

Dagmara Gruszecka

Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym

Podstawową funkcją prawa karnego jest funkcja ochronna³⁷⁷. Nie da się jednak ani tej funkcji rozsądnie określić na poziomie teoretycznym, ani tym bardziej w sposób dopuszczalny w demokratycznym państwie prawa zrealizować w praktyce bez uściślenia, co i dlaczego właściwie normy prawnokarne mają chronić. Subsydiarność prawa karnego opierająca się na założeniu, że nawet w miarę poważne patologie mogą być zwalczane lub przynajmniej kontrolowane przez wyspecjalizowane gałęzie prawa cywilnego, instytucje publiczne, rodzinę czy szkołę oraz podlegać sankcjom administracyjnym lub wyłącznie formom potępienia moralnego, nie oznacza, że nie istnieją sytuacje na tyle drastycznie godzące w fundamenty prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa, by odrzucić konieczność stosowania kary kryminalnej. Dolegliwość tego instrumentu przywracania „prawa i porządku” znajduje usprawiedliwienie w randze naruszeń, którym ma zapobiegać. Takie ujęcie oznacza, że centralnym punktem odniesienia dla wszelkich rozważań o miejscu i funkcji prawa karnego, wykładni jego norm, jak i granicach ingerencji poprzez te normy państwowego aparatu przymusu w sferę praw i wolności jednostki staje się pojęcie dobra prawnego³⁷⁸. M. Cieślak pisze:

³⁷⁷ Przykładowo w rodzimych opracowaniach: „Funkcja ochronna wymieniana jest zazwyczaj na pierwszym miejscu, gdyż ochrona dóbr przedstawiających wartość społeczną przed atakami prowadzącymi do ich naruszenia lub narażenia na niebezpieczeństwo jawi się, jako najważniejsze zadanie prawa karnego” – M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne*, Warszawa 2006, s. 25; „Z dotychczasowych rozważań wynika, że prawo karne pełni przede wszystkim funkcję ochronną” – A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 14; podobnie K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 11; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 62–63, M. Mozgawa (red.) *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2006, s. 25

³⁷⁸ Dobro prawne nazywane jest też często zamiennie przedmiotem ochrony lub przedmiotem zamachu (różnica między oboma określeniami polega jedynie na sposobie patrzenia na zagadnienie – od strony potrzeby ochrony lub od strony dokonanego ataku). Warto na wstępie dodać, że w prawie karnym wyszczególnia się ogólny, rodzajowy oraz bezpośredni (szczególny, indywidualny) przedmiot ochrony. Przedmiotem ogólnym są te wszystkie

„Prawo chroni pewne wartości, które społeczeństwo zorganizowane w państwo uznaje za najważniejsze dla swojego bytu, i dlatego uważa za konieczne strzec je za pomocą tak ostrych, wyjątkowych środków przymusu. Te podstawowe wartości społeczne, chronione przez prawo karne – a więc takie wartości jak np. życie człowieka, jego zdrowie, wolność, nietykalność, a także wartości o charakterze zbiorowym, jak np. niepodległość państwa, jego integralność, bezpieczeństwo itp. – określa się w nauce prawa karnego mianem „dóbr prawnych”. Przyjmuje się więc, niemal powszechnie, że podstawowym zadaniem prawa karnego jest ochrona dóbr prawnych przed antyspołecznymi czynami”³⁷⁹, podkreślmy tutaj za autorem, że antyspołecznymi (co Cieślak rozumie właśnie jako materialną bezprawność), bo powodującymi naruszenie lub zagrożenie tych dóbr. W tym oto rudymenarnym celu możemy widzieć istotę i rację funkcjonowania norm sankcjonujących prawa karnego³⁸⁰. Dopuszczamy ingerencję prawa karnego w określone przejawy życia społecznego, ograniczając tym samym sferę naszej wolności, ponieważ

wartości, które prawo ma za zadanie chronić, jest on wspólny dla wszystkich przepisów statuujących zakazy karne. Rodzajowy przedmiot ochrony stanowi natomiast podstawę podziału części szczególnej kodeksu karnego na rozdziały, zazwyczaj w obrębie jednego rozdziału zgrupowane są przepisy mające wspólny rodzajowy przedmiot ochrony. Najbardziej skonkretyzowany jest bezpośredni przedmiot ochrony, ujęty w jednym, czasami w grupie przepisów w ramach rozdziału. Sprowadzanie jednakże rozważań nad dobrem prawnym jedynie do powyższego czysto systematycznego ujęcia, mimo że dość powszechne w polskiej literaturze, grozi nie tylko zagubieniem i „spłyceniem” istoty oraz funkcji jednego z fundamentalnych pojęć teorii prawa karnego, ale stanowi też – jak słusznie ubolewa M. Prengel – ignorowanie prawie dwustu lat ożywionej dyskusji prowadzonej wśród najwybitniejszych niemieckich karnistów – M. Prengel, *Dobro prawne – centralne pojęcie prawa karnego*, Jurysta 2002, nr 5, s. 5.

³⁷⁹ M. Cieślak, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 25, podobnie J. Wessels, W. Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2002, s. 2: „Durch den Schutz von Rechtsgütern dient das Strafrecht der Verwirklichung des Gemeinwohls und der Wahrung des Rechtsfriedens”.

³⁸⁰ Możemy, gdyż twierdzenie takie spotyka się z również krytyką części dogmatyków, poszukujących innego uzasadnienia potrzeby wprowadzenia i treści karnoprawnego zakazu. Por. np. G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil 2*, Berlin–Nowy Jork 1991, s. 22 i n.; oraz G. Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, die Straftat*, Kolonia 2000, s. 33 i n.

odczuwamy, że dowolna i niepodporządkowana żadnym regułom, których respektowanie wymuszają odpowiednie sankcje, „radosna działalność” w tych obszarach byłaby niebezpieczna dla powszechnie akceptowanych stanów czy obiektów. To sprzężenie uznawanych wartości ze społecznym przyzwoleniem na penalizację widać szczególnie wyraźnie przy rozszerzaniu zakresu zainteresowań prawa karnego na stosunkowo nowe dziedziny, jak np. ochrona środowiska naturalnego, komunikacja drogowa czy obecnie genetyka, a także przy przesuwaniu granic karalności na tzw. „przedpole”, co ma miejsce przy formach stadialnych lub przestępstwach narażenia na niebezpieczeństwo konkretne i abstrakcyjne³⁸¹.

Pojęcie dobra prawnego zawdzięczamy dogmatyce niemieckiej³⁸². Powstanie jego związane było ze staraniami, jakie prawnicy epoki Oświecenia czynili w celu sformułowania wolnego od jakichkolwiek religijnych czy etycznych konotacji pojęcia przestępstwa. W centralnym punkcie tak przerehabilitowanej definicji przestępstwa musiał znaleźć się przedmiot zamachu. A. Feuerbach, jako pierwszy (1801 r.) ujął przedmiot zamachu jako naruszenie praw (w znaczeniu praw podmiotowych) wywodzących się z idei umowy społecznej i tworzących prawną sferę wolności³⁸³. Uważał on, że przedmiotem ochrony prawa karnego mają być wynikające z tej umowy prawa członków społeczeństwa oraz prawa państwa rozumianego jako osoba moralna. Poza przestępstwami rozróżniał on także kategorię tzw. przekroczeń policyjnych, podobnie jak dzielił przestępstwa na publiczne i prywatne, niemniej jednak zasadą było, że liberalne państwo ogranicza się do ochrony praw swoich członków³⁸⁴ i w tym zawiera się również podstawowy cel prawa karnego.

