategorie zła moralnego pewna wspólnota polityczna uznaje za zło publiczne (*vide* poglądy np. A.

Duffa). Proces karny to procedura, w której oskarżony zdaje sprawę ze swojego zachowania przed swoją wspólnotą polityczną. Natomiast samoukaranie następowałoby w oderwaniu od tego, co dana wspólnota uznała za godne kryminalizacji, stąd nie byłoby tu w ogóle miejsca na klasyczny proces karny. Jest to w sposób oczywisty nie do pogodzenia z „publicznym” charakterem prawa karnego (a także chyba poniekąd z własnymi dyrektywami Habilitanta, które dyskutowałem w poprzednim zarzucie).

Inne pomniejsze zarzuty (gł. na kanwie lektury rozdziału 4). Habilitant napisał:

- „Na przykład z punktu widzenia filozofii liberalnej czy libertariańskiej każde [?] przestępstwo może być rozpatrywane jako delikt prywatnoprawny” (s. 159) – tymczasem nie znam takich stanowisk libertariańskich, zgodnie z którymi zabójstwo miałoby być ścigane wyłącznie skargowo i jako takie stanowiło wyłącznie delikt. Jest o więc znów za daleko idące uogólnienie, tym bardziej, że Autor nie powołuje się na żadną literaturę. Z akapitu tego wynika też, że Autor chyba niemal utożsamia ze sobą w tej kwestii stanowisko liberalne i libertariańskie, co też jest błędem.
- „Stąd zapewne zapomniane nieco rozróżnienie na przestępstwa – zbrodnie naturalne oraz pozostałe naruszenia reguł” (s. 160) – tymczasem, z mojego pobieżnego przeglądu współczesnej literatury karnistycznej wynika, że podział na *mala per se* i *mala prohibita*, to jeden z centralnych podziałów pojęciowych we współczesnej teorii prawa karnego (na s. 201 zresztą Autor pisze, że to rozróżnienie jest „tradycyjnie przyjmowane w nauce prawa karnego”, co stawia pod znakiem zapytania twierdzenie, że jest to podział „nieco zapomniany”). Zadziwiające zdanie pada kilka stron dalej, gdzie Autor pisze: „„Odpowiedzialność karna jako odpowiedzialność za przestępstwo jest odpowiedzialnością za zło” (s. 165). To jakby sugeruje, że pomimo wprowadzenia tego ważnego podziału, Autor albo właściwie wyklucza istnienie przestępstw w sensie *mala prohibita* (jeśli rozumieć je jako „zło” nie-etyczne), albo w zasadzie podważa ten podział uznając, że „przedmiotem odpowiedzialności karnej jest *różnorako ujmowane zło*”. Nawet jeśli uznamy, że istnieją *rozne rodzaje zła*, to powstaje pytanie co jest tym rodzajom „zła” wspólne. Jeśli powiem studentowi, że jego praca egzaminacyjna jest „zła”, to nie mówię, że pisząc ją zachował się niemoralnie (a zatem wprowadzenie ocen na egzaminach jest reakcją na „zło epistemiczne” albo „logiczne”, które też podpada pod zbiorczą kategorię *różnorako rozumianego zła*). Nie wiem zresztą jak to do końca interpretować w świetle uwagi na s. 205, że to nie podział, ale typologia. W zasadzie okazuje się, że ten podział jest mało użyteczny, skoro zdaniem Habilitanta każde przestępstwo jest jakimś złem: albo uniwersalnym, albo relatywnym kulturowo, albo naturalnym, albo prawnym itd. Jeśli zaś chodzi o samo *mala prohibita*, to współczesne definicje (Husak, Duff) ujmują to jako specyficzne zło (*wrongfulness*), które wiąże się ściśle z faktem uprzedniego uznania danych czynów za prawnie zabronione – te definicje sugerują, że *mala prohibita* mogą być uznawane za nie-niemoralne przed ich kryminalizacją. Potrzeba kryminalizacji jazdy lewą stroną jezdni nie istniałaby, gdyby nie wprowadzono wcześniej zasady prawostronnego ruchu drogowego (jej złamanie można uznać za „zło prawne”; por. też w tym kontekście wcześniej sformułowany zarzut dot. stopniowości i rodzajów „zła”).

