

Prawo w służbie utopii – problematyka uzasadnienia prohibicji narkotykowej

Filip Duski

Niniejszy artykuł ma na celu ukazanie problematyki prohibicji z bardzo przekrojowej perspektywy. Z jednej strony autor chciałby wskazać na względną historyczną uniwersalność różnego rodzaju zabiegów delegalizacyjnych, z drugiej natomiast – zwrócić uwagę na wyłom, który w spójności prawa ocenianej z perspektyw teoretyczno-socjologicznej oraz prawnokarnej tworzy sam koncept prohibicji. Nie ulega wątpliwości, że idea kreowania generalnych norm zakazujących zakorzeniona jest w czasach, które dziś są nazywane początkami cywilizacji. Mimo że nasza wiedza o nich jest skrajnie wyrywkowa, można z dużą dozą prawdopodobieństwa domniemywać, że – przy założeniu posłuszeństwa tym normom przez istotną większość danej populacji – stanowienie zakazów miało najprawdopodobniej dwojaki charakter przyczynowy. Przede wszystkim musiało ono służyć jako wymuszenie zachowań leżących w najlepiej wówczas pojmowanym interesie społecznym, a więc sprowadzających się w gruncie rzeczy do dbania o zdrowie i płodność członków zbiorowości. Nie sposób jednak przyjąć, aby miał to być jedyny aspekt sprawowania władzy, czyli wywierania – słabo jeszcze wtedy – zinstytucjonalizowanego przymusu w celu zapewnienia realizacji dyspozycji normy. Poza pragmatyką prymitywnej, lecz pożądanej inżynierii społecznej istniało – i nadal istnieje – zjawisko przemocy symbolicznej, przejawiające się nie tylko, zgodnie z najogólniejszą definicją, w podkreślaniu i wzmacnianiu podziałów w ramach istniejącej struktury społecznej, w szczególności w celu petryfikacji klasy rządzącej, ale znajdujące również odrębny wymiar w rugowaniu zachowań bynajmniej niezagrażających zastanej strukturze²¹⁶. Takie pozornie absurdałne działania służą przeprowadzeniu swoistego testu posłuszeństwa wśród adresatów tych norm, niekoniecznie nawet pomyślanego jako rekonesans akceptacji społecznej dla ewentualnych dalszych, już istotnych dla strukturalnego bezpieczeństwa zmian, ale również przybierającego znamiona kaprysu prawodawcy, by nie powiedzieć podmiotu tresury. Tego rodzaju test nasuwa uzasadnione skojarzenia z okrucieństwem, ale nie bezcelowością powszechnie znanego zjawiska tzw. „fali”, czyli złośliwego dręczenia młodszych roczników w ramach przede wszystkim armii, lecz także np. szkoły ponadpodstawowej. Zachowanie takie mogą być uznane za prawdopodobnie najbardziej prymitywny przejaw konserwacji strukturalnej. Należy rozważyć, czy niezrozumiałe z punktu widzenia jakkolwiek

²¹⁶ J. Szacki, *Historia myśli socjologicznej*, Warszawa 2007, s. 900.

pojmowanej celowości wymogi normatywne (dotyczy to tak zakazów, jak i nakazów), mogą być niczym więcej, jak tylko „fala” na poziomie makrospołecznym. Jako przykład posłużyć może dokonywana dwa razy do roku zmiana czasu. Wskazuje się niekiedy, że choć nie ma ona przekonującego uzasadnienia ekologicznego, stanowi równocześnie doskonałą weryfikację potencjalnego posłuszeństwa wobec norm o pozornej legitymizacji²¹⁷.

Zakazy odnoszące się do używania substancji psychoaktywnych są na przestrzeni wieków modelową soczewką skupiającą przedstawione powyżej aspekty delegalizacji. Z jednej strony możemy dostrzec w nich element czegoś, co dzisiaj określilibyśmy polityką prozdrowotną, z drugiej – przemoc symboliczną, która nierzadko razi swą siemieżnością. Równocześnie warto zwrócić uwagę na fundamentalną różnicę pomiędzy „twardą” normatywną delegalizacją (nawet jeżeli zakaz nie jest ściśle egzekwowany przez kompetentne organy), a wpływaniem na stopień konsumpcji poszczególnych substancji za pomocą „miękkiego” stanowienia podatków lub wprowadzania monopolu, których jedynym ograniczeniem jest w zasadzie niedopuszczanie do rozwoju czarnego rynku.

Przechodząc do przykładów historycznych: Po pożarze Moskwy w roku 1634, panujący wówczas w Rosji car Michał I Romanow wprowadził zakaz palenia tytoniu, który obłożył surowymi sankcjami. Palaczy, którzy zostali wykryci, skazywano na chłostę, w razie recydywy obcinano im nosy bądź przypiekano ogniem, a jeżeli i to nie przyniosło poprawy, wysyłano na szubienicę. W tym samym okresie równie surowo traktowali palących władcy bliskowschodni. Perski szach Abbas I Wielki kazał palaczom obcinać wargi, zaś znany z okrucieństwa turecki sułtan Murad IV – wbijać w nozdrza cybuchy. Podobnie jak w Rosji, w wypadku wielokrotnej recydywy skazywano na śmierć. W tym kontekście oznaką relatywnego liberalizmu krajów szwajcarskich będzie fakt, że do połowy XVIII w. za palenie wymierzano tam „tylko” karę pręgi, a także nakładano grzywnę. Na podkreślenie zasługuje, że w żadnym z powyższych przykładów nie odnotowano osiągnięcia zamierzonych skutków w postaci istotnego zmniejszenia liczby użytkowników tytoniu. Przy dość oczywistym założeniu niskiej wykrywalności tych czynów – wyczerpujących przecież znamiona tak zwanych „przestępstw bez ofiar” – nieefektywność opisanych działań potwierdza prawdziwość współczesnych twierdzeń kryminologicznych podkreślających, iż surowość kary stanowi czynnik decydujący wyłącznie wtedy, kiedy powiązana jest z nieuchronnością tej kary. Przykładem alternatywnych metod ograniczania podaży tytoniu jest natomiast Anglia, gdzie od 1620 handel tym

