

I. ARTYKUŁY

HANS JOACHIM HIRSCH

W KWESTII AKTUALNEGO STANU DYSKUSJI O POJĘCIU DOBRA PRAWNEGO*

I.

Do klasycznych tez nauki prawa karnego należy twierdzenie formułowane w wstępie wielu rozważań poświęconych części ogólnej prawa karnego, że powinno ono ograniczać się do ochrony dóbr prawnych ze swej istoty uprzednio mu wyznaczonych (inhaltlich vorbestimmte Rechtsgüter). Pojęcie dobra prawnego jest dla ustawodawcy kryminalno-polityczną wskazówką dyktującą mu decyzje co do tego, jakie zachowania powinien uznać za karalne, jakie natomiast powinien pozostawić jako bezkarne. W dyskusji toczącej się w tej kwestii aktualnie w Niemczech nawiązuje do tego Claus Roxin, spostrzegając jednak, iż trzeba przedrzeć się przez dżunglę wielu spornych kwestii, aby przytoczone wyżej stwierdzenie miało trwały i dostatecznie przejrzysty sens¹. Günther Jakobs i Michael Köhler, podobnie jak już wcześniej Knut Amelung, podchodzą do tej kwestii z dystansem². Autorzy ci odrzucają pojęcie uprzednio wyznaczonego dobra prawnego i przypisują mu tylko rolę czynnika mającego systemowo immanentne znaczenie w procesie wykładni prawa pozytywnego. Günter Stratenwerth idzie jeszcze dalej, odmawiając pojęciu dobra prawnego jakiegokolwiek przydatności, w szczególności w odniesieniu do dziedzin zorientowanych przyszłościowo, jak ochrona środowiska naturalnego³. Winfried Hassemer – odwrotnie – chce, aby granice prawa karnego były wyznaczane przez pojęcie przed-prawnokarnego personalnie zorientowanego dobra prawnego (vorstrafrechtlicher personaler Rechtsgutsbegriff)⁴. Tej fundamentalnej dyskusji towarzyszy

* Poniższy tekst został wygłoszony jako wykład w dniu 31 maja 2001 r. na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz w dniu 7 lipca 2001 r. na Uniwersytecie im. Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie. Z języka niemieckiego przetłumaczył: Igor B. Nestoruk (m.iur.comp. – Bonn) z udziałem prof. dr. hab. Andrzeja J. Szwarca i prof. dr. hab. Andrzeja Wąska.

¹ C. Roxin, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, wydanie 3, Monachium 1997, § 2 nb. 1.

² G. Jakobs, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, wydanie 2, Berlin-Nowy Jork 1991, 2/22 i n.; M. Köhler, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Berlin 1997, s. 24 i n.; K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt nad Menem 1972, s. 340, 350, 393 i n. Por. również dalsze odesłania do literatury w przypisie 33.

³ G. Stratenwerth, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1993, s. 679, 692 i n.; tenże, *Zum Begriff des „Rechtsgutes”*, w: A. Eser, U. Schittenhelm, H. Schumann (red.), *Festschrift für Theodor Lenckner*, Monachium 1998, s. 377, 388 i n.

⁴ W. Hassemer, w: L. Philipps, H. Scholler (red.), *Jenseits des Funktionalismus*, Heidelberg 1989, s. 85 i n.; tenże, w: *Alternativkommentar StGB*, Neuwied 1990, przed § 1 nb. 274 i n. oraz w: *Nomos Kommentar StGB*, Baden-Baden 1995, przed § 1 nb. 274 i n.; tenże, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1992, s. 378, 383; tenże, *Warum und zu welchem Ende strafen wir?*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1997, s. 316, 320. Por. także M. Marx, *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut”*, Kolonia-Berlin 1972, s. 24 i n., s. 62. Przegląd podejmowanych dotąd prób sformułowania immanentnie systemowego pojęcia dobra prawnego przytacza S. Emm. Kareklas, *Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht*, Tübingen 1990, s. 58 i n.

tendencja rozmywania pojęcia dobra prawnego przejawiająca się w tym, iż zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze wskazuje się coraz to nowe uniwersalne dobra prawne (Universalrechtsgüter), a więc ponadindywidualne dobra prawne ogółu (überindividuelle Rechtsgüter der Allgemeinheit)⁵. Powszecznie wskazuje się, że obok mienia pewne uniwersalne dobra prawne chronione są na przykład niektórymi nowymi regulacjami prawa karnego gospodarczego (Wirtschaftsstrafrecht). W przypadku tzw. oszustwa subwencyjnego mówi się więc o ponadindywidualnym dobru prawnym, jakim jest „instytucja subwencji jako instrument sterowania gospodarką przez państwo i realizowania za jej pomocą celów polityczno-gospodarczych” („Institution der Subvention als Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung und den mit ihr verfolgten wirtschaftspolitischen Zielsetzungen”)⁶, a w przypadku oszustwa ubezpieczeniowego – o „społecznej użyteczności sfery ubezpieczeniowej” („soziale Leistungsfähigkeit des Versicherungswesens”)⁷. W obszarze prawnokarnej ochrony środowiska naturalnego (Umweltstrafrecht) wskazuje się ogólnie „środowisko” („Umwelt”) albo „wodę, powietrze i ziemię” („Wasser, Luft und Boden”) jako chronione dobra prawne⁸. W prawie o ruchu drogowym chronione dobro prawne jest określane sformułowaniem: „bezpieczeństwo w komunikacji drogowej” („Sicherheit des Straßenverkehrs”)⁹. Natomiast w przypadku większości form prania brudnych pieniędzy chronione dobro prawne wskazywane jest przez część doktryny po prostu określeniem: „wewnętrzne bezpieczeństwo” („Innere Sicherheit”)¹⁰.

II.

Pojęcie dobra prawnego zawdzięcza swoją genezę dążeniom do ustalenia w ten sposób granic prawa karnego. Początki wiązać należy więc z próbami sformułowania materialnej definicji przestępstwa. Niemiecki twórca nauki o pojęciu dobra prawnego Johann Michael Franz Birnbaum pisał

⁵ Problematykę tą omówiono szeroko w opublikowanej niedawno monografii autorstwa M. Krügera, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin 2000, s. 15 i n., s. 20 i n.

⁶ Por. uwagi do § 264 niemieckiego kodeksu karnego: T. Lenckner, w: A. Schönke, H. Schröder, *StGB*, wydanie 26, Monachium 2001, § 264 nb. 4; K. Tiedemann, w: *Leipziger Kommentar zum StGB*, wydanie 11, Berlin-New York 1997, § 264 nb. 11; K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, wydanie 23, Monachium 1999, § 264 nb. 1 (autor ten pisze o „interesie ogółu w skutecznym wspieraniu gospodarki przez państwo”; por. także wskazaną tam literaturę).

⁷ Por. K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch...*, op. cit. § 265 nb. 1; H. Tröndle, T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, wydanie 50, Monachium 2001, § 265 nb. 2. Co do § 265 niemieckiego kodeksu karnego w brzmieniu przed wejściem w życie 6 Ustawy o reformie niemieckiego kodeksu karnego z 1998 r. por. szereg dalszych odwołań do piśmiennictwa: K. Tiedemann, w: *Leipziger...*, op. cit., § 265 nb. 6, uwaga 11.

⁸ Przeważnie mowa ogólnie o „wodzie, powietrzu i ziemi”. Por. P. Cramer, w: A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, wydanie 26, Monachium 2001, przed § 324 nb. 8; J. Steindorf, w: *Leipziger Kommentar zum StGB*, wydanie 11, Berlin-New York 1997, przed § 324 nb. 15 i n. (por. także wskazana tam literatura).

⁹ Por. BayOblLG, „Neue Juristische Wochenschrift” 1968, s. 1732, 1733; K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., § 316 nb. 1; H. Tröndle, T. Fischer, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., § 316 nb. 2 z § 315c nb. 2.

¹⁰ Por. S. Barton, *Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)*, „Strafverteidiger” 1993, s. 156; H. H. Körner, E. Dach, *Geldwäsche*, Monachium, 1994, s. 13. Zdaniem tych autorów ujęte w § 261 niemieckiego Kodeksu karnego znamię „udaremniania” ma wprawdzie służyć ochronie wymiaru sprawiedliwości, poza tym chronione jest tutaj jednakże dobro o charakterze uniwersalnym: bezpieczeństwo wewnętrzne.

w swoim fundamentalnym artykule z 1834 r.¹¹: „Jest zresztą rzeczą naturalną, iż poza ... *pozytywnym* prawnym pojęciem przestępstwa musi istnieć także jego *naturalne* pojęcie... Przez *naturalne* pojęcie przestępstwa rozumie się to, co wskazuje zachowania, które zgodnie z *naturą prawa karnego* są w społeczeństwie obywatelskim rozsądnie traktowane jako karalne, o ile daje się to ująć jednym wspólnym określeniem”. Dalej czytamy: „Jeżeli chceć postrzegać przestępstwo jako naruszenie czegoś, to musi odnosić się ono odnosić naturalnie nie do prawa, lecz do jakiegoś *dobra*”. Nie może ulegać wątpliwości, że owe dobra, dane człowiekowi po części już przez naturę, częściowo w rezultacie społecznej ewolucji, korzystanie z których zagwarantowane jest w państwie wszystkim na równych zasadach w sferze praw każdej jednostki, leżą u podstaw klasyfikowania określonych czynów jako przestępstw¹².