³⁸¹ Bogata ta problematyka w nauce niemieckiej określana jest jako „Vorverlagerung der Strafbarkeit” – przesunięcie karalności na obszary poprzedzające naruszenie.

³⁸² Szerzej na ten temat zwłaszcza: K. Amelung: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt nad Menem 1972; P. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut”*, Basel 1962; M. Marx, *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut”*, Trewir 1972.

³⁸³ P.J.A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Recht*, wyd. 14, Giesen 1843, § 21 i 23: „Da Erhaltung der Rechte überhaupt Zweck der Strafgesetze ist, so sind sowohl die Rechte der Untertanen, ob auch dem Staate (als moralischer Person) zukommende Rechte, Gegenstand ihrer schützenden Drohungen“.

³⁸⁴ Przeciwwstawienie pojęcia dobra prawnego jako wyznacznika pojęcia

Sama jednak nazwa „dobro prawne” pojawiła się nieco później, bo w latach trzydziestych dziewiętnastego wieku (1834) za sprawą F. Birnbauma³⁸⁵. Umożliwiła ona uzupełnienie katalogu praw podmiotowych zaproponowanych przez Feuerbacha. Birnbaum poprzez wprowadzenie pojęć: „dobra, które powinno być chronione przez ustawę” – „durch die Gesetze zu schutzendes Gut”, oraz „dobra przysługującego prawnie” – „Gut, welches uns rechtlich zusteht”, przeniósł punkt ciężkości nauki o przestępstwie z tego, co niematerialne (prawa), w sferę konkretów, obiektów (dobra). Warto jednak pokreślić, że pozytywizm prawniczy drugiej połowy XIX w. wyprowadzał dobro prawne z obowiązującego systemu norm, odcinając się od jakiegokolwiek jego filozoficznej, pozaprawnej treści. To ustawodawca decydował dowolnie, czemu przydać walor dobra prawnie chronionego. Bliżej więc było tej koncepcji przestępstwa, mimo zmiany nazwy z „Rechtsverletzung” na „Rechtsgüterverletzung”, do czystego naruszenia prawa niż w wypadku

przestępstwa, pojęciu przestępstwa u P.J.A. Feuerbacha opartemu wyłącznie na naruszeniu prawa, jak to czyni w swoim skądinąd wartościowym, bo jedynym od czasów rozdziału w pracy I. Andriejewa, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988, polskiemu opracowaniu poświęconym kształtowaniu się pojęcia dobra prawnego w prawie karnym, M. Prengel, nie jest uprawnione; M. Prengel, *Dobro prawne...*, s. 5. Stwierdzenie powyższe znajduje się, owszem, w 1 tomie *Norm Bindinga* (K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band 1, wyd. 2., s. 327), ale zostało przez M. Prengla całkowicie wyrwane z kontekstu. U Feuerbacha chodzi bowiem nie o naruszenie prawa jako istoty przestępstwa w rozumieniu czysto pozytywistycznego uzasadnienia karalności, a o naruszenie praw – praw podmiotowych – subjektive Rechte, co przecież podnosi dalej Binding. Przestępstwo w takim ujęciu to naruszenie praw podmiotowych, nie prawa stanowionego. Binding stwierdza ponadto, że błąd Feuerbacha polegał na tym tylko, iż dokonał on fałszywego przeobrażenia dóbr w prawa i nie dostrzegł, że prawidłowym i pierwotnym przedmiotem ochrony jest nie tyle prawo podmiotowe, co dobro prawne – tamże, s. 342. Bez wątplenia jednak wywodząca się ze szkoły prawa natury koncepcja umowy społecznej i wynikających z niej praw członków społeczeństwa położyła podwaliny pod określenie treści pojęcia przestępstwa, nawet jeżeli ujęcie przedmiotu ochrony było jeszcze niedoskonałe.

³⁸⁵ F. Birnbaum, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff den Ehrenkränkung*, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge 1834, s. 149 i n.

pierwotnego rozumieniu tego terminu przez Feuerbacha. K. Binding, choć nadal jeszcze wyznawca formalizmu prawnego, w swoim pierwszym tomie *Norm*³⁸⁶ określił przestępstwo już nie tylko (choć nadal element ten pozostawał najistotniejszy) jako naruszenie obowiązku posłuszeństwa, lecz także jako naruszenie dobra prawnego „Gutesverletzung”. Binding ponadto wyraźnie oddzielił prawa podmiotowe od dóbr, zaprzeczając, jakoby mogły one stanowić w wypadku niektórych przestępstw dwa równorzędne przedmioty ochrony, co dotychczas powszechnie przyjmowano.³⁸⁷ Rozważania Bindinga są nie do przecenienia dla rozwoju dogmatyki prawa karnego, jednakże w pełni pojęcie dobra prawnego wskrzesił dopiero F. von Liszt³⁸⁸. To on przedstawił je jako materialny przedmiot zamachu i stwierdził, że ochrona dóbr prawnych stanowi jedyny cel prawa karnego. Liszt dokonał dwóch fundamentalnych rozróżnień w ramach samego określenia przestępstwa na jego techniczno-prawnicze ujęcie i ujęcie naturalistyczne; to pierwsze jest jedynie pojęciem, natomiast drugie istnieje w płaszczyźnie ontologicznej, jest „materialną, konkretną rzeczywistością”. Tym samym wprowadził, tak jak to obecnie czynimy, bezprawność formalną i materialną. Z tą dychotomią wiąże się też dwojaki rozumienie dobra prawnego, a raczej odróżnienie przedmiotu czynu, który faktycznie jest naruszany/narażany, od właściwego dobra prawnego, które jako czyste pojęcie naruszeniu/narażeniu ze swej natury nie podlega. Dobra prawne dla Liszta to jednak nadal prawnie chronione interesy, warunki egzystencji wspólnoty państwowej³⁸⁹.

³⁸⁶ K. Binding *Die Normen...*, s. 353

³⁸⁷ Tamże, s. 329.

³⁸⁸ F. Liszt, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, ZStW 1886, nr 6. s. 663–698.

³⁸⁹ Rozwój teoretycznych badań nad istotą dóbr prawnych i ich znaczeniem dla określenia pojęcia przestępstwa został gwałtownie przerwany w III Rzeszy. Pojęcie dobra prawnego z całym jego bagażem filozoficznym i ograniczeniami nakładanymi na prawodawcę było w oczywisty sposób nie do pogodzenia z zaostreniem i wulgaryzacją prawa karnego po 1933 r. W coraz większym zakresie zaczęto podnosić zarzuty przeciwko temu pojęciu, zwłaszcza wśród przedstawicieli tzw. szkoły kilońskiej. Istotnym, konstytutywnym momentem przestępstwa stało się według jej reprezentantów nie naruszenie dóbr prawnych, ale zła, wroga narodowi wola – „volksfeindliche Wille”, a więc znowu naruszenie obowiązków. O zaistnieniu

W Polsce podniesienie problematyki dobra prawnego następuje dopiero w pracach W. Woltera. Dobra prawne według niego to „przedmioty realne lub idealne, z którymi związane są pewne wartości społeczne, wobec czego też, znajdują się one pod ochroną karną”³⁹⁰. Zgadzał się również W. Wolter, że podstawą bezprawności czynu jest naruszenie przezeń, wbrew ustawie karnej, tego, co stanowi przedmiot jego ochrony z punktu widzenia ogólnych zadań społecznych. Podobna, należy zauważyć, że pod dość silnym wpływem doktryny niemieckiej, koncepcja dobra prawnego znalazła się także w piśmiennictwie innych wybitnych karnistów międzywojnia: W. Makowskiego, S. Śliwińskiego i E.K. Krzymuskiego³⁹¹. Dyskusję okresu powojennego, w nowych socjalistycznych realiach, zdominowała nauka radziecka. Stąd mowa o ogólnym przedmiocie zamachu (ochrony), jako stosunkach społecznych utrzymywanych w interesie klasy panującej, a także czasami w uzupełnieniu o szczególnym przedmiocie zamachu (ochrony), czyli interesach państwowych lub indywidualnych³⁹².