²¹⁷ A. J. Sosnowski, Salon 24 Niezależne Forum Publicystów, 2009 [online], dostęp: <http://andrzej.sosnowski.salon24.pl/133455,zmiana-czasu-czyli-przestawianie-bydla-w-oborze> [15.03.2013].

suszem został obłożony wysokimi podatkami, a następnie koncesjonowany. To było wzorem dla wielu innych krajów, które w późniejszym okresie ustanowiły stosowne monopole^{218 219}.

W 1511 roku zabroniono spożycia kawy w Mekce, a w 1532 w Kairze, przy czym wobec rosnącej popularności tego stanowiącego używkę napoju zakazy te zostały w krótkim czasie zniesione. Na aprobatę zasługuje postawa nieupierania się przez tamtejszych prawodawców przy kofeinowej prohibicji. Można przypuszczać, że w sposób intuicyjny, czy też zdroworozsądkowy, władze nie chciały utrzymywać w mocy nieprzestrzeganej regulacji. W efekcie już w 1554 w Stambule otwarto pierwszą kawiarnię. Tymczasem w centralnej Europie jeszcze dwa wieki później użytkownicy kawy stanowili niepożądaną kategorię społeczną. Najdobitniejszym przykładem są XVIII-wieczne Prusy, gdzie cesarz Fryderyk II Wielki, w równym stopniu przeciwnik kawy, co zwolennik piwa, chociaż co prawda – jak na wiek oświecenia przystało – nie wprowadził drakońskich kar, jednakże ustanowił restrykcyjny monopol państwowy na tę używkę, a w celu jego utrzymania miał wysyłać oddziały wojskowe, które, prowadząc działania operacyjne na dachach budynków, starały się za pomocą zmysłu powonienia wysledzić przypadki nielegalnego palenia kawy.

Monopol istniał w tym czasie także w Austrii, gdzie cesarz Józef II, w celu realizacji stanowiącej odmianę merkantylizmu polityki kameralizmu, czyli dążenia do braku konieczności importowania jakichkolwiek towarów, zakazał sprowadzania kawy i czekolady, a także innych dóbr luksusowych. Uzasadniając swoją decyzję wskazał na rzekomo obiektywną opinię konsultowaną z lekarzami, że oba te dobra stanowią zagrożenia dla zdrowia poddanych. W przeciwieństwie do prohibicji tytoniowych, sankcją tutaj było zaledwie zniszczenie towaru wwiezionego do kraju wbrew zakazowi^{220 221}. Najdonioślejszą historycznie, również z uwagi na jej względną niedawność, była prohibicja alkoholowa w Stanach Zjednoczonych, trwająca przez lata 1920-1933. Na uwagę zasługuje fakt, że – w przeciwieństwie do znakomitej większości przypadków trwającej współcześnie prohibicji narkotykowej – nie kryminalizowała ona zachowań konsumenckich, czyli nabywania i picia napojów alkoholowych. Zakazem objęte było jedynie ich produkcja, import, eksport, przewóz i sprzedaż. Pomimo tego, bilans wymiernych i niewymiernych strat, jakie przyniósł ów czas, jest z naszego współczesnego punktu widzenia przytłaczający. To właśnie ten okres stał się katalizatorem jakościowego przejścia w świecie zorganizowanej przestępczości. Niewielkie amatorskie grupy, wyspecjalizowane do tej pory głównie w ściąganiu haraczy od drobnych przedsiębiorców, otrzymały

²¹⁸ R. Goldberg, *Drugs across the spectrum*, Belmont CA USA 2009 [online], s. 12-13, dostęp: http://ebookey.org/Drugs-Across-the-Spectrum-free-ebook-download_1376010.html [15.03.2013].

²¹⁹ T. Steifer, *Fajka*, 2007 [online], dostęp: <http://pl.wikipedia.org/wiki/Fajka> [15.03.2013].

²²⁰ R. Goldberg, *op. cit.*, s. 8-9.

²²¹ W. Nowicki, *Na spazmy i wapory lekarstwo*, „Tygodnik Powszechny” [online], dostęp: http://tygodnik.onet.pl/33,0,70721,na_spazmy_iwapory_lekarstwo,artykul.html [15.03.2013].

nieoczekiwanie wydatną szansę rozwoju, z której nie omieszczały skorzystać. W ciągu kilku zaledwie lat stały się potężnymi, kompetentnie zarządzanymi i skupiającymi setki osób organizacjami, których olbrzymie obroty i stanowiący ich pochodną zysk, były dodatkowo powiększone przez brak opodatkowania wynikający z nielegalności podejmowanych działań. Równocześnie prohibicja stanowiła zagrożenie dla ludności, nie tylko ze względu na uliczne strzelaniny, ale i niebezpieczeństwo zatrucia alkoholem, znacznie zwiększone niejawną tożsamością kolejnych ogniw łańcucha produkcyjno-dystrybucyjnego. Intencjonalny efekt odstraszający nie wystąpił. Wręcz przeciwnie – można stwierdzić, że wprowadzenie omawianej regulacji było raczej przeciwnie skuteczne. Nie tylko nie wyeliminowano negatywnych społecznie skutków nadużywania alkoholu, ale dodatkowo, np. w Chicago, przypadki śmiertelne wywołane alkoholizmem wzrosły w tym czasie o 600%²²².