- „Przejawem zła będzie akt zasługujący na potępienie, z reguły czyn będący rezultatem wolnej decyzji woli sprawcy (w czym zawarta jest wina jako subiektywna zasada odpowiedzialności karnej)” (s. 160) – skoro jest tak „z reguły”, to można zapytać czy istnieją przykłady przestępstw, które nie spełniają tego kryterium (takich, które nie są przejawami wolnego działania). O ile mi wiadomo, jeżeli stwierdzimy, że sprawca nie miał wolnej woli w przy podejmowaniu decyzji to w takiej sytuacji nie ma mowy o przestępstwie, bo stwierdzenie winy polega na postawieniu sprawcy zarzutu, że nie zachował się zgodnie z normą w sytuacji, której mógł się zachować inaczej. Jeżeli nie mógł, to po prostu nie mamy do czynienia z przestępstwem.
- „[N]a gruncie teorii utylitarnych karania takich jak koncepcja odstraszenia, resocjalizacji i inne [?], kara jest odpowiedzią na różnorako pojmowane zło (np. nie ma społecznego sensu odstraszać od czynienia dobra lub resocjalizować tego, kogo zachowanie w danym układzie społecznym spotyka się z aprobatą, co znajduje odzwierciedlenie w języku – nie będzie naturalne stwierdzenie, że „dobro zasługuje na karę” albo „uczynił tak wielkie dobro, że musi za to zostać poddany resocjalizacji”). Także tu przestępstwo musi w sposób konieczny wiązać się z aktem będącym przejawem zła (s. 160-161).” Taka konkluzja nie jest wcale oczywista na gruncie utylitarystycznego podejścia, bo rozważyć należy także np. ewentualne pozytywne społeczne skutki skazania osoby niewinnej (jeśli na przykład w wyniku takiego skazania społeczeństwo będzie postępowało lepiej, to cel karania będzie przecież w jakimś zakresie uzasadniony).
- „Związki między przestępstwem a winą czy odpowiedzialnością (te trzy pojęcia są w gruncie rzeczy pod wieloma względami bardzo zbliżone do siebie – na tym etapie nie ma potrzeby wyraźnie ich rozgraniczać) rysują się dość wyraźnie w historii filozofii i prawa” (s. 161). Zdanie to zadziwia w kontekście ogólnego celu pracy, który polega na uporządkowaniu dyskursu. Zamiast wygłaszać tego ogólnego rodzaju twierdzenia, należałoby właśnie przedstawić różne filozoficzne teorie przestępstwa, winy i odpowiedzialności (szczególnie: zaprezentować je modelowo”). Nie jest prawdą by różne współczesne teorie prawa karnego adoptowały po prostu potoczne rozumienia tych pojęć (które i tak w moim przekonaniu nie mogą zostać uznane za synonimiczne). Rola prawa karnego i teorii prawa karnego polega na zaproponowaniu użytecznych relacji między nimi. I tak na przykład standardowo przyjmuje się, że wina to jedna z przesłanek zaistnienia przestępstwa, zaś nawet jak stwierdzi się popełnienie przestępstwa, to może nie dać się przypisać za nie odpowiedzialności.

Zarzutów tego rodzaju zidentyfikowałem jeszcze w pracy kilkadziesiąt, lecz z uwagi na objętość recenzji, pozwalam sobie je pominąć. Wydaje mi się, że te, które powołałem wystarczają, by jednoznacznie ocenić, że jest to praca w naukowym sensie zła. Zapewne możliwa jest rzetelna argumentacja na rzecz poza-prawnych sposobów pojmowania przestępstwa, ale powyższe zarzuty świadczą o tym, że Habilitant tego typu rzetelnej argumentacji nie przedstawił.

d. CAŁOŚCIOWA OCENA PRACY:

Praca oparta jest na fundamentalnym nieporozumieniu co do znaczenia pozytywizmu i nie-pozytywizmu (prawa natury), a nieporozumienie to rzutuje na większość rozważań w książce. Widoczny jest istotny wkład pracy Autora, jednak ta i inne wyżej wskazane wady nie pozwalają uznać tej książki za zadowalające osiągnięcie naukowe. Sam temat jest niezwykle ciekawy, lecz książki tej z powodu wskazanych błędów jako całości „uratować” się nie da. Jednocześnie uważam, że Autor posiada wiedzę, która mogłaby zostać przekuta w interesujący i nieoparty na niepotrzebnych spekulacjach, ciekawy, jasny i spójny argument naukowy – wymagałoby to jednak dokładniejszego, dłuższego przemyślenia całej struktury pracy, większej rzetelności badawczej i znacznie lepszego warsztatu naukowego.