To pojęcie przed-prawnokarnego dobra prawnego, określane dzisiaj także jako systemowo transcendentne (systemtranszendent) i przeciwstawiane systemowo immanentnej (systemimmanent) funkcji pojęcia dobra prawnego wyprowadzanego z prawa pozytywnego, dwukrotnie w minionym stuleciu skupiało na sobie w Niemczech szczególną uwagę. Najpierw, w latach 30-tych, w związku ze sporem z tzw. kilońskim kierunkiem narodowo-socjalistycznym. Przedstawiciele tego kierunku odrzucali pojęcie dobra prawnego, i to generalnie, jako koncepcję liberalistyczną. Zamiast tego przestępstwo ujmowano jako naruszenie obowiązku. Zgodnie z tym ujęciem prawo karne powinno służyć nie ochronie dóbr prawnych, lecz ochronie wartości określanych wówczas mianem „zdrowego poczucia narodowego” („*gesundes Volksempfinden*”). Pojęcie dobra prawnego i wyznaczanie w ten sposób prawa karnemu jego granic kierunek kiloński uznawał za przeszkody zakłócające funkcjonowanie narodowo-socjalistycznego prawa karnego opartego na przekonaniach i lojalności¹³. Nauka o dobrach prawnych została wtedy – jak wiadomo – obroniona, przy czym wśród jej obrońców znajdowali się zarówno zwolennicy pozasystemowego, jak również wyłącznie systemowo immanentnego pojęcia dobra prawnego¹⁴.

Po raz drugi nauka o dobrach prawnych znalazła się w centrum uwagi na początku lat 70-tych, w związku z reformą prawnokarnej regulacji przestępczości w dziedzinie seksualnej (*Sexualstrafrecht*). Zniesienie karalności stosunków homoseksualnych między osobami dorosłymi, sodomii, kuplerstwa i podobnych zachowań uzasadniano brakiem naruszenia w tych przypadkach jakiegokolwiek dobra prawnego. Nikt nie jest poszkodowany takimi

¹¹ J. M. F. Birnbaum, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechen*, „Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge” 1834, s. 149.

¹² Bliżej o początkach pojęcia dobra prawnego: P. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut”*, Bazylea 1962; K. Amelung, *Rechtsgüterschutz...*, op. cit., s. 38 i n., s. 43 i n. oraz ostatnio F. Neubacher, *Materieller Verbrechensbegriff und Rechtsgutsverletzung – Die Rechtsgüterlehre J.M.F. Birnbaums (1797 - 1877) und die moderne Strafrechtsschule*, „Jura” 2000, s. 514 i n.

¹³ Bliżej o „kierunku kilońskim” por.: R. Maurach, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, wyd. 2, Karlsruhe 1958, s. 117, 169; K. Amelung, *Rechtsgüterschutz...*, op. cit., s. 228 i n.

¹⁴ Por. w szczególności: E. Schwinge, L. Zimmerl, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn 1937, s. 60 i n.; E. Mezger, *Die Straftat als Ganzes*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1938, s. 675 i n.; K. Klee, *Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung*, „Deutsches Strafrecht” 1936, t. 3, s. 1 i n.

czynami; chodzi o czyny sprzeczne wyłącznie z moralnością, które wobec braku naruszenia jakiegoś dobra prawnego nie mogą być uznane za karalne¹⁵. Te spośród przepisów karnych dotyczących przestępczości w sferze seksualnej, które pozostawiono w kodeksie karnym, jak na przykład przepisy dotyczące seksualnego wykorzystywania nieletnich, więźniów i chorych, są od tej pory ujęte w rozdziale zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko samostanowieniu w sferze seksualnej” („Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung”), tzn. są ujęte jako delikty przeciwko wolności¹⁶.

Jak już wspomniano, pojęcie uprzednio wyznaczonego dobra prawnego uznawane jest aktualnie za obowiązujące przez przedstawicieli szkoły frankfurckiej, w szczególności przez Winfrieda Hassemmera. Chodzi im tutaj o to, że prawo karne powinno ograniczać się tylko do tzw. rdzennego prawa karnego (sogenanntes Kernstrafrecht), którym objęte są jedynie bezpośrednio lub pośrednio chronione interesy jednostki¹⁷. Krytykuje się w związku z tym zjawisko stałego zwiększania się w kodeksie karnym liczby przepisów karnych: począwszy od regulacji prawa karnego gospodarczego, poprzez regulacje prawa karnego ochrony środowiska naturalnego, aż po niektóre regulacje służące zwalczaniu zorganizowanej przestępczości¹⁸.

III.

Pojawia się jednak pytanie, czy istnieje w ogóle takie pojęcie dobra prawnego, które wyznacza prawu karnemu jego treściowe granice, czy więc nie należałoby może przyznać jednak rację krytykom tego pojęcia. Pojęcie dobra prawnego było krytykowane już wcześniej. Wtedy chodziło wszakże o powody, które dzisiaj nie mogą być już jednak akceptowane. W XIX w. głosy sprzeciwu podnoszone były przede wszystkim przez wyznawców Hegla. Christian Reinhold Köstlin pisał na przykład, że przestępstwem atakowane są nie dobra prawne pojedynczych osób, lecz państwo jako całość¹⁹. W warunkach takiego odwrócenia problemu nie było potrzeby odwoływania się do pojęcia dobra prawnego, które wskazywałoby państwu jego zadania w tym względzie. Ten sposób postrzegania stosunku między państwem a jednostką nie odpowiada już jednak dzisiejszym zapatrywaniom.

Pojęcie przed-prawnokarnego dobra prawnego określające granice prawa karnego było nieprzydatne także dla pozytywizmu prawnego na przełomie XIX i XX wieku. Karl Binding pisał wtedy, że państwo jest władne rozstrzygać według swego „wizimisię” „za co i jak karać” („wo er strafen

¹⁵ Bliżej o tej kwestii por. C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., § 2 nb. 3. Por. także: *Alternativentwurf (AE) eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Sexualdelikte. Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand. Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe*, Tübingen 1968, s. 9, passim.

¹⁶ Por. zmieniony w 1973 r. tytuł rozdziału 13 niemieckiego Kodeksu karnego (§§ 174 i n.), który poprzednio brzmiał „Zbrodnie i występki przeciwko obyczajności”.

¹⁷ Por. W. Hassemmer, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1992, s. 378, 379, 383; tenże, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg 1994, s. 20 i n.; tenże, *Warum und zu welchem Ende strafen wir?*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1997, s. 316, 320.

¹⁸ Przegląd zasadniczych problemów por. w: M. Krüger, *Die Entmaterialisierungstendenz...*, op. cit., s. 20 i n., 119 i n.; por. także wskazana tam literatura.

¹⁹ C. R. Köstlin, *System des deutschen Strafrechts*, Allg. Teil, Tübingen 1855, s. 27.

will und wie er strafen will")²⁰. Dobro prawne w zmienionym prawnopozytywnym ujęciu tego ogólnie systemowo immanentnego (metodycznego) pojęcia ma znaczenie tylko dla wykładni prawa pozytywnego. Nie do zaakceptowania jest jednak dzisiaj przekonanie, że obojętna jest jakakolwiek legitymacja uprawniająca państwo do karania i dlatego przekonanie takie nie może też przemawiać przeciwko przypisywaniu pojęciu dobra prawnego jego limitującej funkcji. Jeszcze przedmiotem dalszych rozważań będzie kwestia, czy wbrew temu – zgodnie z dominującymi zapatrywaniem formułowanymi w doktrynie i orzecznictwie – należy więc zaakceptować systemowo immanentną funkcję pojęcia dobra prawnego²¹.

Gdy podejmuje się dzisiaj problematykę pojęcia uprzednio wyznaczonego dobra prawnego, to na akceptację może z pewnością liczyć ukryte za tym dążenie do tego, aby w ten sposób zapobiec rozszerzaniu granic prawa karnego. Pojawia się jednak pytanie, czy operowanie dobrami prawnymi jest właściwym punktem wyjścia dla urzeczywistnienia takich dążeń. Wcześniej dla Johanna Michaela Franza Birnbauma a dzisiaj dla Winfrieda Hassemera fundamentem w omawianej kwestii jest model umowy społecznej (Modell des Sozialvertrags)²². Z modelu tego wyprowadza się limitującą funkcję uprzednio wyznaczonych dóbr prawnych. W tym ujęciu przestępstwo jest naruszeniem wolności jednostki zagwarantowanej umową społeczną. Jednak już Johann Michael Franz Birnbaum odkrył, a Winfried Hassemer zwrócił uwagę na okoliczność, że obok wolności gwarantowanych w ten sposób jednostce istnieją także interesy ogółu – jak np. wymiar sprawiedliwości – których uzasadniona prawnokarna ochrona jest poza dyskusją²³. W postulowanym przez Winfrieda Hassemera rzekomym „rdzennym prawie karnym” (angebliches „Kernstrafrecht”) chodzi praktycznie o te przepisy karne, które znajdowały się w niemieckim kodeksie karnym już z chwilą jego wejścia w życie w 1871 r. Jeśli prawnokarna ochrona ponadindywidualnych interesów jest zasadniczo w ogóle możliwa, czego nikt nie kwestionuje, to katalog przepisów chroniących te interesy nie ogranicza się jednak do tych tylko, które obowiązywały w tamtym momencie i jest on w zasadzie tak samo otwarty, jak katalog przepisów chroniących dobra indywidualne²⁴.

Żadnemu z interesów ogółu (Gemeinschaftsinteressen) nie jest z góry przypisane, iż z natury swej zasługuje albo też nie zasługuje on w określo-

²⁰ K. Binding, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, Monachium 1915, s. 93.