Ostatnim przykładem jest okres drugiej połowy XX w. i początku XXI w. Aż po dzień dzisiejszy trwa – póki co – globalna wojna z narkotykami, której nie tylko nie da się wygrać, ale w zasadzie już jest przegrana. Najbardziej jaskrawym przykładem nieskuteczności polityki prohibicji jest zjawisko przemycania kokainy z Ameryki Południowej przy użyciu specjalnie do tego celu przystosowanych łodzi podwodnych, których ładowność mieści się zazwyczaj w granicach od czterech do dwunastu ton, w związku z czym detaliczną wartość towaru znajdującego się na pokładzie tego typu łodzi mierzy się w setkach milionów dolarów²²³. Ostatnie doniesienia wskazują, że przemycnicy opracowali nową technikę minimalizowania ryzyka strat wywołanego statystycznym prawdopodobieństwem przechwyty. Bezzałogowy batyskaf, wyładowany w całości kokainą, jest holowany przez zwykłą łódź rybacką. W razie zagrożenia hol jest odcinany, a batyskaf wypuszcza wyglądający jak kłoda drewna radionadajnik, który służy następnie do odnalezienia i podjęcia ładunku²²⁴.

Szacuje się, że w skali globalnej wartość nielegalnego obrotu substancjami psychoaktywnymi stanowi nawet osiemdziesiąt pięć procent całego nielegalnego obrotu generowanego przez przestępczość zorganizowaną. Oznacza to, że w pozostałych piętnastu procentach zawierają się pozostałe formy działalności czarnorynkowej, a to handel bronią, handel ludźmi, sutenerstwo, haracze i wymuszenia itp. Ocenia się ponadto, że skuteczność działań nakierowanych na przejęcie nielegalnej podaży substancji psychoaktywnych, na którymkolwiek z etapów jej produkcji i dystrybucji, wynosi

²²² M. Gossop, *Narkomania. Mity i rzeczywistość*, Warszawa 1993, s. 168-169.

²²³ UN World Drug Report 2013 [online], dostęp:

http://www.unodc.org/documents/wdr2014/World_Drug_Report_2013.pdf [3.09.2014], s. 45.

²²⁴ M. Stasiński, *Przemycnicy płacą 3 miliony za budowę jednej łodzi do przemytu kokainy. Potem ją porzucają. A i tak się opłaca*, „Gazeta Wyborcza” 2013 [online], dostęp:

http://wyborcza.pl/1,75477,13200698,Przemycnicy_placa_3_miliony_za_budowe_jednej_lodzi.html [15.03.2013].

około dziesięciu procent, a w razie nasilenia tych działań na maksymalną możliwą do wyobrażenia skalę, skuteczność ta i tak nie przekroczyłaby czterdziestu procent. W obliczu chociażby częściowej zgodności z rzeczywistością podanych wartości, trudno odnaleźć jakikolwiek sens utrzymywania aktualnego stanu rzeczy²²⁵.

Aby przypadki prohibicji – zarówno wskazane powyżej, jak i nieujęte w tym pogładowym i mocno wybiórczym zestawieniu – sprowadzić do wspólnego mianownika, musimy dokonać ich interpretacji przy użyciu pewnego zbioru teoretycznych pojęć, którymi posługują się nauki prawne i społeczne.

Pierwszym, niezwykle istotnym, będzie pojęcie uspołecznienia się normy, które można najkrócej zdefiniować jako proces prowadzący do dobrowolnego stosowania czy też przestrzegania danej normy przez znaczącą – funkcjonalnie – większość jej adresatów. Na uspołecznianie się normy składają się cztery elementy. Pierwszym jest wiedza adresata o istnieniu normy oraz znajomość jej treści, co można inaczej określić jako świadomość normatywną. Drugim – pozytywna ocena tej treści, czyli zajęcie stanowiska wartościującego, inaczej ewaluacja normatywna. Kolejnym stadium uspołeczniania się normy będzie postawa pronormatywna, mogąca być określona również jako internalizacja normy, oznaczająca że adresat uważa normę za obowiązującą, że jest ona standardem jego postępowania. Ostatni element, to zachowanie zgodne z treścią normy, a więc możliwość powzięcia obiektywnej (lub co najmniej intersubiektywnej) konstatacji co do faktu jej przestrzegania. Innymi słowy, uzewnętrznienie uprzedniej internalizacji. Zaburzenie tego procesu na którymkolwiek z etapów blokuje możliwość pełnego uspołecznienia się normy, a w konsekwencji prowadzi bądź do przedsięwzięcia przez przeciętnego adresata normy postawy dewiacyjnej, tj. nieprzestrzegania normy, bądź też postawy oportunistycznej, czyli przestrzegania normy pomimo braku internalizacji normy, czy wreszcie postawy legalistycznej, charakteryzującej się przestrzeganiem normy mimo braku dokonania ewaluacji^{226 227}.