Chcę pokreślić, że nie mam nic przeciwko argumentacji „z prawa natury”, o ile nie odbywa się ona w oparciu o uproszczenia i nieporozumienia. Te rażą już w pierwszym rozdziale o charakterze metodologicznym. Większość moich powyższych krytycznych uwag dotyczy natomiast rozdziałów drugiego i następnego. Rozdział trzeci ma zasadniczo charakter odtwórczy, podobnie jak w znacznej mierze rozdział czwarty, w którym Autor przedstawia przegląd różnych, zresztą dobrze znanych i w innych pracach znacznie lepiej opracowanych stanowisk filozoficzno-etycznych. Odróżnienie „perspektywy historii filozofii” i „perspektywy filozofii” jest całkowicie sztuczne (i tu i tam dyskutuje się poglądy filozoficzne), stąd w rozdziale czwartym znajdujemy sporo powtórzeń tez z rozdziału trzeciego. Skoro Autor podejmuje w obu rozdziałach te same wątki, tylko w nieco innym porządku, można zapytać dlaczego nie stworzył po prostu jednego rozdziału. Rozdziały kolejne także rażą niedbałością. Nie znajduję też w tej pracy żadnych istotnych rekomendacji praktycznych dla karnistów (a tego należałoby oczekiwać od zwolennika krytycznej, lecz służebnej funkcji filozofii). Choć w pierwszej części pracy Autor abstrakcyjnie omawia relacje między nauką o prawie i filozofią czy teorią prawa, to z dyskusji tych nie płyną żadne istotniejsze dla dogmatyk prawniczych wnioski, poza tym, że czasami prawodawca może użyć nazwy „przestępstwo” błędnie, albo stworzyć „lukę kriminalizacyjną” (s. 259). Tego rodzaju wnioski nie jest jednak praktycznie przydatny dla karnistów, gł. dlatego, że błędność użycia opiera się na kryterium pozaprawnym, które oczywiście ma znaczenie dla prowadzenia polityki prawnej, ale nie stanowi podstawy dla rewizji siatki pojęciowej prawa karnego jako takiego.

Niestety praca sprawia wrażenie, jakby została napisana bez pomysłu – tak jakby Autor uznał, że należy najpierw opracować i opisać dotychczasowe poglądy (historyczne i filozoficzne) na temat przestępstw, a wnioski znajdą się same. Tymczasem z uwagi na to, że wiele – opartych na potocznych – intuicjach poglądów na temat przestępstw po prostu do siebie nie przystaje, bez dodatkowej *aktywnej* pracy porządkującej, praca nie przedstawia żadnych oryginalnych konkluzji. Liczne wskazania w książce, że przestępstwa/wykroczenia/delikty itd. „można rozumieć na sposób X, albo na sposób Y” nie mają same w sobie większej wartości filozoficzno- i teoretyczno-prawnej. W przypadku takiego tematu praca opisowa i porządkująca powinna łączyć się z pracą twórczą i sprowadzać się na przykład do zaproponowania spójnej, jasnej siatki

terminologicznej (opierającej się gł. na definicjach regulujących niejasne dotychczasowe użycia), której autor gotów byłby bronić (do której legislatorzy mogliby się odwołać, mówiąc coś na wzór: „W terminologii Peno...”). Taka praca mogłaby też być znacznie krótsza (mogłaby po prostu pomijać, tzn. nie omawiać poglądów historycznych, filozoficznych i teoretyczno-prawnych, które są właściwie *powszechnie* znane, a jedynie w koniecznym dla przeprowadzenia argumentacji zakresie się do nich odwoływać). Praca taka winna argumentować jasno na rzecz *jakiegoś* stanowiska. Wielka szkoda, że Autor, najwyraźniej pracujący w pośpiechu, w tym kontekście postawił raczej na ilość, niż na jakość. Sądzę też, że gdyby praca stawiała sobie inne, np. bardziej zorientowane historycznie ambicje (np. rzetelną rekonstrukcję, w oparciu o źródła historycznoprawne dawnych doktryn przestępstwa), mogłaby okazać się interesującą pracą z zakresu historii prawa albo historii doktryn polityczno-prawnych (ale w takim wypadku zapewne nie powołano by mnie w charakterze jej recenzenta).