Współczesnej nauce prawa karnego mimo ciągłych prób

naruszenia, przestępstwa rozstrzygało natomiast zdrowe poczucie narodowe „gesundes Volksempfinden” i to w zupełności nazistowskiemu wyobrażeniu „sprawiedliwości” wystarczało. Jeżeli pojecie dobra prawnego w ogóle było używane, to jedynie w znaczeniu techniczno-systematyzującym. W żadnym razie wszakże nie mogło decydować o materialnej zawartości przestępstwa. Chęć odreagowania nazistowskiej „Nocy i mgły” spowodowała jednak, że po 1945 r. zainteresowanie problematyką dobra prawnego wybuchło z niespotykaną intensywnością.

³⁹⁰ W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, Kraków 1933, s. 81–82.

³⁹¹ Szerzej I. Andriejew, *Podstawowe pojęcia...*

³⁹² Tak np. I. Andriejew, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1970, s. 162 i n. – „Prawo karne chroni porządek stosunków społecznych, przy czym o treści klasowej tego porządku decyduje charakter władzy państwowej, a mianowicie, jaka klasa społeczna tę władzę sprawuje. (...) jest on ogólnym przedmiotem ochrony prawa karnego”; czy K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 22 – „podstawową funkcją prawa karnego jest funkcja ochronna stosunków społecznych zorganizowanych przez klasę panującą w państwie”; czy najdobitniej W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1970, s. 129 – „Ogólnym przedmiotem ochrony, wspólnym wszystkim przepisom określającym przestępstwa, są stosunki społeczne dogodne dla mas pracujących Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”.

podejmowanych w tym kierunku, nie udało się stworzyć jednej, w miarę przejrzystej definicji dobra prawnego, a tym samym osiągnąć zgody co do jego faktycznej użyteczności, jako wyznacznika treści i granic karnopravných regulacji³⁹³. „Dobro prawne” niewątpliwie weszło na stałe do podstawowego słownika terminów karnistycznych, ale w żadnym razie nie wydaje się przez to mniej enigmatyczne i kontrowersyjne niż takie centralne pojęcia prawa karnego, jak np. „czyn” lub „wina”. Posługujemy się nim często i dość sprawnie, choć nadal bez uchwycenia istoty, przywołując słynne stwierdzenie A. France – kroimy nieznaną z wprawą chirurgów³⁹⁴. Jeżeli jego konkretna treść jest jeszcze w miarę łatwa do wyobrażenia przy tradycyjnych wartościach jak życie, zdrowie, własność czy nietykalność cielesna, to dużo trudniej sprecyzować istotę bezpieczeństwa w komunikacji, dobra wymiaru sprawiedliwości czy porządku publicznego – czyli tzw. dóbr uniwersalnych, powszechnych, natomiast sytuacja interpretacyjna, zwłaszcza przeciętnego Kowalskiego, staje się już całkowicie beznadziejna przy obrocie pieniężnym lub ochronie środowiska naturalnego. Wraz z coraz dynamiczniejszym rozwojem cywilizacji pojawiają się nowe zagrożenia. Deficyt informacji, przede wszystkim zaś brak wiedzy co do wszystkich praw przyczynowych rządzących nowymi zjawiskami, coraz nowocześniejsze, potężniejsze, a tym samym groźniejsze środki techniczne powodują, że to, co chcemy

³⁹³ Zarówno w polskiej, jak i niemieckiej dogmatyce prawa karnego używa się różnorodnych określeń dobra prawnego: przedmioty, wartości, obiekty, stany, idee, stosunki, funkcje, interesy, wyobrażenia czy wartościowe jednostki funkcjonalne. Wyliczenie powyższe należy traktować jako przykładowe.

³⁹⁴ Na ogólne problemy z tworzeniem jednoznacznych definicji w prawie karnym wskazuje T. Kaczmarek, *Typizacja czynów społecznie niebezpiecznych a jego ustawowe znamiona*, [w:] tenże, *Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 40-lecia naukowej twórczości*, Warszawa 2006, s. 7: „...kontrowersyjność omawianej problematyki (...) zdaje się po prostu wynikać z braku metody włączania elementów podłoża społecznego w dogmatyczny opis zjawisk prawnych. (...) Dopóki więc ogólna teoria prawa (a tylko na gruncie ogólnej teorii, uwzględniającej dorobek wszystkich dyscyplin szczegółowych jest to możliwe) nie opracuje metody budowania pojęć materialnych w prawie, dopóty poszukiwania teoretyków prawa karnego, oparte na intuicji czy samowiedzy, przynosić będą w zakresie ustosunkowania elementów faktycznych (realnych) do normatywnych (idealnych), rozwiązania jednostronne, dyskusyjne, dalekie od postulatów czystości i precyzji metodycznej”.

chronić, określamy coraz bardziej mgliście, następuje proces tzw. dematerializacji pojęcia dobra prawnego³⁹⁵. Należy zauważyć, że w zależności od sposobu ujmowania danego dobra prawnego rozszerzeniu ulega sam zakres penalizacji. Poprzez inną formułę przedmiotu ochrony z łatwością (dodajmy – niepokojącą) przekształca się przestępstwa z narażenia w przestępstwa naruszenia, w odniesieniu do których znowu można sformułować przestępstwa z narażenia. Jeżeli idąc za przykładem wymienianym przez H.J. Hirscha³⁹⁶ przestępstwa oszustwa ubezpieczeniowego, zmienimy dobro prawne z mienia firmy ubezpieczeniowej w „niezakłócone funkcjonowanie sfery ubezpieczeniowej”, to z czynu stwarzającego niebezpieczeństwo abstrakcyjne (*sic!*) otrzymamy dokonanie naruszenia. Podążając dalej, można wyobrazić sobie następny etap – przestępstwo narażenia niezakłóconego funkcjonowania sfery ubezpieczeniowej na niebezpieczeństwo, i tak *ad infinitum*... Zdaje się, że przez podobną „żonglerkę” określaniem dobra prawnego można dowolnie przesuwac granice odpowiedzialności karnej wstecz od tego, co pierwotnie stanowiło naruszenie. Skoro w danym układzie odniesienia możliwe są tylko 3 fazy: naruszenie teraz, narażenie teraz oraz możliwość narażenia w przyszłości (potem można już tylko przyjmować owo potencjalne narażenie przy coraz niższym poziomie jego prawdopodobieństwa)³⁹⁷, to wystarczy zmienić układ odniesienia, aby ustawodawca wedle własnego uznania rozszerzał obszar objęty karnoprawnymi zakazami. Problem ten można rozwiązać, jedynie tworząc w miarę określony katalog dóbr prawnie chronionych.

Potrzeba takiego katalogu wyłania się jeszcze przy jednym zagadnieniu. Żadne dobro prawne nie egzystuje w próżni, nie da się wyekstrahować pojedynczego dobra, zapewniając jego najdalej idącą ochronę w oderwaniu od innych dóbr. Świat dóbr prawnych jest bowiem tak bogaty, zróżnicowany i pełen wzajemnych powiązań, że zbyt

³⁹⁵ Szerzej na wspomniany temat M. Krüger, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin 2000.

³⁹⁶ H.J. Hirsch, *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*, RPEiS 2002, nr 1, s. 1.