Należy wskazać, że wskutek nieuniknionej terminologicznej złożoności przedstawionej tu w maksymalnym skrócie koncepcji uspołecznienia się normy, dla jej wyjaśnienia można odwołać się do niezwykle malowniczej metafory osiedlowego trawnika. Niech będzie on przestrzenią interakcji społecznych, zaś przecinające go wybetonowane ścieżki – normami, którymi objęto społeczeństwo (reprezentowane przez osiedlową społeczność). Oznaką braku uspołecznienia się wybetonowanych „norm” są pojawiające się obok „normy” wydeptane. Brak świadomości, ewaluacji, czy też internalizacji „norm” betonowych przez odosobnionych członków społeczności nie powoduje

²²⁵ K. Krajewski, Sens i bezsens prohibicji, Kraków 2001, s. 131-133.

²²⁶ K. Pałeczki, Prawoznawstwo. Zarys wykładu, Warszawa 2003, str. 53 i nast.

²²⁷ P. Sztompka, Socjologia. Analiza społeczeństwa, Kraków 2005, str. 284.

wydeptania, dopóki jest ich odpowiednio mało i/lub przechodzą przez trawnik dostatecznie rzadko. Oznacza to sytuację, o której była już mowa powyżej – przestrzeganie „norm” przez znaczącą funkcjonalnie większość adresatów. W momencie empirycznej możliwości stwierdzenia, iż dana „norma” została wydeptana, należałoby dojść do wniosku, że alternatywna dla niej „norma” betonowa utraciła cechę uspołecznienia się, o ile kiedykolwiek taką posiadała.

Rozwiązanie problemu rozbieżności ścieżek wybetonowanych i wydeptanych jest niezwykle łatwe, a przy tym wydaje się być silnie intuicyjne. Kompetentny architekt zieleni zaplanuje najpierw sam trawnik, w całości pokrywając go roślinnością, a następnie pozostawiając go do swobodnego używania przez kilka bądź kilkanaście miesięcy. Dopiero wtedy ułoży ścieżki betonowe, idealnie pokrywające te wydeptane w międzyczasie. Zaskakujące jednak, jak nieoczywisty staje się taki schemat postępowania w przypadku stanowienia norm prawnych. Dobry prawodawca powinien w analogiczny sposób wejść w interakcję z podmiotami potencjalnej regulacji, „wsluchując się” w oczekiwania znaczącej funkcjonalnie większości oraz jej skłonności do podejmowania takich lub innych kierunków działania. Równocześnie trzeba podkreślić, że uspołecznienie się normy nie jest procesem jednorazowym i nieodwracalnym. Przeciwnie, z dynamicznego charakteru społeczeństwa, z jego nieustannego stawania się wynika, iż fakt uspołecznienia należy na bieżąco kontrolować i niezwłocznie usuwać z systemu normy, które utraciły przymiot bycia przestrzeganymi przez znaczącą funkcjonalnie większość. Nie temu powinno służyć prawo, w szczególności prawo karne, aby modelować rzeczywistość, w szczególności gdy stanowiący je dysponuje demokratycznym rodzajem legitymizacji. Można na fakt uspołecznienia wpływać przez poruszanie konkretnej tematyki w przestrzeni publicznej za pomocą rzetelnej edukacji, akcji społecznych, czy debaty medialnej, ale ostatecznie suwerenem – także w tym przyziemnym, codziennym wymiarze – będzie, każdorazowo nieco odmiennie definiowana, funkcjonalnie rozumiana większość. Co istotne, suwerenność ta nie będzie wynikać z woli większości, łatwej do narzucenia pozostałym, lecz bardziej z ugruntowanej praktyki życia codziennego.

Kolejnym pojęciem jest dobro prawne. Jest nim każda konkretna wartość, co do której zakłada się, że istnieje w społeczeństwie consensus co do potrzeby i obowiązku jej chronienia. Nowoczesne prawo karne przyjmuje niespornie, że każdy zakaz, każdy typ czynu zabronionego, musi mieć konkretne, „przyklejone do siebie” dobro prawne, które legitymizuje ingerencję w wolność jednostki. Im bardziej oczywiste i intuicyjne jest wywnioskowanie z normy karnej chronionego przez nią dobra prawnego, tym wyżej należy oceniać koherentność konstrukcji legislacyjnej z uniwersalnie akceptowanym porządkiem, w tym wyższym stopniu norma jest uspołeczniiona. Przykładowo, kryminalizowanymi czynami są: zabójstwo – dla ochrony dobra prawnego, którym jest życie, gwałt –

dla ochrony wolności i integralności seksualnej, niealimentacja – dla ochrony dobra rodziny, w szczególności małoletnich dzieci, fałszerstwo – dla ochrony wiarygodności dokumentów, jazda w stanie nietrzeźwości – dla ochrony bezpieczeństwa w ruchu drogowym, itd²²⁸. W tym kontekście problemem niezwykle skomplikowanym jest wiarygodne i logiczne wyabstrahowanie dobra prawnego, któremu służyć by miała prohibicja.