²¹ Zob. dalsze uwagi w części IV.

²² Por. J. Michael F. Birnbaum, *Über das Erfordernis...*, op. cit., s. 175 i n.; W. Hassemer, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1992, s. 378, 379.

²³ Podczas, gdy Johann Michael Franz Birnbaum (*Über das Erfordernis...*, op. cit., s. 178) mówił ogólnie o zbrodniach przeciwko ogółowi („Gemeinwesen”), u Winfrieda Hassemera czytamy konkretnie o deliktach podpalenia i deliktach przeciwko wymiarowi sprawiedliwości; por. w szczególności W. Hassemer, w: *Alternativkommentar...*, op. cit., przed § 1 nb. 274 i n. oraz w: *Nomos Kommentar...*, op. cit., przed § 1 nb. 274 i n.; tenże, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1992, s. 378, 383.

²⁴ H. J. Hirsch, *Prawo karne i proces karny wobec nowych form i technik przestępczości*, w: H. J. Hirsch, P. Hofmański, E. W. Plywaczewski, C. Roxin (red.), *Prawo karne i proces karny wobec nowych form i technik przestępczości*, Białystok 1997, s. 37; M. Krüger, *Die Entmaterialisierungstendenz...*, op. cit., s. 74 i n., 170. Por. ponadto O. Triffterer, *Die Rolle des Strafrechts beim Umweltschutz in der Bundesrepublik Deutschland*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1979, s. 309, 335; D. Meurer, *Umweltschutz durch Umweltstrafrecht?*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1988, s. 2065, 2067.

nych okolicznościach na prawnokarłą ochronę. Tak jest również w przypadku dóbr prawnych jednostki (Rechtsgüter der Person), jak życie, zdrowie czy własność, których uznanie za prawnokarłnie chronione dobra prawne nie przesądza jeszcze zakresu usprawiedliwionej karalności. Toteż w warunkach aktualnie panujących przekonania prawo karne przekraczałoby swe granice, gdyby przewidywało karanie na przykład usiłowania samobójstwa lub samookaleczenia²⁵ albo uszkodzenia własnych rzeczy. Pojęcie dobra prawnego jest niewystarczająco użyteczne jako kryterium legitymujące penalizację, jeśli uwzględnia się również okoliczność, że pojawia się przeciw pytanie o to, o czyje dobro prawne chodzi. Prawnokarłnie chronione jest więc nie jakiegokolwiek życie czy własność, lecz cudze życie i cudza własność. Zresztą również w przypadku cudzych indywidualnych dóbr prawnych nie ma bynajmniej ich totalnej ochrony prawnokarłnej, jak np. w wypadku tylko krótkotrwałego korzystania z cudzej własności.

Zarówno w przypadku odwoływania się do modelu umowy społecznej, jak i w ogóle w przypadkach posługiwania się w argumentacji pojęciem dobra prawnego za mało uwzględniana jest ponadto okoliczność, że pojęcie dobra prawnego nie jest bynajmniej tylko pojęciem specyficznie prawnokarłnym. O dobrach prawnych wspomina się także w innych dziedzinach prawa, w szczególności w cywilnym prawie deliktów. Ani z modelu umowy społecznej nie można wyprowadzić wyłącznie prawnokarłnej ochrony dóbr prawnych, ani pojęcie dobra prawnego nie przesądza o jego wyłącznie prawnokarłnych aspektach²⁶. Można jedynie powiedzieć, że istotą prawa karłnego jest w każdym razie zawsze ochrona dóbr prawnych. Ale ponieważ zadanie to prawo karłne dzieli z innymi dziedzinami prawa, w których dobra prawne chronione są znacznie szerzej, pojawia się jedynie problem wydzielenia obszarów prawnie całkowicie irrelewantnych, co z kolei nie jest specyficznym problemem wyłącznie prawa karłnego²⁷. Czy wspomniane na początku *historyczne* przykłady nie przemawiają może jednak za pojęciem uprzednio wyznaczonego dobra prawnego limitującego granice prawa karłnego? Jeśli przyjrzymy się dyskusji toczącej się w czasach narodowego socjalizmu, to wprawdzie mówiono przy tej sposobności także o pojęciu

²⁵ Chyba, że – jak to ma miejsce w przypadku skierowanego przeciwko obronności kraju przestępstwa uchylania się od obowiązku służby wojskowej przez samookaleczenie (§ 109 niem. k.k.) – dotknięte jest inne dobro niż tylko nietykalność cielesna.

²⁶ H. J. Hirsch, *Prawo karłne i proces karłny wobec nowych form i technik przestępczości*, w: H. J. Hirsch, P. Hofmański, E. W. Pływaczewski, C. Roxin (red.), *Prawo karłne...*, op. cit., s. 39 i n.; O. Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996, s. 146 i n.; M. Krüger, *Die Entmaterialisierungstendenz...*, op. cit., s. 78 i n. Przeciwko sugerowanemu przez Winfrieda Hassemera odesłaniu do umowy społecznej por. również B. Schünemann, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, „Goldammer's Archiv für Strafrecht” 1995, s. 201, 206 i n. Fakt, iż pojęcie dobra prawnego nie jest „zastreżone” wyłącznie dla prawa karłnego, ale raczej przenika cały porządek prawny, podkreśla również A. Baratta, *Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts*, w: Fritjof Haft, Winfried, Hassemer, Ulfrid, Neumann i in. (red.), *Strafgerichtigkeit, Księga ku czci Arthura Kaufmanna*, Heidelberg 1993, s. 393, 399.

²⁷ Jeśli chodzi w szczególności o reprezentowaną przez Winfrieda Hassemera (por. przypis 4) „naukę personalnego dobra prawnego” por. daleko idącą krytykę Matthiasa Krügera (*Die Entmaterialisierungstendenz...*, op. cit., s. 74 i n.). Matthias Krüger dowodzi między innymi, iż stanowisko to, akceptując dobra ogółu, ale tylko o tyle, „o ile stanowią one – pośrednio – także interesy osób” (tak W. Hassemer, w: *Alternativkommentar...*, op. cit., przed § 1 nb. 276 oraz w: *Nomos Kommentar...*, op. cit., przed § 1 nb. 276) nie jest w stanie w sposób skuteczny stawić czoła ani tendencji dematerializacji ani także związanemu z tym poszerzaniu zakresu stosowania prawa karłnego na obszar przedpola.

dobra prawnego, ale w gruncie rzeczy był to zwrot w kierunku prawa karnego odwołującego się do poglądów i przekonań (Gesinnungsstrafrecht). Istotne miało być odtąd nie spowodowanie jakiejś obiektywnie manifestującej się szkody, lecz ujawniająca się w ten sposób antyspołeczna postawa²⁸. Chodziło więc o fundamentalny dla prawa karnego problem wykraczający poza wąską problematykę dóbr prawnych, a mianowicie o przeciwstawienie racjonalnemu prawu karnemu skoncentrowanemu na czynie irracjonalnego prawa karnego odwołującego się do postaw i przekonań. Również w niemieckiej reformie prawa karnego w zakresie wolności seksualnej przeprowadzonej w 1973 r. tylko na pierwszy rzut oka kierowano się pojęciem dóbr prawnych w znaczeniu dóbr uprzednio wyznaczonych. Günter Stratenwerth zwraca uwagę na to, iż ustawodawca utrzymał wówczas w mocy szereg przepisów dotyczących sfery wolności seksualnej, w przypadku których również mogło pojawić się pytanie o chronione w ten sposób dobro prawne²⁹. Chodzi o przestępstwa „wywołania publicznego zgorzienia” („Erregung öffentlichen Ärgnisses”), „ekshibicjonizmu” („Exhibitionismus”) czy „kazirodztwa” („Inzest”). Okazuje się – a można to zilustrować jeszcze dalszymi przykładami – że dobra prawne upatruje się także w społecznych standardach i odczuciach, jeśli uważa się, że zasługują one na prawną ochronę³⁰. Ich uznawanie względnie ich nieuznawanie za dobra prawne jest zatem kwestią wartościowania. Dokonane w 1973 r. częściowe ograniczenie prawa karnego w sferze wolności seksualnej nie było więc zdeterminowane jakimiś absolutnymi założeniami co do treści, lecz zmianą ocen co do celowości karania określonych zachowań. Powyższe przykłady nie potwierdzają więc istnienia pojęcia uprzednio wyznaczonego dobra prawnego.

Godny uwagi jest także pogląd Clausa Roxina³¹. Z jednej strony zalicza się on do grona zwolenników takiego pojęcia dobra prawnego. Z drugiej strony sięga on jednak w tym względzie do zasad wyrażonych w konstytucji. W ten sposób zajmuje stanowisko właściwe pozytywizmowi prawnemu, bo przecież konstytucja jako ustawa zasadnicza jest częścią prawa pozytywnego. Kwestionując to stanowisko, można zadać jednak pytanie: jak należy zatem radzić sobie z ustalaniem zadań dla porządku prawnego, używając pojęcia uprzednio wyznaczonego dobra prawnego, gdy w porządku prawnym jakiegoś państwa nie ma w ogóle analogicznych konstytucyjnych regulacji prawnych. Nie wszystkie państwa posiadają przecież konstytucję, z której można zaczerpnąć wiedzę o odpowiednim systemie wartości. Zresztą niemiecka ustawa zasadnicza też wskazuje tylko niektóre najważniejsze wartości, wobec czego pojawia się wątpliwość, jak można na jej podstawie sformułować kompletne zestawienie dóbr prawnych, które wystarczająco wyraźnie określałoby granice regulacji prawno-karnych³². Nie dziwi więc okoliczność, że w opublikowanych ostatnio opracowaniach

²⁸ Por. F. Schaffstein, *Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?*, „Deutsches Strafrecht” 1935, t. 2, s. 97, 102. Por. także analizę ówczesnej dyskusji: K. Amelung, *Rechtsgüterschutz...*, op. cit., s. 230, 232, 233.