³⁹⁷ Fazy te odpowiadają uszeregowaniu przestępstw według odległości od spowodowania naruszenia dobra prawnego na przestępstwa polegające na naruszeniu dobra prawnego, następnie na narażeniu dobra prawnego na niebezpieczeństwo konkretne i na narażeniu na niebezpieczeństwo abstrakcyjne.

intensywna ochrona jednej z tych składowych musi doprowadzić do naruszenia innych dóbr. W systemie, gdzie działanie na korzyść jednego z elementów odbywa się nieuchronnie kosztem pozostałych, należy dla każdego z nich wyznaczyć granice dopuszczalnej i sensownej ochrony w celu zapewnienia jej maksymalnej efektywności. Limitem takim może być moment, w którym dane dobro prawne wchodzi w konflikt z innym dobrem hierarchicznie wyższym. Aksjologicznego uzasadnienie dla istnienia owej drabiny dóbr, przesłanki, jakimi należy się kierować przy zaszeregowaniu poszczególnych obiektów do wyższych lub niższych kategorii, należy szukać w przestrzeni pozaprawnej, podobnie jak odpowiedzi na pytanie o szanse sprecyzowania katalogu dóbr prawnych, jego niezależne od ustawodawcy istnienie oraz wewnętrzną systematykę. Odpowiedź może, choćby częściowo, dać odwołanie się do określonego sposobu rozumienia pojęcia dobra prawnego – tzw. uprzednio wyznaczonego dobra prawnego³⁹⁸.

W doktrynie prawa karnego od lat toczy się spór o subiektywny lub obiektywny, podporządkowany uznaniu prawodawcy i wobec niego wtórny czy przeciwnie – istniejący poza tym uznaniem, pierwotny charakter dobra prawnego. To pierwsze ujęcie zwykło się nazywać systemowo immanentnym dobrem prawnym, w odróżnieniu od właśnie uprzednio wyznaczonego lub systemowo transcendentnego dobra prawnego. Niektórzy autorzy, jak np. G. Jakobs, R. Honig, G. Stratenwerth czy H.J. Hirsch, poważnie kwestionują możliwość wyznaczania przez dobro prawne granic ustawodawcy i jakkolwiek jego użyteczność w zakresie racjonalizacji polityki kryminalnej. G. Jakobs twierdzi, że uzasadniająca karną ingerencję szkodliwość społeczna leży w zagrożeniu obowiązywania norm przez przestępstwo, a co za tym idzie – prawo karne gwarantuje nie bezpieczeństwo dóbr, ale obowiązywanie norm prawnych. „Kształt porządku, którego poważanie jest powinnością prawa karnego, nie jest definiowany przez wszystkie dobra i nie zawsze tylko przez dobra”³⁹⁹. Systemowo immanentne dobro prawne jest

³⁹⁸ W niemieckiej nauce prawa karnego istnieje podział na dobra uprzednio wyznaczone (*vorbestimmte Rechts güter*) oraz dobra systemowo immanentne (*systemimmanente Rechtsgüter*) zależnie od tego, czy ich źródeł poszukujemy w prawie stanowionym, czy w jakichś wartościach pozaprawnych, poprzedzających regulacje normatywne.

³⁹⁹ G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil 2*, s. 22: „Die Gestalt der vom Strafrecht zu schätzenden Ordnung wird nicht durch alle Güter definiert und

wyprowadzane z prawa pozytywnego, nie poprzedza go w takim sensie, w jakim określony system wartości obiektywnie istniejących może być jedynie przez prawodawcę recypowany, ale nigdy kreowany. Nie warunkuje treści normy prawnej. Z pewnością nie można mu z wyżej wymienionych względów przypisać funkcji limitującej. Jego podstawowa funkcja ogranicza się do zakresu wykładni celowościowej. Stanowi, jak pisze R. Honig, uznany przez ustawodawcę cel normy prawnej w jego najkrótszej formie⁴⁰⁰. Właściwe odkodowanie dobra prawnego pozwala lepiej zrozumieć zespół znamion danego typu czynu zabronionego, ułatwia wykładnię poprzez odwołanie się do myśli przewodniej przepisu, na podziale dóbr chronionych opiera się również systematyka kodeksu. Nie należy zaś pojęciu dobra prawnego przypisywać żadnych innych funkcji czy treści. Takie odcięcie się od całej filozoficznej nadbudowy i poszukiwań związków dobra prawnego z etycznymi wartościami wynika z konkretnych zarzutów przeciwko „metafizycznemu” sposobowi myślenia w prawie karnym. Przeciwnicy uprzednio wyznaczonego dobra prawnego zarzucają mu głównie jego „duchowość”, brak jednoznacznej definicji i rozmywanie się pojęcia. Podnoszą także, że w pewnych obszarach, zwłaszcza tych zorientowanych przyszłościowo nie da się regulacji prawnych uzasadnić ani ograniczyć do ochrony jakiegoś konkretnego dobra. Znaczącym jest tu przykład środowiska naturalnego, nad którym „pastwi” się G. Stratenwerth⁴⁰¹. Czy w wypadku tak

nicht stets nur durch Güter“.

⁴⁰⁰ „...vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtsätzen anerkannten Zweck in seiner kürzesten Formel“ – R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten. Teil I. Die Gesichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, Mannheim 1919, s. 94. R. Honig uważał za bezcelowe próby wyznaczenia jednego tożsamesgo dla wszystkich typów czynów zabronionych, a jednocześnie pełnego treści pojęcia dobra prawnego. Twierdził, że rozumiane pod tą nazwą wartości społeczne nigdy nie istnieją samodzielnie, do „życia” zaś budzi je dopiero ustawodawca, jako cele zawarte w normach prawnych. „Pojęcie przedmiotu ochrony jest w pewnym stopniu punktem zasadniczym, wokół którego oscyluje ocena bezprawności przestępnego działania. Ale właśnie, jako synteza, jest on przecież tylko wynikiem specyficznego, prawniczego formowania się pojęć” („Der Schutzobjektsbegriff ist gewissermaßen der Angelpunkt, um den sich die Unwertbedeutung des deliktischen Handelns dreht. Aber gerade als Synthese ist das Schutzobjekt doch nur ein Erzeugnis spezifisch juristischer Begriffsbildung”).

⁴⁰¹ G. Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, Kolonia 2000, s.

rozległego przedmiotu ochrony wiemy, co właściwie chronimy? Środowisko naturalne nie jest klasycznym dobrem, nawet jeżeli weźmiemy pod uwagę poszczególne jego elementy, jak gleba, woda czy powietrze. Nie chronimy przecież gleby ani wody, nie chronimy też procesów, które w nich następują, nie chronimy klimatu ani poszczególnych biotopów. Po prostu każde wyszczególnienie musi okazać się niewystarczające. Jeżeli chronimy to wszystko razem i jeszcze parę innych rzeczy, o których możemy tylko przypuszczać, że mogą mieć wpływ na równowagę ekologiczną (kolejne nieostre pojęcia), to jak możemy stwierdzić, które działania człowieka i jaki stopień ich intensywności jest już dla środowiska niebezpieczny oraz jakie działania powinny być zagrożone pod groźbą sankcji karnej.