Trzeźwość? Z pewnością istnieje generalne społeczne przyzwolenie na przebywanie w stanie nietrzeźwości alkoholowej, zaś instytucja izby wytrzeźwień służy raczej wyłącznie przypadkom granicznym. Inne rodzaje nietrzeźwości nie są być może objęte tak powszechną akceptacją, ale wydaje się to wynikać raczej z braku „oswojenia”, ze strachu przed nieznanym i niedoświadczanym ośobiście stanem. Na podkreślenie równocześnie zasługuje, że nietrzeźwość alkoholowa stanowi jedną z cięższych nietrzeźwości, w stosunkowo wysokim stopniu zaburzającą funkcje mózgu i upośledzającą normalne funkcjonowanie, w szczególności mowę i sprawność ruchową, ale również cechę samokrytycyzmu. W tym kontekście nie może się ostać teza, jakoby trzeźwość miała być właściwym dobrem prawnym, tym bardziej że w naszym kraju podejście do samej tylko alkoholowej trzeźwości wydaje się być naznaczone hipokryzją. Z jednej strony obowiązuje restrykcyjny zakaz spożywania alkoholu w miejscach – ogólnie rzecz biorąc – publicznych. Zakaz ten obowiązuje nie tylko w pobliżu szkół, ale dotyczy także konsumpcji piwa na parkowej czy osiedlowej ławce. Norma ta mieści się w ustawie o wychowaniu w trzeźwości. Tytuł ustawy jest mylący, albowiem wydaje się, iż należałoby się dopatrywać ochrony innego dobra prawnego niż trzeźwość, to jest porządku publicznego, co prawda z bardzo dużym, nawiązującym do autorytarnych tradycji prewencyjnych, wyprzedzeniem.

W doktrynie pojawia się propozycja, by jako dobro chronione zdekodować monopol państwa w zakresie obrotu substancjami psychoaktywnymi. Takie ujęcie problemu nie spełnia jednak warunku koniecznego, jakim jest możliwość określenia danego dobra jako wartości powszechnie uznawanej za zasługującą na ochronę, a w konsekwencji musi ulec odrzuceniu jako nieadekwatne²²⁹.

Potencjalnie poszukiwanym dobrem prawnym mogłaby być także ochrona dzieci i młodzieży przed zbyt wczesnym sięganiem po substancje mające bezsprzeczny potencjał zaburzenia prawidłowego rozwoju psychicznego, a także fizjologicznego. Jednakże i w tym przypadku rezultat jest negatywny. Z punktu widzenia fizycznej blokady dostępu prohibicja jest przeciwnie skuteczna – nielegalny obrót pozwala na nabywanie substancji bez względu na wiek. Jak mówi potoczna fraza, „diler o dowód nie pyta”, chociaż można uznać za prawdopodobne, że w odosobnionych przypadkach względy sumienia sprzedającego mogą mieć znaczenie. Także w perspektywie zapewnienia

²²⁸ J. Majewski, *Materiałny element przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*, „Przegląd Sądowy”, 6/1996.

²²⁹ K. Łucarz, A. Muszyńska, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 472.

harmonijnego rozwoju psychofizycznego prohibicję trzeba uznać za wybiórczą, skoro istnieją nie tylko legalne, ale nawet nieregulowane substancje, których nadmierna ilość konsumowana jest przez dzieci w krajach rozwiniętych, a to cukier i sól. Chociaż można napotkać doniesienia, że ta druga może mieć znaczenie w charakterze naturalnego antydepresantu,²³⁰ niemniej generalna ocena skutków nadużywania obu musi być jednoznacznie negatywna.

Wobec powyższego, pozostaje nam określić przedmiot ochrony jako zdrowie publiczne. Przypisanie normom prohibicyjnym takiego właśnie dobra prawnego wydaje się być najpowszechniej podzielane, zarówno w literaturze przedmiotu, jak i orzecznictwie Sądu Najwyższego, aczkolwiek jego zasadność może wzbudzać fundamentalne i uzasadnione kontrowersje^{231 232}. Wskazać należy bowiem, iż do każdego typu czynu zabronionego można ex post dopasować przedmiot ochrony, jeżeli tylko jego sformułowanie jest dostatecznie uogólnione i mgliste. Oczywiście zdrowia publicznego nie sposób wykreślić z katalogu dóbr prawnych, zwłaszcza że została mu nadana ranga konstytucyjna, jednak pojęcie to należy raczej odnosić do sytuacji takich, jak wywołanie zagrożenia epidemiologicznego, lub narażenia na promieniowanie jądrowe, czyli ochrona przed zagrożeniem przykładowej jednostki „z zewnątrz”, a nie w wyniku jej postępowania wobec samej siebie. Co za tym idzie, spowodowanie abstrakcyjnego narażenia rozmytego znaczeniowo „zdrowia publicznego” wydaje się znacząco przekraczać przedmiotowy zakres zachowań ludzkich, w obrębie którego możliwa jest legitymizowana ingerencja prawa karnego. Krytycznie trzeba zatem ocenić wszelkie sytuacje, w których prawodawca nie mając pomysłu jak uzasadnić preforsowaną normę, operuje w sposób wyraźny bądź dorozumiany pojęciami takimi, jak zdrowie publiczne czy moralność publiczna²³³.

W ten sposób przechodzimy do trzeciego kluczowego pojęcia teoretycznego, a mianowicie klauzuli generalnej. Według encyklopedycznej definicji jest to stanowiący część przepisu prawnego zwrot językowy, celowo nieostry lub niedookreślony, odsyłający do pozaprawnych (moralnych, teleologicznych, prakseologicznych i innych) kryteriów mających stanowić podstawę jego wartościowania i pozostawiający pewien luz decyzyjny podmiotowi stosującemu prawo²³⁴. Dwie najistotniejsze, w naszej opinii, klauzule generalne znajdujące się w prawie polskim zostały w zawarte w przepisach:

²³⁰ N. Riehl, Study suggests salt might be ‘nature’s antidepressant’, University of Iowa 2009 [online], dostęp: http://www.eurekalert.org/pub_releases/2009-03/uoi-sss031009.php [15.03.2013].