Podsumowując: W zasadzie jedyną ogólną konkluzją pracy jest to, że kryminalizacji powinny podlegać czyny w jakimś sensie złe. Jest to całkowicie oczywiste twierdzenie normatywne. Szokujący jest natomiast sposób argumentacji na jego rzecz, który opiera się na wielu uogólnieniach i fałszach. Zarzucić monografię można nie tylko wady językowe (świadczące nie tylko o kiepskim stylu literackim, ale także o braku rzetelnej korekty językowej), ale przede wszystkim wady merytoryczne. Jednocześnie widać, że Autor w pewnym stopniu opanował literaturę przedmiotu, więc – na dłuższą metę – może być zdolny do napisania książki na podjęty temat. Musiałby jednak najpierw gruntownie przemyśleć *cele* pracy, jej założenia (metodologiczne, filozoficzne) i wyprowadzić solidnie umocowane konkluzje. Przemyślana praca musiałaby zostać napisana po prostu od nowa. Stwierdzam to ze smutkiem, bowiem widoczny jest spory nakład pracy Habilitanta.

2. POZOSTAŁY DOROBEK NAUKOWY HABILITANTA

- a) Publikacje w czasopismach naukowych znajdujących się w bazie JCR lub na liście ERIH

Dr M. Peno jest autorem pięciu publikacji w czasopismach z listy ERIH lub Scopus (z czego trzy polskojęzyczne są opublikowane, zaś dwie anglojęzyczne mają wyznaczony termin publikacji). wynik ten zasługuje na **pozytywną ocenę**.

- b) Inne publikacje naukowe

W sumie Dr M. Peno jest współautorem jednej monografii („Ekonomiczna analiza prawa publicznego”, 2019), autorem lub współautorem 11 rozdziałów w pracach zbiorowych, w tym wydawnictwach pokonferencyjnych (3 po angielsku), oraz autorem lub współautorem 21 artykułów w czasopismach innych niż wskazane w pkt b) (w tym 3 po angielsku) (wyliczenie obejmuje prace ujęte w pkt a). Do tego dorobku należy doliczyć kilka artykułów recenzyjnych i jeden artykuł popularnonaukowy. Działalność publikacyjną (ilościowo) należy uznać za ponadprzeciętną.

- c) Opracowania zbiorowe, katalogi zbiorów, dokumentacje prac, ekspertyzy - BRAK

- d) Kierowanie międzynarodowymi lub krajowymi projektami badawczymi oraz udział w takich projektach – BRAK
- e) Wygłoszenie referatów na międzynarodowych lub krajowych konferencjach tematycznych: 16 wystąpień (w tym 5 międzynarodowych, w języku obcym).
- f) Nagrody krajowe lub międzynarodowe za działalność naukową - BRAK
- g) Inne: Habilitant kierował 3 wydziałowymi projektami badawczymi (finansowanymi z dotacji statutowej/celowej).

Ogólnie rzecz biorąc, wskazane przez Habilitanta publikacje naukowe – szczególnie te opublikowane w czasopiśmie z listy ministerialnej – prezentują lepszy poziom niż przedłożona i krytykowana wyżej monografia. Znajdują się w nich także pewne niekonsekwencje pojęciowe, zw. gł. z rozumieniem pozytywizmu, lecz mają one charakter raczej drobny i tak nie rażą (np. w pracy *Przestępstwo i kara w filozoficznym ujęciu Johna Finnis'a*, Habilitant pisze o tym, że poglądy Finnis'a zostaną skonfrontowane z „pozytywistyczną filozofią prawa karnego”, lecz następnie „pozytywistycznego” charakteru tych poglądów nie objaśnia). Większość pozostałych publikacji naukowych Habilitanta w miarę jasny sposób omawia problemy, które pojawiają się właściwie także w książce. W artykułach Habilitant nie popełnia w zasadzie poważnych błędów rzeczowych. Ciekawe jest też to, że sam wskazuje, iż pozytywiści dokonują moralnej krytyki prawa (w artykule *Współczesne koncepcje uzasadnienia karania*, 2014, napisał on m.in., że „Herbert Hart zauważył, że nieuwzględnienie w istocie moralnych przesłanek odpowiedzialności i karania naraża system prawny na nieodpartą krytykę moralną (s. 133)”, co zgadza się w pełni z moimi wcześniejszymi uwagami nt. pozytywizmu). W opracowaniach Habilitanta (gł. artykułach) nie pojawiają się co prawda myśli szczególnie oryginalne, ale można uznać, że prace te zrozumiale omawiają poruszane w literaturze z zakresu filozofii prawa karnego problemy (por. m.in. artykuły *Aspekty moralne odpowiedzialności w prawie karnym* (2015) i *Prima Facie Retributivism* (2018)).