²⁹ G. Stratenwerth, w: *Zum Begriff...*, op. cit., s. 377, 389 i n.

³⁰ Dalsze przykłady przytacza Claus Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., § 2 nb. 5, 12.

³¹ C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., nb. 1, 7, 9 i n.

³² Przeciwno ocenie dobra prawnego z konstytucyjno-prawnej perspektywy w ujęciu Clausa Roxina por. K. Amelung, *Rechtsgüterschutz...*, op. cit., s. 309 i n.

pojęcie dobra prawnego nie było punktem wyjścia dla rozważań związanych z pytaniem, na ile granice karalności można wyprowadzić z konstytucji³³.

Poszukując jakiegoś uprzednio wyznaczonego ograniczenia prawa karnego, trzeba więc rozjeździć się za innym kryterium niż pojęcie dobra prawnego.

W swoim nowym podręczniku Michael Köhler pisze: pojęcie dobra prawnego nie jest wystarczającą bazą dla pojęcia przestępstwa. Dla niezbędnego odróżnienia przestępstwa, zwłaszcza od zachowań będących jedynie naruszeniem norm etycznych, dużo bardziej znaczącą okolicznością jest pochodzące od Kanta rozróżnienie między formą prawa opartą na regule wolności (*freiheitsgesetzliche Rechtsform*) – z jednej strony a samą tylko [pozbawioną natury prawa – uwaga tłumacza] materialną treścią zasad (*materiale Maximeninhalten*) – z drugiej strony. Przestępstwo polega na naruszeniu prawa w jego szczególnym i ogólnym znaczeniu w takim stopniu, że istotnego uszczerbku doznaje prawna autonomia (*rechtliche Selbständigkeit*), czy to pokrzywdzonego co do samostanowienia o sposobie życia, czy też odpowiednich warunków trwałości wolnościowych form społecznych (*Bestandsbedingungen freiheitlicher Gesellschaftsformen*)³⁴.

Należy jednak w związku z tym zaznaczyć, iż naruszenie normy prawnej opartej na regule wolności nie jest specyficznym kryterium prawnokarnym, będąc kryterium obowiązującym także w zakresie innych norm prawnych. A to, że naruszona zostaje prawna autonomia osób w ten sposób dotkniętych i formy społecznego współżycia, nie jest żadną wyraźną miarą. Czym są bowiem „odpowiednie warunki trwałości wolnych form współżycia społecznego” (*„entsprechende Bestandsbedingungen freiheitlicher Gesellschaftsformen“*) i co znaczy w tym kontekście wyrażenie „istotny” (*„grundlegend“*)? W przypadku wszystkich kontrowersyjnych przepisów – od przestępstw przeciwko wolności seksualnej aż po przestępstwa przeciwko środowisku – trzeba byłoby, w razie stosowania tych kryteriów, liczyć się ze zróżnicowanymi rozstrzygnięciami.

Funkcji kryterium limitującego nie spełnia w tym względzie również odwoływanie się do „społecznej szkodliwości”, wskazywanej w materialnej definicji przestępstwa. Wprawdzie państwo, jeśli chodzi o jego zadania ochronne, może rzeczywiście reagować tylko na takie zachowania, które naruszają lub mogą naruszać interesy poszczególnych członków społeczeństwa lub interesy ogółu. Jest to jednakże duży obszar, znacznie wykraczający poza obszar prawa karnego.

³³ I. Appel, *Verfassung und Strafe – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin 1998, s. 206 i n., 354 i n., 390 („Pod rządami konstytucji pojęcie dobra prawnego jako granicy karalności, która wiąże ustawodawcę, jest zarówno sprzeczne z systemem, jak i zbyteczne”); O. Lagodny, *Strafrecht...*, op. cit., s. 144 („Interesy, o które chodzi w prowadzonej na gruncie prawa karnego dyskusji na temat dobra prawnego, w inny sposób trafiają pod kontrolę praw zasadniczych”), s. 538 oraz s. 427 i n.; A. Paulduro, *Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen, insbesondere des Strafgesetzbuches im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Monachium 1992, s. 109, 117 i n., 432 i n. (rozstrzygająca jest „limitująca funkcja zasady współmierności”; rozróżnienie między dobrami prawnymi o charakterze indywidualnym a dobrami ogółu umożliwiło sformułowanie jedynie pierwszych wniosków w kwestii legitymacji ochrony karnoprawnej). Por. także G. Stächel, *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat: normative und empirische, materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzbuchspraxis*, Berlin 1998 [Autor ten nawija – co do zasady – do zakazu sięgania po nadmiernie uciążliwe środki, a więc do trzeciego i ostatniego członu konstytucyjnej zasady współmierności (s. 163), przy czym jednakże dla celów klasyfikacji przywołuje on pojęcie personalnego dobra prawnego].

³⁴ Por. M. Köhler, *Strafrecht...*, op. cit., s. 22 i n.

Wprawdzie społeczną szkodliwość należy moim zdaniem mieć w polu widzenia, to jednak rozstrzygające jest skierowanie uwagi na *skalę* instrumentów państwowej ingerencji i reglamentacji. To nie uprzednio wyznaczone przedmioty uzasadniają karanie, lecz legitymacja kary wskazuje chronione karaniem przedmioty ochrony. To, że punktem wyjścia jest kara a nie pojęcie dobra prawnego, podkreślał już znany ateński karnista Nikolaos K. Androulakis w rozprawie zatytułowanej „O prymacie kary”³⁵ opublikowanej na łamach niemieckiego czasopisma „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”. Społeczeństwo wyposaża państwo w instrumenty ingerencji i reglamentacji, by w miarę konieczności czynić z nich stosowny użytek. Kara jako środek najbardziej radykalnej ingerencji powinna być w ogóle dopiero wówczas stosowana, gdy łagodniejszy środek nie jest wystarczający. Stosowanie kary jest więc legitymowane zasadą współmierności, a w jej ramach – zasadą *ultima ratio* oraz zasadą subsydiarności. Nie ma uzasadnienia dla penalizowania przez państwo określonych zachowań, jeśli ich penalizacja nie jest konieczna, ponieważ powstrzymanie przed takimi zachowaniami lub ich ograniczenie może być osiągnięte również łagodniejszymi środkami albo wręcz bez stosowania przez państwo jakichkolwiek środków. Penalizacja nie jest legitymowana zwłaszcza, gdy nie ma żadnego powodu, aby określone zachowania uznać za zabronione.

Można by wprawdzie podnosić zarzut, iż także zasada współmierności wraz z zasadami *ultima ratio* i subsydiarności pozwalają na formułowanie zróżnicowanych ocen. Zasada współmierności stwarza jednak w każdym razie możliwość podejmowania racjonalnych rozstrzygnięć, jeżeli traktuje się ją naprawdę poważnie. Wbrew temu co się obserwuje, ustawodawca powinien dokładnie badać, czy celu rozważanej regulacji nie można osiągnąć za pomocą innego, mniej radykalnego środka. Główny mankament realizowanej aktualnie polityki prawnej polega tymczasem na tym, iż nie rozważa się tego, sięgając od razu do ustawodawstwa karnego. Uwzględniając zasadę współmierności, można by tymczasem osiągnąć na przykład to, że zachowania polegające na abstrakcyjnym narażeniu na niebezpieczeństwo byłyby ujmowane w prawie karnym a nie w prawie karno-administracyjnym lub w prawie wykroczeń tylko wtedy, gdy przemawiają za tym szczególne względy potęgujące w sposób ewidentny miarę bezprawia³⁶. W prowadzonej w nauce prawa karnego dyskusji wskazano także na to, iż taki obszar, jakim są badania naukowe, o ile nie dochodzi do poważnych wypaczeń wymagających kryminalizacji, może być pozostawiony zinstytucjonalizowanej samokontroli³⁷. W tym kontekście pojawia się także ocena celowości penalizacji usiłowania uszkodzenia rzeczy w przypadkach mniejszej wagi oraz usiłowania lekkiego uszkodzenia ciała. Poza tym należałoby rozważyć celowość karania również takich

³⁵ N. K. Androulakis, *Über den Primat der Strafe*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1996, s. 300, 331.

³⁶ Por. H. J. Hirsch, *Prawo karne i proces karny wobec nowych form i technik przestępczości*, w: H. J. Hirsch, P. Hofmański, E. W. Plywaczewski, C. Roxin (red.), *Prawo...*, op. cit., s. 43 i n.; F. Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin 1998, s. 387 i n.

³⁷ Por. F. Herzog, *Gentechnologie – Forschungskontrolle durch Strafrecht?*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 105 (1993), s. 727, 748 i n.; R.-P. Calliess, w: E. Vitt, *Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1993 in Basel*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1993, s. 803, 804.

zachowań polegających na abstrakcyjnym narażeniu na niebezpieczeństwo, w przypadku których z góry wykluczona jest możliwość wywołania konkretnej szkody, gdy chodzi raczej tylko o poważne prawnoporządkowe pogwałcenie posłuszeństwa wobec normatywnego nakazu itp.³⁸

Ponieważ zasada współmierności jest generalnie rozumiana jako trwały element zasady państwa prawa, powyższe uwagi uzyskują *dotatkowo* sze-rokiego konstytucyjnego wsparcia. Zasada ta funkcjonuje we wszystkich państwach uważających się za państwa prawa, gdy tymczasem inaczej jest w warunkach zapatrywania, że granice prawa karnego należy kształtować z uwzględnieniem dóbr prawnych, których ochrona wskazywana jest ocenami i wartościami wyprowadzanymi z konstytucji, jeśli konstytucja zawiera w ogóle takie dyrektywy³⁹.

W orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego można tymczasem zauważyć, że w omawianej problematyce zasada współmierności znajduje zastosowanie tylko w wąskim zakresie. Zarówno w kontekście zakazu nadużywania środków zbyt radykalnych (*Übermaßverbot*), jak i zasady stosowania środków koniecznych (*Erforderlichkeit*), wymaga się bowiem, by interesy chronionych konstytucyjnie podmiotów były „oczywiście i istotnie bardziej znaczące” („*ersichtlich wesentlich schwerer wiegen*”)⁴⁰ niż interesy, którym służyć ma państwowa ingerencja. W świetle dotychczasowego orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego naruszenie konstytucji miałoby więc miejsce dopiero wówczas, gdyby dla osiągnięcia pożądanego celu ustawodawca wybrał środek, który z uwagi na swą istotę lub stopień dolegliwości byłby całkowicie nieodpowiedni⁴¹. Należy przy tym jednak zauważyć, iż kwestia ta jak dotąd nie była przedmiotem większego zainteresowania zarówno w nauce prawa karnego, jak i prawa konstytucyjnego, toteż ciągle brakuje w tym względzie stosownej i niezbędnej dla praktyki teoretycznej podbudowy.

Powyższa analiza skłania do wniosku, że nie ma więc pojęcia uprzednio wyznaczonego dobra prawnego⁴². Cele, które chciałoby się osiągnąć

³⁸ Przeciwno włączaniu tego typu czysto abstrakcyjnych ryzykownych zachowań do zakresu kryminalno-prawnych regulacji por. F. Zieschang, *Die Gefährungsdelikte...*, op. cit., s. 380 i n.

³⁹ Por. H. J. Hirsch, *Państwo prawne a prawo karne*, w: *Ioannes Ioachimus Hirsch – Doctor Honoris Causa Universitatis Studiorum Mickiewiczianae Posnaniensis*, Poznań 1991, s. 51 i n.; tenże, *Rechtsstaat und Strafrecht*, w: G. Kohlmann (red.), *Strafrechtliche Probleme: Schriften aus drei Jahrzehnten*, Berlin 1999, s. 115 i n.

⁴⁰ BVerfGE [Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego] 44, 353, 373.

⁴¹ BVerfGE 90, 145, 173. Por. M. Krüger, *Die Entmaterialisierungstendenz...*, op. cit., s. 89 i n., również z krytycznym stanowiskiem (s. 87 i n.) wobec analizy orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego prezentowanej przez Aurelię Paulduro.

⁴² We współczesnym niemieckim piśmiennictwie obok autorów cytowanych w przypisie 2 podobne stanowisko reprezentują: Ivo Appel, Otto Lagodny oraz Aurelia Paulduro (por. przypis 33), jak również Hans Joachim Hirsch, *Einwilligung und Selbstbestimmung*, w: G. Stratenwerth, A. Kaufmann, G. Geilen i in. (red.), *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin-New York 1974, s. 775, 785; H.-L. Günther, *Die Genese eines Straftatbestandes*, „*Juristische Schulung*” 1978, s. 8, 9; A. Baratta, *Jenseits...*, op. cit., s. 393, 407; T. Fischer, *Die Einigung, den öffentlichen Frieden zu stören*, „*Neue Zeitschrift für Strafrecht*” 1988, s. 159, 163; W. Frisch, *An den Grenzen des Strafrechts*, w: W. Küper, J. Welp (red.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg 1993, s. 69, 71 i n.; M. Krüger, *Die Entmaterialisierungstendenz...*, op. cit., s. 18 i n., 74 i n., 80 i n. (por. także wskazana tam literatura). Brak akceptacji wobec pojęcia wyznaczonego dobra prawnego nie ma nic wspólnego z – wywołanym w szczególności przez dyskusję dotyczącą finalizmu – sporem o granice normotwórczej dogmatyki prawnokarnej (por. w kwestii owego sporu: G. Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin 1990). W dyskusji na temat normatywizmu chodzi o pytanie, jak dalece na gruncie dogmatycznym należy uwzględnić wyznaczoną strukturę fenomenów występujących w prawie karnym, podczas gdy w kwestii tutaj omawianej problematyki chodzi o to, które przedmioty oraz stany mogą zostać objęte prawnokarną regulacją.

przy pomocy takiego pojęcia, trzeba więc urzeczywistnić w inny sposób i do tego nadaje się rozwiązanie sygnalizowane już wcześniej.

IV.

Pytanie o pojęcie systemowo immanentnego dobra prawnego, a więc o pojęcie dobra prawnego nawiązującego do treści prawa pozytywnego, jest umiejscowione na innej płaszczyźnie. Już wcześniej zwrócono uwagę na to, że powszechnie akceptowana jest funkcja, jaką pojęcie dobra prawnego spełnia w zakresie wykładni prawa pozytywnego, czy to obok poprzednio odrzuconej funkcji systemowo transcendentnej, czy to wyłącznie⁴³. W warunkach takiego rozumienia dóbr prawnych chodzi w prawie karnym o to, że w ramach wykładni przepisów karnych prawa pozytywnego pojawia się pytanie: jaką indywidualną bądź zbiorową wartość ma określony przepis chronić przed jej naruszeniem, i z tego wysnuwa się wnioski co do umiejscowienia danego przepisu w systematyce regulacji prawno-karnych i co do pozytywno-prawnych granic tego przepisu. Pojawia się na przykład ponadto pytanie, czy mamy do czynienia z deliktem polegającym na naruszeniu dobra (Verletzungsdelikt) czy też z deliktem polegającym jedynie na narażeniu dobra na niebezpieczeństwo (Gefährdungs- und Gefährlichkeitsdelikt), jak przedstawia się problem zbiegu danego przepisu z innymi przepisami, jak kształtuje się kwestia proporcji dóbr w przypadku stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność, a także problem umiejscowienia przepisu w systematyce części szczególnej, a więc problem porządku ustawowego (Legalordnung).

W związku z pojęciem dobra prawnego nawiązującego do treści prawa pozytywnego pojawia się wszakże problem niedostatecznie precyzyjnej definicji dobra prawnego. Günter Stratenwerth słusznie zauważa, iż żadne spośród podstawowych pojęć prawa karnego nie oferuje takiej różnorodności bliżej nie uzasadnianych definicji⁴⁴. Dowodem tego jest następujący krótki ich przegląd: „Dobrami prawnymi są stany lub założenia, które są korzystne dla poszczególnej osoby i dla jej swobodnego rozwoju w ramach systemu społecznego zbudowanego dla ich zrealizowania albo też są korzystne dla funkcjonowania tego systemu” („Rechtsgüter sind Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die dem einzelnen und seiner freien Entfaltung im Rahmen eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden sozialen Gesamtsystems oder dem Funktionieren dieses Systems selbst nützlich sind”) – jak to ujmuje Claus Roxin⁴⁵. Michael Marx w swojej monografii pt. „O definicji pojęcia «dobro prawne»” pisze o „przedmiotach, które umożliwiają czło-

⁴³ Por. K. H. Gössel, *Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal. Zugleich ein Versuch über das Verhältnis von Rechtsgut, Tatbestand und Norm*, w: R. D. Herzberg, *Festschrift für Dietrich Oehler*, Kolonia-Berlin-Bonn-Monachium 1985, s. 97, 102 i n.; G. Jakobs, *Strafrecht...*, op. cit., 2/22 i n.; H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, wyd. 5, Berlin 1996, s. 259; M. Kohler, *Strafrecht...*, op. cit., s. 24 i n.; T. Lenckner, w: A. Schönke, H. Schröder, *StGB...*, op. cit., przed § 13 nb. 9; i inni.

⁴⁴ G. Stratenwerth, *Zum Begriff...*, op. cit., s. 377, 378.

⁴⁵ C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., § 2 nb. 9.

wiekowi jego samorealizację” („Objekte, die dem Menschen seine Selbstverwirklichung ermöglichen”)⁴⁶. Herbert Jäger pisze o „naruszalnych, dających się chronić stanach” („verletzbar, schützbar Zustände”)⁴⁷. Najczęściej jednak dobro prawne określane jest mianem „karnoprawnie chronionej wartości bądź karnoprawnie chronionego interesu” („strafrechtlich geschützter Wert oder strafrechtlich geschütztes Interesse”)⁴⁸. Mówi się również o chronionych społecznie istotnych obszarach (geschützte Funktionsbereichen)⁴⁹.

Wspólną cechą wszystkich tych definicji jest to, iż wskazują one wprawdzie kierunek poszukiwań, lecz sformułowane są bardzo ogólnie przez to, że najczęściej nie rozróżniają dostatecznie wyraźnie pomiędzy rozumieniem uprzednio wyznaczonego dobra prawnego od pozytywno-prawnego, systemowo immanentnego rozumienia dobra prawnego.