²³¹ K. Łucarz, A. Muszyńska, op. cit., s. 470-472.

²³² K. Krajewski, Głosa do wyroku z 21 I 2009, II KK 197/08. „Państwo i Prawo” 11/2009.

²³³ L. Gardocki, Zagadnienia teorii kryminalizacji, Warszawa 1990, s. 45-52.

²³⁴ Encyklopedia Prawa, red. U. Kalina-Prasznic, Warszawa 2004, s. 261.

- art. 5 kodeksu cywilnego – „Nie można czynić ze swego prawa pożytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Taki działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”
- art. 1 § 2 kodeksu karnego – „Nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma.”

Klauzule generalne można uznać za swoiste narzędzia, przez których wprowadzenie racjonalny prawodawca określa charakterystykę systemu prawnego na osi łączącej bieguny legislacyjnego etatyzmu i leseferyzmu. Dokonanie tego określenia powinno być uwarunkowane wszechstronnym zbadaniem i rozważeniem skomplikowanej konstelacji zwyczajów, kultury i historii ludności zamieszkującej dane terytorium, a ocenianej jako społeczność normatywnie jednorodna. Kombinację wymienionych czynników tzw. historyczna szkoła prawa określała jako *Zeitgeist*, duch czasów²³⁵.

Posługując się przydatnymi do zrozumienia istoty powyższego wywodu przykładami, wskazać trzeba z jednej strony skrajnie kazuistyczne regulacje słynnego Kodeksu Hammurabiego (np. „Jeśli lekarz obywatelowi operację ciężką nożem z brązu wykonał i spowodował śmierć obywatela lub łuk brwiowy obywatela nożem z brązu otworzył i oka obywatela pozbawił, rękę utną mu”), stanowiące esencję legislacyjnego etatyzmu, z drugiej zaś strony najkrótszy możliwy skrót obowiązków chrześcijanina, czyli nakaz miłości Boga i bliźniego, perfekcyjnie spełniający kryteria klauzuli generalnej. Dodać należy, że wysoka częstotliwość występowania w systemie prawnym klauzul generalnych może być interpretowana jako świadectwo daleko posuniętej dojrzałości zarówno adresatów norm, którzy bez wyraźnego odgórnego zaznaczenia znają granice swoich działań, jak i podmiotów stosujących prawo. Te ostatnie, mając świadomość swojej roli społecznej, nie nadużywają własnego uprawnienia do uznaniowości.

Następnym analizowanym pojęciem jest subsydiarność, inaczej posiłkowość prawa. Jak wiadomo, system prawny jest tylko jednym z systemów normatywnych w ramach których funkcjonują jednostki i ich konfiguracje, bynajmniej nie najistotniejszym. Istnieją znaczne obszary życia społecznego, czy też indywidualnego, funkcjonujące na tyle dobrze, że nie sposób zalecać jakiegokolwiek prawnej ingerencji w nie. Równocześnie nie może budzić wątpliwości, że zakres tych obszarów zmienia się w czasie, co jest oczywiste w świetle uznanego twierdzenia o dynamicznym charakterze społeczeństwa. Dobry, racjonalny, rozsądny, kompetentny prawodawca będzie z uwagą analizować dynamikę tych zmian, reagując ostrożnie w wymiarze przedmiotowym, lecz sprawnie

²³⁵ K. Chojnicka, H. Olszewski, Historia doktryn politycznych i prawnych, Poznań 2004, s. 161-163.

i niezwłocznie pod względem czasu reakcji, minimalizując tym samym niepożądane zjawisko inercji (opóźnienia) prawa, kiedy obowiązujące regulacje przestają być adekwatne do aktualnego stanu rzeczy.

Tytułem przykładów historycznych można wskazać następujące uwarunkowania i procesy społeczne, które wywołały zapotrzebowanie nowych regulacji, po czym doprowadziły do ich wytworzenia. Bogate życie gospodarcze Cesarstwa Rzymskiego wymusiło powstanie pisanego prawa cywilnego, które za pośrednictwem kodyfikacji justyniańskiej po dziś dzień stanowi podstawę kontynentalnego systemu prawa cywilnego, a w szczególności dyrektyw jego interpretacji. Epoka wielkich odkryć geograficznych, a następnie rewolucja przemysłowa, zrodziwszy potrzebę ukonstytuowania prawnych form akumulacji kapitału, poskutkowały wytworzeniem prawa gospodarczego, w szczególności prawa spółek, chociaż niektóre formy tego, co dzisiaj nazwalibyśmy kolegiальnym prowadzeniem działalności gospodarczej, istniały już w średniowieczu, a nawet w starożytności. Industrializacja życia i zjawisko migracji ze względów ekonomicznych, wskutek wynikającego z nich rozpadu zwyczajowych, rodzinnych, niepisanych gwarancji bytowych, spowodowało pojawienie się zupełnie nowych dziedzin normatywnych – prawa ubezpieczeń społecznych, a następnie prawa zabezpieczenia społecznego. Postępująca laicyzacja ludności oraz realizacja postulatów rozdziału kościołów od państwa, wymusiła wprowadzenie instytucji małżeństwa cywilnego, czyli przeniesienia funkcjonalnego między systemami normatywnymi – od religijnego do prawnego. Odejście od parytetu złota, oznaczające zwielokrotnienie możliwości zysku opartego wyłącznie na obrocie kapitałem, musiało doprowadzić do powstania prawa rynków kapitałowych, które wydaje się jednak wciąż pozostawać w fazie niekompletnego spełniania swojej funkcji, o czym przekonuje geneza globalnego kryzysu finansowego ostatnich lat, tj. od 2008 roku.