Kolejnym argumentem przeciw materialnemu ujęciu dobra prawnego jest również to, że zdaniem jego adwersarzy, żadnemu z dóbr prawnych nie jest z góry przypisane to, iż z natury swej zasługuje ono lub nie zasługuje na prawnokarną ochronę. „Toteż w warunkach obecnie panujących przekonania prawo karne przekraczałoby swe granice, gdyby przewidywało karanie na przykład usiłowania samobójstwa lub samookaleczenia”⁴⁰². Pomijając fakt, że jest to raczej problem konfliktu dóbr (zdrowie człowieka a jego wolność i prawo do samostanowienia) a nie istnienia jakiś przedprawnych determinantów zachowań, to zwraca uwagę fakt, że autor, zaprzeczając ich istnieniu, sam się do nich odwołuje – „w warunkach obecnie panujących przekonania” – czyli to istnienie potwierdza. Dobra prawne, dodajmy – w ich systemowo transcendentnym ujęciu, są właśnie rezultatem pozytywnego wartościowania dokonywanego w danym okresie przez społeczeństwo, czymś, co do którego istotnej, elementarnej wartości jesteśmy przekonani.

Skoro rozmyte i kontrowersyjne pojęcie dobra prawnego uprzednio wyznaczonego⁴⁰³ nie pozwala uzyskać odpowiedzi na pytanie o przyczynę karania, przeciwnicy tego pojęcia podejmują próby wypracowania innych metod ograniczenia dowolności legislacji karnej. Podkreśla się, że kryteriów tych szukać można w postulatcie jedności systemu prawnego.

35 i n., w rodzimym porządku prawnym bynajmniej nie rozwiązuje problemu definicja legalna środowiska naturalnego zamieszczona w ustawie z 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska.

⁴⁰² H.J. Hirsch, *W kwestii aktualnego stanu...*, s. 6.

⁴⁰³ Należy zauważyć, że wiele z tych zarzutów dotyczy w równej mierze dobra systemowo immanentnego, które też przechodzi kryzys „dematerializacji”.

Normy należące do tego samego systemu nie powinny być względem siebie sprzeczne. Jedyne w ten sposób można zagwarantować unifikację ocen zachowań i znaleźć jedną miarę naganności⁴⁰⁴.

Część autorów, w tym m.in. H.J. Hirsch, odwraca natomiast zagadnienie, koncentrując się nie na dobru prawnym jako wyznaczniku kary, ale właśnie na samej karze. „To nie uprzednio wyznaczone przedmioty uzasadniają karanie, lecz legitymacja kary wskazuje chronione karaniem przedmioty ochrony. Punktem wyjścia jest kara, a nie pojęcie dobra prawnego”⁴⁰⁵. Argumentacja Hirscha jest następująca: kara, jako najbardziej radykalna ingerencja, powinna być stosowana dopiero wówczas, gdy wszelkie łagodniejsze środki zawiodą. Odpowiada to wynikającym z konstytucji i zaliczanym do filarów demokratycznego państwa prawnego zasadom obowiązującym przy jej stosowaniu, mianowicie zasadzie współmierności (proporcjonalności) oraz subsydiarności wspieranymi przez zasadę *ultima ratio* prawa karnego⁴⁰⁶. Nawiązanie do zasady proporcjonalności jest ze wszech miar słusznym i w sensownym rozwiązaniem, dlaczego jednak ma od razu oznaczać odcięcie się od nauki o dobrach prawnych, a zwłaszcza od przedprawnego rozumienia tych dóbr? Warto się zgodzić z postulatem nałożenia na ustawodawcę (w końcu racjonalnego) obowiązku sięgania po sankcję karną z rozmysłem, dopiero po gruntownym rozważeniu innych dróg zapewniających osiągnięcia celu, zbadania w pierwszej kolejności skuteczności środków społecznych, cywilnoprawnych bądź administracyjnych, traktowania zatem prawa karnego faktycznie jako „ostatniego argumentu królestwa”, ale niekoniecznie w opozycji do funkcji limitującej uprzednio wyznaczonego dobra prawnego. W zasadzie

⁴⁰⁴ Inna rzecz, że w powyższym ujęciu niesprzeczność oznacza zgodność z konstytucją, jako aktem najwyższej rangi. Konstytucja zaś (w demokratycznym państwie prawa) zazwyczaj zawiera odwołanie do podstawowych, przyrodzonych wartości wspólnoty ludzkiej determinujących prawo stanowione.

⁴⁰⁵ H.J. Hirsch, *W kwestii aktualnego stanu...*, s. 9 i n.

⁴⁰⁶ W doktrynie wymienia się obok wspomnianych również inne zasady konstytucyjne: zasadę wolności – *in dubio pro libertate*, rozumianą jako postulat do ustawodawcy, by w razie wątpliwości co do potrzeby karania określonych zachowań z karania rezygnował, czy zasadę tolerancji i ochrony godności człowieka, por. U. Neumann, I. Puppe, W. Schild, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden 1995, t. 1, Vor & 1, s. 43.

proporcjonalności można widzieć wynik rozważonego przy tworzeniu danego przepisu konfliktu dóbr, kryterium ograniczania ustawodawcy subsydiarne lub alternatywne, ale nie wyłączone. Brak kolizji zresztą między akceptacją koncepcji uprzednio wyznaczonego dobra prawnego a odesłaniami do zasad wyrażonych w konstytucji dostrzegł już C. Roxin. Poza tym powyższe zasady stanowią w rzeczywistości kryterium określenia zasięgu (pionowego i w pewnym stopniu też poziomego) penalizacji, a nie jej uzasadnienie, innymi słowy – mówią, jak chronić, ale nie, co chronić.

Specyficzne rozwiązanie w omawianej materii prezentują natomiast K. Buchała i A. Zoll. Ponieważ ich zapatrywania odnośnie do przedmiotu prawnokarnej ochrony są w większości punktów zbieżne, zostaną przedstawione łącznie. Przyjmują oni, iż warunkiem sprzeczności zachowania z normą sankcjonowaną jest naruszenie dobra prawnego lub zagrożenie temu dobru. Punktem odniesienia pozostaje więc dobro prawne, szczególny jest jednak sposób jego rozumienia. Otóż zabierając głos w dyskusji na temat systemowo transcendentnej lub immanentnej istoty owego pojęcia, dokonują w jego ramach rozróżnienia na dobro prawne (dla przejrzystości terminologicznej nazwijmy je dobrem prawnym właściwym) oraz dobro społeczne. To pierwsze jest efektem pozytywnego wartościowania przez ustawodawcę określonych stanów, rzeczy, zdarzeń czy idei, które jako warunek prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa uznaje on za „ważne, a czasem nawet niezbędne”. Zachowania wrogie wobec tych dóbr muszą być więc konsekwentnie wartościowane negatywnie, co znajduje odbicie w ich ustawowym zagrożeniu, z drugiej strony to, co nie zagraża dobru, nie może być przez ustawodawcę uznane za szkodliwe. Tak charakteryzowane dobra prawne (właściwe) odzwierciedlają sąd ustawodawcy, są po prostu oceną. „Wyrażenie tej oceny w normie podlega krytyce z punktu widzenia adekwatności oceny normatywnej do przyjętych przez ustawodawcę założeń (czy rzeczywiście ustawodawca powiedział to, co chciał powiedzieć) oraz z punktu widzenia trafności przyjętych założeń do realizacji ochrony dobra społecznego”⁴⁰⁷. Prawidłowość tej oceny umożliwia katalog istniejących w przestrzeni przedprawnej, niezależnych od prawa pozytywnego tzw. dóbr społecznych. Mają one charakter obiektywny, są pierwotnymi stanami,

⁴⁰⁷ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 124.

obiektami korzystnymi dla społeczeństwa, dobra prawne (właściwe) zaś ujęte w normach prawnych przedstawiają sobą zaledwie ich emanację. Widać tu chyba pewne nawiązanie do idei „ucieleśniania” F. Liszta. Reasumując: miejsce uprzednio wyznaczonego dobra prawnego zajmuje dobro społeczne. Mimo zmiany nomenklatury istota pojęcia pozostaje tożsama, pod pojęciem dobra prawnego (właściwego) kryje się dobro systemowo immanentne. Właściwą nowością jest to, że przyjęta konstrukcja zakłada obecność obu rodzajów dóbr naraz.