Dobrze radzimy sobie z dobrami prawnymi mającymi charakter fizyczny, jak zdrowie czy życie. Nie jest więc kwestią przypadku, że w nauczaniu prawa karnego duża część ogólnych teorii prawno-karnych jest ilustrowana deliktami godzącymi w te dobra. Dobra te prezentują się wyraziście. Są one identyczne z przedmiotem zamachu. Ich naruszenie i związek przyczynowy dają się w sposób klarowny uzmysłwić. Ale również normatywnie zdefiniowane dobra jednostki, jak cześć, dają się bez trudu ująć jako dobra prawne, także do nich odnosząc dogmatyczne instrumentarium⁵⁰. Przez długi czas nie było również żadnego problemu z uznawaniem za dobra prawne dóbr zbiorowości czy dóbr o charakterze uniwersalnym. Już Johann Michael Franz Birnbaum twierdził, jak wcześniej wspomniano, że obok dóbr prawnych jednostki istnieją także dobra prawne zbiorowości. Wystarczy pomyśleć o interesach chronionych w przypadku przestępstw zdrady stanu, łapownictwa czy składania fałszywych zeznań.

Do kryzysu pojęcia systemowo immanentnego dobra prawnego – co dotyczy zresztą również pojęcia uprzednio wyznaczonego dobra prawnego – doszło w ostatnim czasie wskutek tego, iż ciągle powiększa się katalog uwzględnianych uniwersalnych dóbr prawnych. Obserwuje się proces potęgującego się swoistego „uduchowienia” (Vergeistigung) dóbr prawnych; mówi się także o tendencji w postaci dematerializowania pojęcia dobra prawnego

⁴⁶ M. Marx, *Zur Definition...*, op. cit., s. 62.

⁴⁷ H. Jäger, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart 1957, s. 13.

⁴⁸ O prawnokarnie chronionej wartości piszą: J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, wyd. 10, Bielefeld 1995, § 3 nb. 18 („uduchowiona ideowa wartość”), H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 257 („prawnie chroniona abstrakcyjna wartość porządku społecznego”). O prawnokarnie chronionym interesie natomiast: R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, wyd. 8, Karlsruhe 1992, § 19 nb. 4; W. Hassemer, w: *Alternativkommentar...*, op. cit., przed § 1 nb. 287 oraz w: *Nomos Kommentar...*, op. cit., przed § 1 nb. 287 („wymagające prawnokarnej ochrony ludzkie interesy”).

⁴⁹ Por. H. J. Hirsch, *Ehre und Beleidigung*, 1967; tenże, *Grundfragen von Ehre und Beleidigung*, w: R. Zaczek, M. Köhler, M. Kahlo (red.), *Festschrift für Ernst Amadeus Wolff*, Berlin-Heidelberg-New York 1998, s. 125.

⁵⁰ Por. W. Hassemer, w: *Alternativkommentar...*, op. cit., przed § 1 nb. 265; tenże, *Nomos Kommentar...*, op. cit., przed § 1 nb. 265, jak również tytuł cytowanej wyżej monografii Matthiasa Krügera (*Die Entmaterialisierungstendenz...*, op. cit.). Krytycznie o dematerializacji pojęcia dobra prawnego por. także Albin Eser, *Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen aus Kosten des anderen*, w: U. Immenga, W. Möschel, D. Reuter (red.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, Baden-Baden 1996, s. 1005, 1014 i n., 1021 oraz Thomas Weigend, *Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Rechts?*, w: K. Schmoller (red.), *Festschrift für Otto Triffler*, Wien-New York 1996, s. 695, 708 i n. Co do zasadniczych tez Albina Esera zob. także jego rozprawę: *The Principle of „Harm” in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests*, „Duquesne University Law Review” 1966, nr 4, s. 345, 412 i n.

(Entmaterialisierungstendenz)⁵¹. Już wcześniej wskazywano konkretne przykłady tego zjawiska zaczerpnięte z nowego prawa karnego gospodarczego, z prawa karnego dotyczącego ochrony środowiska naturalnego czy z prawa karnego drogowego.

Ta tendencja dematerializacji sprawia, że przydatność pojęcia dobra prawnego jest w tych dziedzinach niewielka. W warunkach akceptowanego przekonania o możliwości posługiwania się takimi nieostro określonymi dobrami prawnymi bardzo łatwo zaciera się różnica między deliktami z naruszenia (*Verletzungsdelikte*) i deliktami z tzw. przedpola (*Vorfelddelikte*), ponieważ te ostatnie bywają doskonale w ten sposób wystylizowane, że przedstawiają się jako delikty polegające na naruszeniu rzekomego uniwersalnego dobra prawnego. Jeśli przykładowo w przypadku przestępstwa oszustwa ubezpieczeniowego (§ 265 niemieckiego kodeksu karnego) zachowanie wywołujące abstrakcyjne niebezpieczeństwo dla mienia firmy ubezpieczeniowej kwalifikowane jest jako delikt naruszający niezakłócone funkcjonowanie sfery ubezpieczeniowej, to zawoalowaniu ulega w ten sposób to, że w ogóle i jak dalece ustawowa regulacja przesuwana się z dobra zagrożonego szkodą na jego tzw. przedpole. Zastrzeżenia tego nie sposób obalić argumentem, że przecież owe przedpole jest wyraźnie określone przy pomocy wskazanego uniwersalnego dobra prawnego. Decydujące jest raczej to, że w ten sposób mianem dobra prawnego określa się coś i mówi się o naruszeniu czegoś, co właściwie nie jest odzwierciedleniem rzeczywistego interesu chronionego przed naruszeniami, w tym przykładzie – zagrożonego mienia. W ten sposób delikty wywołujące abstrakcyjne niebezpieczeństwo, których miejscem w normalnych przypadkach jest prawo karno-administracyjne lub prawo wykroczeń, udaje się niepostrzeżenie przemieścić do kryminalnego prawa karnego. Przekształca się je w delikty z naruszenia i skutek przesunięcia naruszenia dobra prawnego na obszar jego tzw. przedpola zaciera się dystans, który dzieli takie delikty od prawdziwych deliktów z naruszenia. Poza coraz większym poszerzaniem w ten sposób karalności na wcześniejsze stadia konsekwencją takich tendencji jest także kształtowanie niewspółmiernych i wewnątrznie w ustawie karnej niespójnych sankcji karnych. Tak jest w przypadku, gdy za delikty z tzw. przedpola grozi taka sama albo nawet wyższa kara niż kara przewidziana za popełnienie prawdziwego deliktu z naruszenia. Dodatkową konsekwencją jest to, że skutek rzekomej odmienności dóbr prawnych pojawiają się problemy związane ze zbiegiem deliktu z tzw. przedpola z deliktem polegającym na właściwym naruszeniu dobra prawnego⁵².

To wszystko można uzmysłowić sobie, przywołując raz jeszcze przykład oszustwa subwencyjnego (§ 264 niemieckiego kodeksu karnego): dla zrealizowania znamion tego przestępstwa w formie dokonania wystarczy przedłożenie organowi uprawnionemu do udzielenia subwencji fałszywych albo niepełnych informacji co do prawnie istotnych w tym względzie okoliczno-

⁵¹ Dalsze odesłania co do tej spornej kwestii zob. w: K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., § 264 nb. 30 i n., § 265b nb. 10. Por. aktualne nowe brzmienie klauzuli subsydiarności w § 265 ust. 1 niemieckiego Kodeksu karnego.

⁵² Por. przypis 6.

ści, które to informacje są korzystne dla wnioskującego lub innej osoby. Nie jest konieczne wprowadzenie w ten sposób w błąd czy doprowadzenie w ten sposób do udzielenia subwencji, nieistotne jest również, czy sprawcą kierował oszukańczy zamiar. Omawianemu przepisowi przypisuje się samodzielny charakter przez to, że objęte nim zachowanie traktowane jest nie tylko jako zachowanie abstrakcyjnie narażające majątek państwa na niebezpieczeństwo, ale dodatkowo względnie wręcz wyłącznie postrzega się takie zachowanie jako zamach na „instytucję subwencji” jako rzekome dobro prawne, a mianowicie jako zamach na „interes ogółu w efektywnym wspieraniu gospodarki przez państwo”⁵³. Za zachowanie takie przewidziana jest w związku z tym taka sama sankcja karna jak ta, która grozi za popełnienie w formie dokonania podstawowego typu przestępstwa oszustwa. Ale to co kryje się za funkcją „instytucji subwencji” jest przecież niczym innym, jak interesem podmiotu udzielającego subwencji, aby oszukańczymi zachowaniami znajdujące się w jego dyspozycji środki finansowe nie zostały umniejszone wbrew ich przeznaczeniu. Tak jak w przypadku podstawowego typu przestępstwa oszustwa chodzi więc tutaj wyłącznie o mienie jako dobro prawne, co winno znaleźć swe odbicie w sposobie konstruowania takiego przepisu⁵⁴.

Rozmiękczenie pojęcia dobra prawnego jest widoczne także w prawie karnym drogowym. Twierdzi się, iż chroniony jest tutaj „ogół” (Allgemeinheit) i dlatego chronione tu dobro prawne określane bywa często zwrotem „bezpieczeństwo w ruchu drogowym” („Sicherheit des Straßenverkehrs”)⁵⁵. Symptomatyczne jest przy tym już to, że z jednej strony mamy tutaj do czynienia ze swoistym zdematerializowanym dobrem prawnym ogółu, z drugiej strony przestępstwa drogowe wskazywane bywają jako główne przykłady deliktów polegających na abstrakcyjnym narażeniu na niebezpieczeństwo. Jeśli kierować się przytoczonym wyżej określeniem omawianego dobra prawnego, to delikty takie – w każdym razie konkretne ryzykowne zachowania, to znaczy zachowania, które oceniając *ex ante* mogły wyrządzić szkodę jakiemuś uczestnikowi ruchu drogowego i które stanowią regułę w grupie deliktów drogowych – byłyby zawsze deliktami z naruszenia. „Bezpieczeństwo w ruchu drogowym” nie może być tutaj zresztą w ogóle traktowane jako dobro prawne, ponieważ bezpieczeństwo nie jest tutaj przedmiotem ochrony prawnej, lecz gwarancją ochrony przedmiotów należących do uczestników ruchu drogowego. To o co chodzi w prawie drogowym, to zapewnienie bezpieczeństwa dobrom prawnym narażonym w tym ruchu na niebezpieczeństwo, takim, jak życie, zdrowie i mienie. To te właśnie dobra wchodzą w grę w przypadku deliktów, które w ruchu drogowym polegają na abstrakcyjnym narażeniu na niebezpieczeństwo.