Przykładowo, choć Autor w artykułach pt. *Funkcje, źródła i granice odpowiedzialności* (2017), *Wzajemne związki filozofii prawa i filozofii politycznej na przykładzie odpowiedzialności* (2014), czy *Prawna odpowiedzialność z tytułu roli społecznej* (2015), jedynie ogólnie przedstawia możliwe sposoby rozumienia odpowiedzialności prawnej, to dostatecznie uzasadnia tezę, że „różne rozumienia odpowiedzialności w prawie wiążą się z różnymi funkcjami tej odpowiedzialności” (w tym, co ciekawe, m.in. w artykule z 2015 Autor dyskutuje odpowiedzialność „roli”, tj. odpowiedzialność pozytywną, a nie jedynie represyjną, negatywną). Rozważania te znalazły także zastosowanie w bardziej praktycznym kontekście kwestii etycznej odpowiedzialności dyscyplinarnej członków SKO (rozdział w monografii, 2016). Znajdują się w pozostałym dorobku także teksty omawiające koncepcje kryminalizacji wybranych filozofów (Nozick, Raz). Trudno mi natomiast ocenić w jakim związku (treściowym) prace te pozostają z pracą doktorską Habilitanta (2014), która dotyczyła przecież problematyki odpowiedzialności.

Niemniej należy zwrócić uwagę także na błędy Habilitanta. Już w artykule *Dlaczego nie należy mylić odpowiedzialności prawnej z sankcją?* (2014) Habilitant wprowadza nietrafne rozumienie pozytywizmu jako teorii wiążącej analitycznie prawo z sankcją i głoszącej, że „wszelkie normy pochodzą od państwa” (tu pojawia się przypis do prac H.L.A. Harta, s. 139). Samo odwołanie się do *test of pedigree*, nie wyklucza, by reguła uznania wykluczała normy moralne (pozytywizm inkluzywny, miękki; inkorporacjonizm), a samo powiązanie prawa z sankcją Hart – chyba najbardziej znany współczesny (inkluzywny) pozytywista

– przecież krytykował. Wygląda więc, że podstawowym „problemem” nie jest sam pozytywizm jako teoria (jak sugeruje Autor), ale raczej obiegowe jego rozumienie.

Prace Habilitanta dot. eklektyzmu filozofii prawa karego i postulatów pod adresem „refleksyjnej” filozofii prawa karnego (2015), także należy uznać za rzetelne; podobnie w innych pracach Habilitant względnie spójnie omawia choćby poglądy etyczne utylitarystów itd. (także ograniczając się raczej do teorii historycznym znaczeniu). Tym bardziej dziwi, że oparte na tych samych źródłach i ideach rozważania w monografii zostały przedstawione tak niejasno i nierzetelnie.

Okazuje się zatem, że „główne osiągnięcie naukowe” Habilitanta stoi na znacznie niższym poziomie naukowym, niż jego pozostałe, wcześniej publikowane prace naukowe. W moim przekonaniu choć pozostały dorobek Habilitanta nie jest szczególnie oryginalny, to stoi na przyzwoitym poziomie merytorycznym. Odniosłem zresztą wrażenie, że dopiero w świetle lektury pozostałego dorobku Habilitanta można (czasami) zrozumieć, co Autor miał na myśli, gdy pisał główną monografię, gdyż te same poglądy omawiane są przez niego w artykułach w sposób bardziej zrozumiały, niż w samej monografii. Dodam, że książka jako „osiągnięcie naukowe” powinna nie tylko stanowić dzieło samodzielne (tj. zrozumiałe *per se*), ale także powinna odznaczać się jakimś elementem nowatorstwa. Nie mam nic przeciwko odwoływaniu się do tych samych poglądów i źródeł, o ile wysnuwa się z nich nowe, ściślejsze, jakościowo lepsze wnioski. Nie można tego niestety powiedzieć o monografii naukowej Habilitanta.