Odrzucenie systemowo transcendentnego dobra prawnego pozwala co prawda na usunięcie wielu problemów dogmatycznych, ale wyłącznie ich usunięcie, a nie rozwiązanie. Dobro prawne systemowo immanentne jest z pewnością pojęciem określonym, jasnym i wygodnym, lecz pustym. Ogranicza się do pomocnego w procesie wykładni motywu ustawodawczego, pozostając zupełnie bezużytecznym jako kryterium materialnej bezprawności. Poszukiwanie innych momentów bezprawność tę wyznaczających grozi albo popadnięciem w tautologię (dlatego jest bezprawne, bo ustawodawca to zawarł w przepisie, a dlatego zawarł to w przepisie, bo jest bezprawne), albo przypisywaniem nadmiernej roli zasadom, które nie dość, że nie rugują z nauki dóbr prawnych, to właśnie, jako ich uzupełnienie, stają się w pełni pomocne. Tak na przykład dzieje się, oprócz opisanej już zasady proporcjonalności, z zasadą *in dubio pro libertate*, którą usiłowano przenieść z płaszczyzny stosowania prawa na jego stanowienie, jako czynnik ograniczający kryminalizację. Dopiero odwołanie się obiektów, stanów czy idei, poprzedzających prawo pozytywne i respektowanych przez członków danego społeczeństwa, pozwala na uchwycenie materialnej zawartości bezprawia. Łączy ustalenie karygodności z konstytucją z jednej strony, a wymogami rzeczywistości społecznej z drugiej. Determinuje rozstrzygnięcia prawodawcy karnego nie tylko co do samej potrzeby ochrony, ale również sprawiedliwego i racjonalnego jej zasięgu. „Jeżeli naruszenie bądź też narażenie na niebezpieczeństwo dobra prawnego stanowi jądro ustalenia karygodności, to stopień tego naruszenia lub narażenia musi współdecydować o sądzie ustawodawcy w przedmiocie przesłanek i sposobu karalności (np. przesunięcie odpowiedzialności na przedpole...); w ten sposób zagrożenie karą skierowane przeciwko abstrakcyjnemu niebezpieczeństwu, jak mamy z tym do czynienia w nowoczesnym prawie gospodarczym lub ochrony środowiska, zakłada szczególnie wysoką jakość tak intensywnie chronionego dobra prawnego i szczególnie

wysoką potrzebę ochrony przed naruszeniami, a ustawodawca karny musi odpowiednio stopniować przesłanki i sposób karania, jeżeli chce kryminalizować obok naruszenia także narażenie dobra prawnego⁷⁴⁰⁸.

Tak ujęte dobra prawne nie funkcjonują oczywiście w przestrzeni fizycznej. Jeszcze raz trzeba stanowczo oddzielić przedmiot ochrony/zamachu od przedmiotu czynności wykonawczej⁴⁰⁹. Powstają one w procesie kształtowania się społecznych postaw i systemu wartości. Są relatywne względem nie tylko uwarunkowań historycznych, geograficznych czy kulturalnych, ale i np. ekonomicznych. Dóbr prawnych jako takich nie ma, zostają one wytworzone przez społeczeństwo, co nie ujmuje im ani obiektywności, ani rangi legislacyjnego kierunkowskazu dla prawodawcy. Źródła, z których można odkodować ich właściwą treść, ujmowane są jednak różnie.

Wśród zwolenników materialnej zawartości pojęcia ciekawie prezentują się poglądy C. Roxina. C. Roxin, odwołując się do owej konstytucji, starał się stworzyć pomost między prawem pozytywnym (do którego wszak należy ustawa zasadnicza) a „uprzednią wyznaczonością” dóbr prawnych. Jest to tzw. transpozytywna nauka o dobrach (*transpositive Güterlehre*). Społeczeństwo nie stanowi nieuporządkowanej sumy jednostek, ale posiada określoną strukturę instytucjonalną,

⁴⁰⁸ U. Neumann, I. Puppe, W. Schild, *Nomos Kommentar...*, Vor & 1: „Wenn Verletzung bzw. Gefährdung eines Rechtsguts der Kern der Strafwürdigkeitsbestimmung ist, dann muss der Grad der (abstrakten, konkreten) Gefährdung und Verletzung auch die Entscheidung des Strafgesetzgebers über Voraussetzungen und Modus der Strafbarkeit (Vorverlagerung der Strafbarkeit ins Vorfeld...) mitbestimmen; so setzt eine Strafdrohung gegen abstrakte Gefährdung, wie sie etwa im modernen Wirtschafts- und Umweltstrafrecht gang und gäbe ist, eine besonders hohe Qualität des so intensiv geschützten Rechtsguts und eine besonders hohe Schutzbedürftigkeit gegenüber Verletzungen voraus, und der Strafgesetzgeber muss Voraussetzungen und Modus der Strafbarkeit gerecht abstufen“.

⁴⁰⁹ Przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa kradzieży może być np. zegarek, podczas gdy przedmiotem ochrony (dobrem prawnym) pozostaje własność, w literaturze niemieckiej istnieje też inny podział, trójstopniowy, zaproponowany przez E. Schmidhäusera – wyróżnia on dobro prawne (*Rechtsgut*), przedmiot dobra prawnego (*Rechtsgutobjekt*) i przedmiot czynności wykonawczej (*Handlungsobjekt*); w przykładzie z zegarkiem odpowiadałyby im kolejno prawo własności, skonkretyzowane prawo własności przysługujące ofercie kradzieży do tego zegarka i zegarek

której pryncypia mniej lub bardziej dokładnie określa konstytucja. Na każdym z trzech etapów wykonywania władzy państwowej: ustanowienia przepisu karnego, wymierzenia kary i jej egzekucji, konstytucja pełni funkcję strażnika warunków niezakłóconego współżycia obywateli. Takie są przynajmniej założenia demokracji, a w myśl art. 20 II 2 niemieckiej ustawy zasadniczej „cała władza pochodzi od ludu” (*Demokratieprinzip*). Z konstytucji wynikać ma zasada, że prawo karne chroni jedynie dobra prawne oraz zapewnia pomoc publiczną w zakresie podstawowych środków egzystencji. Nowoczesne państwo nie jest legitymowane ani do ulepszania kondycji moralnej swych obywateli, ani wypełniania boskich lub transcendentnych celów. Dobrami prawnymi są takie stany, w których konkretyzacji ulegają nieodzowne przesłanki ludzkiej koegzystencji w każdorazowej historycznej sytuacji. Zaliczają się do nich życie, zdrowie, własność itp.⁴¹⁰ Treść dóbr prawnych może być precyzowana poprzez odwołanie się do konstytucji. Przeciwnicy podobnej koncepcji od razu zauważają, że ma on szanse powodzenia jedynie w wypadkach, gdy konstytucja zawiera odpowiedni katalog wartości, jak dowodzi jednak praktyka konstytucyjna niektórych krajów, nawet o starych tradycjach demokratycznych – warto zilustrować to twierdzenie przykładem Francji – nie zawsze musi tak być. K. Amelung zauważa, iż konstytucja tworzy przede wszystkim ramy organizacyjne dla życia wspólnoty, a nie ustala bezpośrednio, co jest dla niej słuszne i wartościowe. Podnosi też, że do przesłanek ludzkiego współżycia nie może należeć zakaz znęcania się nad zwierzętami, który jednak dla C. Roxina również wynika z ochrony dóbr prawnych (uzasadnienie norm zabraniających okrucieństwa w stosunku do zwierząt jest jednym z kluczowych problemów teorii uprzednio wyznaczonego dobra prawnego). Tak sformułowane dobro prawne może okazać się zbyt ciasne w stosunku do wymagań współczesnego prawa karnego.