⁵³ H.-J. Rudolph, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, w: *Festschrift für Richard M. Honig*, Getynga 1970, s. 151, 163; tenże, w: *Systematischer Kommentar StGB*, wyd. 6, Neuwied 1994, przed § 1 nb. 8 („wartościowe jednostki funkcjonalne”).

⁵⁴ Bliżej o tym por. M. Krüger, *Die Entmaterialisierungstendenz...*, op. cit., s. 119 i n., 136 i n., 142; C. Hack, *Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug, § 264 StGB: unter dem Blickwinkel allgemeiner strafrechtlicher Lehren*, Berlin 1982, s. 65 i n., 74; D. Sannwald, *Rechtsgut und Subventionsbegriff: § 264 StGB*, Berlin 1982, s. 59; M. Maiwald, *Literaturbericht. Strafrecht Besonderer Teil – Vermögensdelikte*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1984, s. 76, 78.

⁵⁵ Por. przypis 9.

Kiedy w związku z deliktami drogowymi mowa o zachowaniach godzących w ogół, to kryje się za tym nie tyle kwestia rodzaju naruszanego dobra prawnego, ile fakt, że w przeciwieństwie do deliktów z naruszenia delikty abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo skierowane są nie na jakiś konkretnie określony obiekt, lecz na wiele obiektów nieokreślonych. Wskutek tego nie aktualizuje się tutaj w ogóle problematyka *zgody pokrzywdzonego*. Nic innego nie ma się na myśli, gdy mowa o deliktach przeciwko ogółowi.

To, że delikty abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nie powinny być przekształcane w delikty z naruszenia ma szczególną doniosłość dla gradacji między kryminalnym prawem karnym a prawem karno-administracyjnym względnie prawem wykroczeń. W tych ostatnich dziedzinach prawa chodzi z reguły o delikty abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Jeżeli porządki prawne dokonują takiego rozgraniczenia, a jest to prawie regułą, to oznacza to, iż delikty takie należą zasadniczo do prawa karno-administracyjnego względnie do prawa wykroczeń. Dokładniejszego wyjaśnienia wymaga więc wyjątkowe ujmowanie takich deliktów jako przestępstw w prawie karnym kryminalnym. Rozstrzygający powinien być tutaj wzgląd na wielkość grożącej szkody i rozmiary ryzyka, niewystarczającym argumentem są natomiast korzyści związane z sądowym udowodnianiem sprawcom zarzucanych im czynów, co można zauważyć w odniesieniu do prawnokarnych regulacji dotyczących narkomanii (*Drogenstrafrecht*). Uzasadnione jest więc krytykowanie przez szkołę frankfurcką nadmiernego rozbudowywania w obecnie obowiązującym ustawodawstwie karnym deliktów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo i modyfikowania w ten sposób właściwości prawa karnego. Żeby jednak móc właściwie klasyfikować określone zachowania, należy przedtem w określonych deliktach trafnie rozpoznać delikty abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Do tego natomiast konieczne jest dokładne określenie w każdym wypadku narażanego dobra prawnego.

Podczas, gdy w przytoczonych wyżej przykładach już po bliższym przyjrzeniu się im możliwe było wskazanie rzeczywiście chronionych dóbr prawnych i powstrzymanie w ten sposób ekspansji uniwersalnych dóbr prawnych, o tyle w innych przypadkach pojawiają się w tym względzie poważniejsze problemy. Wspominano już wcześniej o prawnokarnych regulacjach dotyczących ochrony środowiska naturalnego. Günter Stratenwerth pisze, iż nie sposób wskazać kryteria, które miarodajnie określałyby bezpieczeństwo w tym zakresie w przyszłości⁵⁶. Zmierza on do tego, że środowisko i duże grożące mu niebezpieczeństwa mogą mieć w przyszłości takie rozmiary, że pojęcie dobra prawnego nie może tu wiele pomóc. I to o tyle mniej, że o ile spojrzenie ekologiczno-antropocentryczne nie byłoby dla tych warunków właściwe, to w przypadku dobra prawnego musiałoby chodzić raczej o ujęcie ekocentryczne, ograniczające się wyłącznie środowiska naturalnego samego w sobie.

⁵⁶ G. Stratenwerth, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1993, s. 679, 683, 692 i n.

Co się najpierw tyczy ostatnio wskazanej kwestii, to odnosi się ona do pojęcia uprzednio wyznaczonego dobra prawnego, a mianowicie do jego wyprowadzania z idei umowy społecznej. Kwestia ta była już przedmiotem rozważań i takie pozasystemowe rozumienie dobra prawnego zostało odrzucone⁵⁷. Dla teraz analizowanego pojęcia systemowo immanentnego dobra prawnego interesująca jest inna wątpliwość sformułowana przez Günтера Stratenwertha, a mianowicie czy wobec rozmiarów środowiska naturalnego możliwe jest w ogóle mówienie o jakimś dostatecznie zarysowanym w tym względzie dobru prawnym. Nawet, jeśli traktować wodę, powietrze i ziemię – jak to się przeważnie czyni – jako chronione dobra prawne, to ich rozmiary są ogromne. Należy jednak przecież uświadomić sobie, że dokładniejsze określenie nie jest tu przecież niemożliwe. Chodzi w szczególności o to, że tak jak w przypadku indywidualnych dóbr prawnych, a więc jak na przykład w przypadku nietykalności cielesnej lub własności, określając wchodzące w grę dobro prawne trzeba wskazać jakieś *konkretne* w danym przypadku dobro: na przykład określony obszar wodny w jego określonym stanie ekologicznym. Dobro prawne ulega wtedy naruszeniu, gdy w tak określonym obszarze środowiska powodowana jest wymierna szkoda. Gdy chodzi o rzeczywiste poważne zagrożenia, np. zanik powłoki ozonowej i grożące w następstwie tego ryzyko katastrofy klimatycznej, to chronione dobro może wyjątkowo przybrać nadzwyczajnie duże rozmiary. Ale i w takim przypadku sensowne jest jego dokładniejsze określenie. Tylko bowiem w ten sposób odpowiednie typy przestępstw charakteryzujące się narażeniem na niebezpieczeństwo, jak na przykład emitowanie niebezpiecznych substancji, mogą być racjonalnie wyjaśnione i zaklasyfikowane. Celowości ich wiązania z określonym dobrem prawnym nie wyklucza okoliczność, że występowanie tego typu niebezpieczeństw bywa naukowo oceniane jedynie jako możliwe i gdy nie są one więc traktowane jako pewne. Dla uznania jakiegoś interesu za interes prawnie chroniony wystarczy, że *możliwe* jest w ogóle zagrożenie jakiegoś stanu świata zewnętrznego istotnego dla warunków życia człowieka.

Kontrowersyjną dziedzinę stanowią przepisy karne dotyczące ochrony zwierząt (*Tierschutzstrafbestimmungen*). Przepisy takie są podyktowane ludzkim współczuciem wyrażanym wobec innych stworzeń. Nie można jednak traktować tego współczucia jako systemowo immanentnego dobra prawnego. Do naruszenia dobra prawnego dochodzi tu wcześniej, a nie dopiero wtedy, gdy zranieniu ulegają z tego powodu ludzkie uczucia. Do rangi dobra prawnego podniesione są w tym wypadku same zwierzęta chronione niemiecką ustawą o ochronie zwierząt, wobec czego naruszenie dobra prawnego przejawia się tu w postaci uszkodzenia samych zwierząt⁵⁸. Zgodnie uważa się, że pojęcie dobra prawnego nie wymaga bynajmniej, by było ono związane z jakimś prawem podmiotowym. Również dokonane wcześniej

⁵⁷ Por. także poniżej w punkcie V przypis 65.

⁵⁸ Przepis ten (§ 17 niemieckiej ustawy o ochronie zwierząt brzmi: Karze pozbawienia wolności do trzech lat albo karze grzywny podlega, kto 1. zabija zwierzę kręgowie bez rozsądnego powodu albo 2. zadaje zwierzęciu kręgowemu a) wynikający z okrucieństwa znaczący ból lub cierpienie albo b) dłużej utrzymujący lub powtarzający się znaczący ból lub cierpienie”.

sprecyzowanie pozytywnoprawnej funkcji pojęcia dobra prawnego nie oznacza niwelowania różnicy między dobrem prawnym i przedmiotem czynu. Dla zróżnicowania tego w większym stopniu decydujące jest to, czy uszkodzony przedmiot jest sam chronionym dobrem, czy też w szkodliwym oddziaływaniu na określony przedmiot manifestuje się naruszenie jakiegoś chronionego wyidealizowanego dobra albo stworzenie dla chronionego dobra określonego zagrożenia. Jako przykład podaje się tutaj naruszenie miru domowego (Hausfriedensbruch), w przypadku którego chronionym dobrem prawnym jest władztwo uprawnionego posiadacza domu, natomiast przedmiotem czynności wykonawczej przestrzeń, w którą wdziera się sprawca⁵⁹. Z właściwości dobra prawnego nie wynika jeszcze możliwość sięgnięcia po obronę konieczną i pomoc konieczną. Wprawdzie także instytucja obrony koniecznej potwierdza konieczność istnienia pojęcia systemowo immanentnego dobra prawnego, bowiem warunkiem dopuszczalności działania w obronie koniecznej jest aktualnie urzeczywistniany bezprawny zamach na dobro prawne. Jest jednak rzeczą oczywistą, że musi to być zamach skierowany na indywidualne dobro prawne albo że w przypadku dobra uniwersalnego zamachem dotknięta musi być bezpośrednio równocześnie pojedyncza osoba fizyczna⁶⁰.