Pozostały dorobek naukowy Habilitanta samodzielnie nie spełnia wymagań ustawowych (gdyż nie stanowi cyklu powiązanych artykułów, a wiele tekstów dotyczy problematyki okołodoktorskiej). Zrozumiałe jest zatem to, że Autor podjął prace nad monografią. Szkoda tylko, że pracę tę wykonał z niezadowalającym skutkiem. W moim przekonaniu to, co stanowi o elemencie „nowości” w monografii w stosunku do pozostałego dorobku Autora (artykułów, opracowań), to niestety przede wszystkim te elementy i argumenty, które skrytykowałem w swoich zarzutach.

CAŁOŚCIOWA OCENA DOROBKU NAUKOWEGO HABILITANTA: negatywna ocena głównego osiągnięcia naukowego i pozytywna ocena pozostałych osiągnięć naukowych łącznie **nie pozwalają** uznać, że dorobek Habilitanta spełnia wymogi ustawowe.

II. OCENA DOROBKU DYDAKTYCZNEGO I POPULARYZATORSKIEGO HABILITANTA

Dorobek dydaktyczny i popularyzatorski Habilitanta z ostatnich 5 lat jest ponadprzeciętny. Pełnił funkcję promotora pomocniczego w jednym przewodzie doktorskim w Instytucie Kulturoznawstwa w UAM. Prowadził opiekę nad studenckimi kołami naukowymi. Wykładał wiele przedmiotów na WPiA US (m.in. filozofia prawa, etyka, prawoznawstwo, logika etyka prawnicza i urzędnicza). Prowadził zajęcia w szkołach, a także brał udział w festiwalach naukowych. Nie bez znaczenia jest praca organizacyjna w charakterze koordynatora wymiany zagranicznej studentów na US. Habilitant ma na koncie wiele innych osiągnięć organizacyjnych na Uniwersytecie Szczecińskim, za które otrzymał nagrodę Rektora (w 2017 roku). Podsumowując: dorobek dydaktyczny i popularyzatorski Habilitanta zasługuje na **pozytywną ocenę**.

III. OCENA WSPÓŁPRACY MIĘDZYNARODOWEJ HABILITANTA

Habilitant nie brał udziału w komitetach redakcyjnych i radach naukowych czasopism międzynarodowych; nie uczestniczył w programach europejskich i innych programach międzynarodowych; nie kierował projektami realizowanymi we współpracy z naukowcami z innych ośrodków polskich i zagranicznych; nie odbył żadnego dłuższego stażu w zagranicznych lub krajowych ośrodkach naukowych lub akademickich. Habilitant odbył kilka krótkich, kilkudniowych pobytów badawczych i kwerend na uniwersytetach w Hiszpanii, Niemczech, Bułgarii i Austrii. Jest członkiem IVR, Stowarzyszenia Teorii i Polityki Prawa, Oxford University Scientific Society oraz Institute for the Study of Scottish Philosophy. Należy także do Ronin Institute. Uczestniczył w programie "Zintegrowane Programy Uczelni" NCBI R. Jest koordynatorem wymiany międzynarodowej studentów na WPiA US. Jest ekspertem Narodowej Agencji Wymiany Akademickiej. Jak zadeklarował jest też stałym recenzentem w czasopiśmie „International Journal of Philosophy” (choć nie figuruje na stronie tego czasopisma w zakładce recenzenci; zaś samo czasopismo nie znajduje się w wykazie czasopism punktowanych MNiSW). Podsumowując: ocena współpracy międzynarodowej habilitanta jest **pozytywna**.

KONKLUZJA

Z przykrością stwierdzam, że pomimo widocznej pracy organizacyjnej i dydaktycznej, jak i względnie pozytywnej oceny pozostałego dorobku naukowego dra Michała Peno, konkluzja tej recenzji jest **negatywna**. Zaważyła na tym jednoznacznie negatywna ocena głównego osiągnięcia naukowego Habilitanta. W związku z tym stwierdzam, że Habilitant **nie spełnia** ustawowych wymogów stawianych kandydatom ubiegającym się o stopień naukowy doktora habilitowanego.

Dr hab. Adam Dyrda