Poglądy pozostałych przedstawicieli nauki o dobrach prawnych koncentrują się wokół zasadniczego podziału na tzw. nurt dualistyczny i

⁴¹⁰ C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, JuS 1966, s. 381: „Für unsere Thema bedeutet das im einzelnen, dass die in der jeweiligen historischen und sozialen Situation einer menschlichen Gruppe unerlässlichen Voraussetzungen gemeinsamer Existenz sich in einer Vielzahl werthafter Zustände konkretisieren, wie sie mit dem Leben, der Körperintegrität, der Freiheit der Willensbetätigung, dem Eigentum, kurz: den sogenannten Rechtsgütern, jedermann vor Augen stehen“.

monistyczny. Dychotomia ta jest wynikiem przyjętej typologii dóbr – związanej z możliwością dysponowania danym dobrem i np. zgodą pokrzywdzonego, jako okolicznością kontratypową: dobra powszechne to np. środowisko naturalne, bezpieczeństwo powszechne, niepodległość państwa... itp., dobra indywidualne natomiast to np. własność, do pewnego stopnia zdrowie (Cieślak przyjmuje nieco inny podział dóbr zależnie od rodzaju postępowania karnego – dobra ściśle indywidualne dochodzone w postępowaniu prywatnoskargowym, dobra ściśle społeczne – ścigane z oskarżenia publicznego, oraz dobra indywidualne i społeczne zarazem – publiczno skargowe, ale naruszające też w poważnym stopniu interes indywidualny, często ścigane na wniosek⁴¹¹). Wśród monistów zaznaczają się wyraźnie znowu dwa kierunki, których centralnym punktem jest albo człowiek, jako ostateczne źródło i przyczyna regulacji karnych, albo zbiorowość, sama bądź zorganizowana w państwo. Dobra prawne poszczególnych jednostek, takie jak życie czy zdrowie, można bowiem wywodzić z potrzeb społeczeństwa, uważając je za interesy ogółu albo państwa, stanowiące gwarancję optymalnych warunków trwania tych organizmów. Takie podejście do materialnej zawartości dóbr prawnie chronionych odnaleźć można u H.J. Rudolphiego⁴¹². Trzeba przyznać jego teorii, że dość zgrabnie pomaga ona rozwiązać sprzeczność między „uprzednią wyznaczonością” jako pewną wartością stałą a pojawianiem się nowych dóbr jako konsekwencji rozwoju cywilizacyjnego i piętrzenia się nowych zagrożeń. Natura dóbr nie jest bowiem w żadnej mierze statyczna, podobnie jak samo społeczeństwo, którego potrzebom dobra są funkcjonalnie podporządkowane. Życie społeczne stanowi żywy organizm dostosowujący się do zmieniających się uwarunkowań socjalnych i wypracowujący na ich gruncie odpowiednie zasady postępowania. Także przesłanki prawidłowej koegzystencji obywateli w zorganizowanym w państwo społeczeństwie

⁴¹¹ M. Cieślak, *Polskie prawo...*, s. 255 i n.

⁴¹² Zob. H.J. Rudolph, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriff*, [w:] *Festschrift für Richard Honig*, Getynga 1970, s. 151 i n. Sam autor twierdzi, że jego koncepcja tworzą nową, nadrzędną nad dobrem systemowo transcendentnym oraz immanentnym kategorię dóbr, które istnieją niezależnie od ustawodawcy, ale zarazem są tak samo użyteczne w procesie wykładni, jak dobra systemowo immanentne. W rzeczywistości jednak można chyba „jednostki funkcjonalne” Rudolphiego zaliczyć do dóbr uprzednio wyznaczonych.

nie tworzą uformowanych i zastygłych stanów, ale „żyjące jednostki funkcjonalne” (*lebendige Funktionseinheiten*⁴¹³), których ochrona jest celem prawa karnego. Realnym substratem dóbr prawnych jest zatem nie jakiś stan, ale funkcja w ramach społeczeństwa, „dobro prawne jest właśnie samą społeczną funkcją”⁴¹⁴. Tak rozumiane „jednostki funkcjonalne” znajdują swoje odzwierciedlenie w konstytucji jako wyrazie aktualnych wymogów społecznych, ale i odpowiadają transformacjom kulturowym czy historycznym. Tak wyrażonym tezom trudno zarzucić, co czyni się w odniesieniu do ponadindywidualistycznych wartościowań, że mogą stać się niebezpiecznym uzasadnieniem dla wszechwładzy państwowego prawodawcy.

Od pojawienia się w Niemczech neokantyzmu często przytaczanym źródłem dóbr istotnych dla społeczeństwa jest także dziedzictwo kulturowe danej społeczności. Dobra prawne zakorzenione są w przedpozytywnym systemie wartości kultury (*vorpositiven Wertsystem der Kultur*), opierają się na istniejących przekonaniach, tradycjach, zwyczajach, pozostają dobrami kulturalnymi społeczeństwa (*Kulturgüter*). Ich tworzenie i odkodowywanie następuje w procesie socjalizacji, w którym jednostki ze sobą współżyjące ustalają pewne wspólne im wartości i doprowadzają do ich uduchowienia – co oznacza przeniesienie ich na płaszczyznę przedprawną, duchową, abstrakcyjną. Jeżeli przyjąć mielibyśmy jednak koncepcję identyfikacji społecznej szkodliwości ze sprzecznością z normami kulturowymi, to należałoby znacznie rozszerzyć karalność zwłaszcza w obszarze dotyczącym kwestii moralnie kontrowersyjnych – np. powrócić do kryminalizacji homoseksualizmu. Poza tym we współczesnych państwach wielokulturowość i otwartość zdecydowanie utrudniają ustalenie, z jakim właściwie kręgiem kulturowym mielibyśmy do czynienia.

Na przeciwnym biegunie zapatrywań skupili się propagatorzy tzw. personalnej nauki o dobrach prawnych. M. Marx w swojej monografii *O definicji pojęcia „dobro prawne”* pisze, że doświadczenia okresu nacjonalizmu i brzmienie art. 1 konstytucji RFN jednoznacznie wskazują

⁴¹³ Występuje także określenie „wartościowe jednostki funkcjonalne” – „werthafte Funktionseinheiten”.

⁴¹⁴ Tamże: „Denn das Rechtsgut ist gerade die soziale Funktion selbst und nicht nur etwas, dessen Dasein in der Wirklichkeit in einem »In-Funktion-Sein« besteht“ („Ponieważ dobro prawne jest właśnie samą społeczną funkcją, a nie tylko czymś, czego byt w rzeczywistości polega na »byciu-w-funkcji«”).