Niezależnie od problemu dobra prawnego chronionego prawnokarnymi przepisami dotyczącymi zwierząt pojawia się wszakże kwestia, czy zasada współmierności (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) uzasadnia w ogóle penalizację czynów objętych tymi przepisami czy też może z uwzględnieniem tej zasady wskazany wcześniej motyw ochrony zwierząt mógłby być w wystarczającym stopniu uwzględniony prawem karno-administracyjnym i regulacjami administracyjnymi⁶¹.

Okazuje się więc, że przez akceptowanie coraz bardziej nieokreślonych uniwersalnych dóbr prawnych nie do uniknięcia jest rozmiękczenie w ten sposób pojęcia dobra prawnego⁶².

Nie można więc zgodzić się z tezą, że pojęcie dobra prawnego pasuje do pewnej tylko części przepisów karnych i że w innych przypadkach należałoby z tego pojęcia zrezygnować. Jak wykazano, również w przypadkach problematycznych pojęcie to spełnia bowiem swoją systemowo immanentną funkcję, z której nie sposób zrezygnować. Bez pojęcia dobra prawnego niemożliwe jest przeprowadzanie pożądaných rozróżnień w systemie przestępstw i środków przewidzianych za przestępstwa oraz racjonalnej w tym względzie gradacji. Zaproponowana przez Günтера Stratenwertha alternatywa, polegająca na tym, by w takich problematycznych przypadkach sięgać po normy kulturowe bez odniesień do dóbr prawnych⁶³, otworzyłaby drogę dla tworzenia irracjonalnych regulacji prawnokarnych⁶⁴.

⁵⁹ Por. H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 260 oraz wskazana tam literatura.

⁶⁰ Por. H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 339 i n. oraz wskazana tam literatura.

⁶¹ Inną kwestią jest to, czy brzmienie niemieckiego przepisu, przez to iż zawiera on nieokreślone znamie „bez rozsądnego powodu”, odpowiada w ogóle konstytucyjnej zasadzie określoności norm prawa karnego.

⁶² Po analizie kontrowersyjnych norm prawa karnego do takiej konkluzji dochodzi również M. Krüger, *Die Entmaterialisierungstendenz...*, op. cit., s. 119 i n., 171 i n.

⁶³ G. Stratenwerth, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1993, s. 679, 693 i n.; tenże, *Zum Begriff...*, op. cit., s. 377, 388 i n.

⁶⁴ H. J. Hirsch, *Prawo karne i proces karny wobec nowych form i technik przestępczości*, w: H. J. Hirsch, P. Hofmański, E. W. Pływaczewski, C. Roxin (red.), *Prawo karne...*, op. cit., s. 41 i n.

W świetle powyższych rozważań należy więc stwierdzić, że posługiwanie się pojęciem dobra prawnego z jego systemowo immanentną, prawnopozytywną funkcją jest w każdym wypadku możliwe i wręcz niezbędne. Takie stanowisko reprezentuje zresztą także niemiecki ustawodawca, co znalazło swój wyraz w tym, że we wprowadzonym w 1975 r. do niemieckiego kodeksu karnego stanie wyższej konieczności wyłączającym bezprawność (Rechtsfertiger Notstand) (§ 34 niemieckiego kodeksu karnego) wyraźnie mowa o wartościowaniu dóbr prawnych. Dotychczasowe rozważania dowodzą również tego, że ograniczenie funkcji pojęcia dobra prawnego do jego funkcji pozytywnoprawnej nie jest równoznaczne z odebraniem mu samodzielnego znaczenia. Wbrew stanowisku *Clausa Roxina*, który w sposób wcześniej wskazany obstaje przy pojęciu uprzednio wyznaczonego dobra prawnego, pojęcie to również w jego wyłącznie systemowo immanentnej funkcji spełnia istotne zadanie, właśnie również w zakresie polityki kryminalnej. Przyszłym zadaniem nauki będzie dokładniejsze niż dotychczas zdefiniowanie tego pojęcia z uwzględnieniem jego pozytywnoprawnej funkcji.

V.

Do obecnego kryzysu pojęcia dobra prawnego mogło dojść po pierwsze dlatego, że przez wskazywanie nowych uniwersalnych dóbr prawnych chciano nadać samodzielne znaczenie oraz kryminalną prawnokarną legitymację nowym przepisom tworzonym w prawie karnym, przede wszystkim nowym przepisom tworzonym w prawie karnym gospodarczym. Źródłem tego kryzysu jest po drugie również to, że – jak to ma miejsce w prawie karnym dotyczącym środowiska naturalnego – utracono z pola widzenia różnicę między abstrakcyjnym i konkretnym pojęciem dobra prawnego. Po trzecie – pewną rolę odgrywa tu także niedostateczne rozróżnianie pojęcia uprzednio wyznaczonego dobra prawnego od systemowo immanentnego, pozytywnoprawnego pojęcia dobra prawnego. Jeżeli koncentrujemy się na pojęciu uprzednio wyznaczonego dobra prawnego, to łatwo tracimy z pola widzenia jego pozytywnoprawną funkcję. Jeżeli przykładowo poszukuje się dobra prawnego – w sensie uprzednio wyznaczonego dobra prawnego – wchodzącego w grę w zakresie prawa karnego chroniącego zwierzęta, to upatruje się to dobro prawne we współczuciu człowieka wobec cierpiących stworzeń, zważywszy że w przypadku uprzednio wyznaczonego dobra prawnego wymaga się zawsze jakiegoś odniesienia do człowieka. Z punktu widzenia systemowo immanentnego pojęcia dobra prawnego owe współczucie może być tymczasem uznane jedynie jako motyw ustawodawczy pozostający poza zakresem znaczenia tego pojęcia⁶⁵.

⁶⁵ To, iż ogólnym zadaniem każdego porządku prawnego jest słuzenie bezpośrednią bądź pośrednią ochroną ludzkim materialnym bądź niematerialnym interesom, nie oznacza jednak, że zgodnie z tym ów niezbędny ludzki interes musi stać się częścią definicji pojedynczego dobra prawnego. Wystarczające jest raczej już to, iż stanowi on ustawowy motyw dla udzielenia ochrony ze strony porządku prawnego. Por. H. J. Hirsch, *Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuerer Kriminalitätsformen*, w: H.-H. Kühne, K. Miyazawa (red.), *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Köln-Berlin-Bonn-München 1995, s. 11, 16; Pojęcie immanentnie systemowego dobra prawnego nie stanowi także li tylko innego określenia dla *ratio legis*, lecz jest pojęciem o znacznie ostrzejszych konturach.

Jako *łączny rezultat* powyższych rozważań można stwierdzić co następuje:

- 1) Zasadne jest coraz powszechniejsze odchodzenie od stanowiska, że zakres prawa karnego jest określany i limitowany uprzednio wyznaczonymi dla niego dobrami prawnymi. Pojęcie dobra prawnego nie jest właściwym elementem określającym uprzednio wyznaczone prawu karnemu granice. Czynnikiem takim może być tylko kara i zakres jej państwowej legitymacji.
- 2) Pojęcie dobra prawnego ma jednak znaczenie w postaci jego systemowo immanentnej funkcji w ramach prawa pozytywnego. Z przekonywających powodów jest to w dalszym ciągu pogląd dominujący.
- 3) Przydatność tego pojęcia jest jednakże zagrożona przez to, iż obserwuje się silną tendencję do jego rozmiękczenia, zwłaszcza w ramach wykładni nowych regulacji prawnokarnych.
- 4) Wskazane zjawisko dematerializacji nie powinno jednak skłaniać do całkowitej względnie częściowej rezygnacji z pojęcia systemowo immanentnego dobra prawnego. Stawia ono raczej przed nauką zadanie podjęcia próby jego bardziej precyzyjnego zdefiniowania oraz sformułowania w ten sposób wyraźnych dyrektyw dotyczących stosowania i weryfikowania określonych regulacji, jak również ich ewentualnego krytykowania.

ON THE CURRENT CONDITION OF THE DEBATE OVER THE NOTION OF LEGAL GOOD

S u m m a r y

It is legitimate to talk about a decrease in popularity of the view that the scope of criminal law is set out and limited by the legal goods that are previously selected for it. The notion of a legal good is not the actual element determining the borderlines previously drawn for the criminal law. Penalty and the scope of its national legitimacy can only play this role. However, the notion of legal good is significant in the form of its systemically immanent function within the positive law. This argument is still dominant, since the arguments in favour of it appear convincing enough. However, the usefulness of this notion is threatened by the current tendency to dissolve it, especially within the interpretation of the new criminal law regulation. This dematerialisation phenomenon does not discard partly or completely the notion of systemically immanent legal good. Instead, it challenges science to make an attempt at redefining or reformulating the directives of applying and verifying specific regulations, and possibly also criticising them.