Wszystkie powyższe przykłady służą temu, aby nieco rozjaśnić koncept subsydiarności prawa. Na podkreślenie zasługuje jego szczególne znaczenie w wymiarze reaktywnym, o czym była mowa powyżej, jednakże można postulować aktywność prawodawcy idącą dalej, a więc proaktywną, nie reagującą na zmiany, lecz wyprzedzającą je, a nawet dążącą do modelowania rzeczywistości. Chociaż tego typu dążenia występują powszechnie, należy jednoznacznie zaprzeczyć, aby mogły one być realizowane z pożytkiem dla społeczeństwa na jakimkolwiek polu legislacyjnym innymi niż podatki i daniny publiczne, w szczególności w obrębie prawa karnego, które winno realizować zasadę ultima ratio, czyli instrumentu polityki społecznej uruchamianego wyłącznie wtedy, gdy zawiodą wszystkie inne realnie dostępne możliwości działania. Innymi słowy, za jedyną usprawiedliwioną w demokratycznym państwie prawnym technikę inżynierii społecznej musimy uznać jej najbardziej „miękką” odmianę, opierającą się na modyfikacji stawek oraz ulg podatkowych i w ten sposób

modulującą zastaną rzeczywistość. Działalność w innych obszarach, w szczególności nakazów i zakazów, powinna być ograniczona do trybu reaktywnego.

Ostatnim teoretycznym pojęciem jest wina. W moim przekonaniu, definiująca ją teoria prawa karnego zaskakująco ściśle koreluje z potocznym rozumieniem winy. Wedle dominującej w polskiej doktrynie koncepcji psychologiczno-normatywnej, wina jest możliwością postawienia sprawcy zarzutu co do obranego sposobu postępowania z dobrem prawnym, którego był dysponentem, lub stał się nim na skutek zaistnienia konkretnych okoliczności faktycznych²³⁶. Z tego wynika, że skazujący wyrok sądu karnego powinien być uroczystym w formie oświadczeniem wydanym przez społeczeństwo – a w zasadzie przez naród, będący suwerenem i dysponentem władzy zwierzchniej w Rzeczypospolitej, w imieniu której sądy wydają wyroki – którego merytoryczny przekaz względem sprawcy sprowadza się do stwierdzenia, że przekroczył pewne granice przez co jego postępowania nie można pozostawić bez reakcji i sankcji, ponieważ sprzeczność inkryminowanego zachowania z ogólnie akceptowanym porządkiem – czyli z daną, uspołecznioną normą – jest zbyt jaskrawa. Jednakowoż niezwykle trudno jest doszukiwać się takiego przekazu w jakimkolwiek orzeczeniu skazującym, którego materialnoprawną podstawą są przepisy prohibicyjne. W świetle pozbawionego jakiegokolwiek racjonalnego klucza, a w konsekwencji nieuprawnionego słusznościowo zróżnicowania prawnego statusu substancji psychoaktywnych, wyrok taki można oceniać raczej jako odwet za naruszenie finansowych interesów państwa, ukryty pod pozorem działania w słusznym interesie społecznym. Wobec braku uspołecznienia się normy, wydaje się to być jednak pozór nieudolny.

Reasumując, przy rozpatrywaniu prohibicji narkotykowej przez pryzmat przedstawionych tu zasadniczych pojęć teoretycznych, na każdym etapie nasuwa się wątpliwość co do spełnienia przez przepisy prohibicyjne reguł racjonalnej kryminalizacji. Równocześnie wydaje się, że można zasadnie twierdzić, iż zarówno model społeczeństwa powszechnie nadużywającego substancji psychoaktywnych, jak i wizja zbiorowości niemal całkowicie powstrzymującej się od ich użycia, są analogicznie dysfunkcjonalne jako silnie stresogenne oraz istotnie odbiegające od teoretycznych warunków niezbędnych dla optymalizacji procesów komunikacji społecznej i refleksji introspektywnej. Zbytne przywiązanie do jednego, określonego stanu świadomości, czy jest to trzeźwość, czy też jakakolwiek forma nietrzeźwości, powoduje przyjęcie jednowymiarowej perspektywy w stosunku do otaczających nas zjawisk społecznych, prowadzącej do spłylenia i zawężenia ich subiektywnej oceny, a w konsekwencji prowadzi do niezbyt refleksyjnego podejmowania decyzji, czy to wyborczych, czy zawodowych, czy wreszcie osobistych. Z kolei

²³⁶ Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, red. A. Zoll, Kraków, 2004, uwagi do art. 1 § 3.

porównanie własnego mechanizmu odbierania świata w różnych stanach świadomości, stanowi doskonały przyczynek do zwiększenia empatii. Parafrazując: skoro ja sam dostrzegam dwa przeciwne aspekty tego samego problemu, to tym bardziej muszę przyznać, że czymś naturalnym jest odmienne spojrzenie przez inną, autonomiczną jednostkę, posiadającą zupełnie odrębną świadomość. Takie zaś empatyczne stanowisko wydaje się być najlepszym wstępem do wygaszenia znakomitej większości istniejących w społeczeństwie sporów i konfliktów.