na fundamentalne znaczenie godności ludzkiej. Cechą charakterystyczną tej koncepcji jest krańcowy antropocentryzm. Podporządkowuje on dobra powszechne dobrom indywidualnym, w rzeczywistości za tzw. dobrami ogółu kryje się bowiem zawsze interes, korzyść dla pojedynczego człowieka. Dobra takich agregatów, jak państwo czy społeczeństwo, samodzielnie nie istnieją. Miarą dóbr pozostaje jednostka. „Jedynym możliwym celem samym w sobie, któremu powinno ze swojej strony służyć państwo, porządek prawny, obrót gospodarczy etc., jest, według naszego poglądu, człowiek”⁴¹⁵. Dobrami prawnymi są przedmioty⁴¹⁶, które umożliwiają człowiekowi jego samorozwój. Odpowiednio podstawowy cel prawa karnego stanowi zagwarantowanie człowiekowi jego swobodnego rozwoju. Teoria ta, choć wydaje się przekonująca jako zgodna z propagowanym zainteresowaniem prawa karnego człowiekiem, a nie tylko czynem, ma jednak jeden słaby punkt. Nie można za jej pomocą uzasadnić kryminalizacji wspomnianych wcześniej czynów znęcania się nad zwierzętami. Chociaż wszyscy zgadzamy się z podobnymi zakazami, nie tworzymy ich przecież z uwagi na wydumaną konstrukcję ochrony „ludzkiego współczucia wobec cierpień zwierząt”, ale ponieważ uważamy zwierzęta za istoty na tyle już rozwinięte, czujące, a więc i zdolne do cierpienia, że narażanie ich na niepotrzebny ból oceniamy negatywnie. Motywem legislacyjnym w żadnym wypadku nie jest tu człowiek. Prawo karne jak widać chroni już nie tylko człowieka, ale i do pewnego stopnia również inne istoty żywe (podobnie można uzasadnić ochronę środowiska naturalnego jako ochronę wszystkich istot żywych i również przy jej uzasadnianiu czysty antropocentryzm zdecydowanie nie wystarcza).

Jeszcze bardziej zacieśnia zasięg ochrony prawa karnego W. Hassemer. Zalicza się on do najważniejszych obrońców systemowo transcendentnego (określanego jako systemowo krytyczne) dobra prawnego. „To kryterium (ochrony dóbr prawnych – przyp. D.G) udaremnia ustawodawcy możliwość niekontrolowanego »rządzenia się«

⁴¹⁵ M. Marx, *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“*, Kolonia 1972, s. 81: „...der einzig mögliche Selbstzweck, dem Staat, Rechtsordnung, Wirtschaftsordnung, etc. ihrerseits zu dienen haben, ist nach unserer Auffassung der Mensch“.

⁴¹⁶ M. Marx podkreśla, że tylko pojęcie przedmiot, w oryginale *der Gegenstand* mieści w sobie wszystkie obiekty ochrony, zarówno fizyczne, jak i niematerialne.

w wyborze norm i karnoprawnej regulacji obowiązków określonych zachowań. Powinien on być raczej związany treściowym miernikiem swojego działania, a jego działanie winno też móc być według tej skali mierzone: prawnokarny zakaz lub nakaz jest tylko wtedy usprawiedliwiony, kiedy chroni ludzki interes odznaczający się jakością dobra prawnego prawa karnego⁴¹⁷. Dobra prawne prawa karnego ograniczają się do przedmiotów ochrony tzw. rdzennego prawa karnego (*Kernstrafrecht*), czyli przepisów znajdujących się w niemieckim kodeksie karnym już z chwilą jego wejścia w życie w 1871 r. Takie ograniczenie wynika z akceptowanej przez W. Hassemera liberalnej koncepcji państwa i modelu umowy społecznej. Prawa podmiotowe zagwarantowane jednostce przez ową umowę stanowią punkt wyjścia dla wyznaczenia katalogu dóbr prawnych.

Podsumowując nasze dotychczasowe uwagi na temat dobra prawnego jako czynnika uzasadniającego objęcie pewnych zachowań hipotezą przepisu karnego, możemy pokusić się o następujące twierdzenie: jedynie sięgnięcie do płaszczyzny metaprawnej może zapewnić zgodne z postulatami sprawiedliwości, proporcjonalności oraz zasadą *nullum crimen sine periculo socialii*⁴¹⁸ karanie wyłącznie tych czynów, które naruszają lub narażają na niebezpieczeństwo pewne uznane społeczne wartości. „Chcąc uzyskać prawidłową odpowiedź na pytanie, co jest zakazane, należy przyjąć punkt odniesienia poza prawem, zwracając się do podłoża społecznego norm prawa karnego⁴¹⁹. Metodologiczno-formalne czy też inaczej systemowo immanentne dobro

⁴¹⁷ W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt nad Menem, 1973, cyt. za: U. Neumann, I. Puppe, W. Schild: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch Vor & 1*: „Dieses Kriterium will verhindern, dass der Strafgesetzgeber bei der Auswahl der strafbewehrten Normen und der strafrechtlichen Bestimmung von Verhaltenspflichten frei schalten und walten kann. Vielmehr soll er an einen inhaltlichen Maßstab seines Handelns gebunden sein, und sein Handeln soll an diesem Maßstab auch gemessen werden können: Ein strafrechtliches Verbot oder Gebot ist nur dann gerechtfertigt, wenn es ein menschliches Interesse schützt, welches die Qualität eines strafrechtlichen Rechtsgut hat“.

⁴¹⁸ Naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo stanowi jeden z warunków społecznego niebezpieczeństwa czynu – por. art. 115 k.k.. W myśl art. 1 § 2. k.k. „Nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma”.

⁴¹⁹ T. Kaczmarek, *Typizacja czynów społecznie niebezpiecznych...*, s. 8

prawne pozbawia nas tej możliwości. Całkowite odcięcie się od polityczno-społecznych uwarunkowań aksjologii prawa karnego na rzecz wygodnego formalizmu przeczy nawet zdrowemu rozsądkowi. Przecież najpierw występuje pewne społeczne wartościowanie, a dopiero potem stanowi się przepisy. Prawo karne nie jest celem samym w sobie⁴²⁰. Poza tym to uprzednio wyznaczone dobra prawne dają podstawę do określenia granic potrzebnej i sensownej ochrony, stanowią teoretyczne uzasadnienie jej rozszerzania na przedpole czynu zabronionego (a to właśnie w odniesieniu do przestępstw z narażenia stanowi przedmiot naszego zainteresowania), a zarazem pełnią w stosunku do prawodawcy karnego funkcję limitującą, określając nie tylko, co ma chronić, ale również z uwagi na pozostałe dobra, w jakim stopniu i w jaki sposób. Jak to ujął lapidarnie C. Roxin – „dobra prawne doświadcza podwójnej ochrony: przez prawo karne i przed prawem karnym”⁴²¹. Pojęcie to nie rozwiązuje z pewnością wszystkich problemów (wspomniane trudności z ochroną środowiska naturalnego czy znęcaniem się nad zwierzętami⁴²²), umożliwia jednak (i wyznacza potrzebę) krytyczne spojrzenie na cele prawa karnego, kierunki jego rozwoju, stanowi platformę, bazę dla racjonalnej dyskusji nad kryteriami penalizacji.

⁴²⁰ „Nie ma w systemie prawa karnego (a w każdym razie być nie powinno) takich norm sankcjonowanych (...) które nie chroniłyby żadnego dobra prawnego. Jeżeli norma taka (np. na skutek błędu ustawodawcy) została ustanowiona, to w istocie byłaby zbędna...” – J. Giezek, [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne...*, s. 25

⁴²¹ C. Roxin, *Sinn und Grenzen...*, s. 382.

⁴²² Niemieccy teoretycy prawa karnego dodają do tego jeszcze kazirodztwo między dorosłym rodzeństwem, tworząc swoistą triadę przepisów, problematycznych z punktu widzenia systemowo transcendentnego pojęcia dobra prawnego. Problem w wypadku kazirodztwa między dorosłym rodzeństwem polega na ochronie właściwie jedynie pewnej uświęconej tradycją normy etycznej i to wbrew np. prawu pełnoletniego człowieka do samostanowienia w sferze seksualnej. Motyw np. ochrony gatunku przed genetyczną degradacją jawi się tu jako nieprzekonujący, po pierwsze z uwagi na istnienie kontroli urodzeń, po drugie – ponieważ szczególnie brzydko nawiązuje do planów eugenicnych.