Na zakończenie godzi się zasygnalizować, że w debacie o ewentualnej depenalizacji, czy też legalizacji, wszystkich lub niektórych substancji psychoaktywnych, w zasadzie nie przedstawia się pełnego spektrum możliwych rozwiązań prawnych. Zamiast tego fałszywie sugeruje się dychotomię w postaci: Albo prohibicja, albo legalizacja rozumiana jako wolny i nieskrępowany obrót wszelkimi substancjami psychoaktywnymi. Tymczasem wspomniane spektrum należałoby określić w sposób następujący:

- kryminalizacja;
- kontrawencjonalizacja (uznanie za wykroczenie);
- indyferentność (ani legalność, ani nielegalność, por. prostytutka w Polsce);
- obrót koncesjonowany;
- obrót licencjonowany;
- obrót akcyzowany;
- wolny obrót.

Ponadto każdy rodzaj zakazanego obecnie zachowania (produkcja, przewóz, wprowadzanie do obrotu, posiadanie itp.) mógłby podpadać pod inną z wymienionych kategorii. Co więcej, kombinacja taka mogłaby być inna dla każdej substancji, w zależności od jej naukowo stwierdzonych właściwości, efektów fizjologicznych, typowych reakcji behawioralnych, skłonności do uzależniania i wszelkich innych składników ogólnego bilansu zagrożenia interesu społecznego. Wydaje się nieuchronnym, iż w nieodległej przyszłości państwa – a może ponadnarodowe organizacje – wezmą na siebie odpowiedzialność za wprowadzenie szczegółowych regulacji tego typu, w szczególności jakiejś formy reglamentowanego obrotu nielegalnymi dziś substancjami. Tego wymaga nasza wspólna odpowiedzialność wobec przyszłych pokoleń, za jakość rzeczywistości, w jakiej przyjdzie im żyć.

Streszczenie

Niniejszy artykuł, bazując na przykładach prohibicji narkotykowej (w tym alkoholowej), porusza temat (braku) możliwości kreowania rzeczywistości kulturowej za pomocą narzędzi prawnokarnych. Poprzez przekrojowe porównanie znanych z historii przykładów usuwania ze świata społecznego jakiegokolwiek legalnej podaży poszczególnych substancji psychoaktywnych, zestawia pozornie szlachetne założenia moralne stojące za kulisami takich działań z następstwami łamania reguł racjonalnej kryminalizacji. Idea zwalczania nadużywania substancji psychoaktywnych przez lokowanie wszelkich czynności związanych z ich konsumpcją w sferze objętej sankcją karną, a więc przez delegalizację także form spożycia niewiązanych się z jakkolwiek definiowanym nadużywaniem, wydaje się w skali globalnej zaczynać odchodzić do legalizacyjnego lamusa jako rozwiązanie przyczyniające się do powstawania patologii społecznej w stopniu znacznie przekraczającym tę, na którą stanowić miało remedium. Zamiast tego należy zaproponować odideologizowane podejście bazujące na zastanych realiach kulturowych, w ramach którego prawo w swoisty sposób ostrożnie „ceruje” sporadyczne niedoskonałości wypracowanych i utartych na przestrzeni lat elementów kulturowego systemu normatywnego dotyczącego spożycia poszczególnych substancji psychoaktywnych. Za kluczowe w tym kontekście należy także uznać definiowane przez socjologię prawa: (a) proces uspołeczniania się normy, stanowiący warunek konieczny jej faktycznego obowiązywania oraz (b) zjawisko tzw. aksjologicznych granic regulacji normatywnej. W efekcie autor przyjmuje założenie, że (1) zarówno model społeczeństwa powszechnie nadużywającego substancji psychoaktywnych, jak i wizja zbiorowości niemal całkowicie powstrzymującej się od ich spożycia, są w analogiczny sposób dysfunkcjonalne, jako silnie stresogenne oraz znacznie odbiegające od teoretycznych warunków niezbędnych dla optymalizacji procesów takich jak komunikacja społeczna, czy refleksja introspektywna, przede wszystkim zaś, iż (2) powyższa konstatacja jest tylko szczególnym przykładem ogólnej prawidłowości, zgodnie z którą legislacja przełamująca utrwalone kulturowo wzorce postępowania nie jest w stanie osiągnąć swoich celów, nawet jeżeli dysponuje potencjałem aparatu represji na skalę totalitarną, zaś jej fundamentem jest ostro zarysowana legitymizacja moralna.

Summary

The subject of the paper is the possibility (or lack thereof) of creating a cultural reality by means of penal law tools, based on historical examples of stimulant, alcohol, and drug prohibition. Using a cross-comparison of examples of removing legal supplies of psychoactive substances, it juxtaposes seemingly noble premises with the consequences of breaking the rules of rational criminalization. The idea of controlling abuse of psychoactive substances by making recreational use illegal seems to have caused the rise of social pathology on a global scale. Instead, the ideology-free, culture-based approach should be suggested. It would consider law in general as reactive and subsidiary, complementing the cultural normative system of psychoactive substance consumption. Norm socialization process - a condition of its de facto functioning, as well as the phenomenon of axiological limits of normative regulation, are vital concepts in this context. Consequently, the author accepts an assumption that both the commonly substance-abusing society and the one hardly using them are dysfunctional in a very similar way, as both are stressful environments, firmly missing substantial conditions for optimization of both social communication and introspective reflection for its members. This is just an example of how legislation that is breaking cultural patterns is not able to fulfill its purpose, even if and when implementing a totalitarian-scale repression policy based on stern moral principles.