

## Ewa Grzęda<sup>1</sup>

Instytut Prawa Ekonomii i Administracji Uniwersytetu  
im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie

## Maciej Juzaszek<sup>2</sup>

Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej Uniwersytetu Wrocławskiego

# O pochodzeniu dóbr prawnych w liberalnym systemie prawa karnego – uwagi wstępne

## 1. Wstęp

Spośród różnych instrumentów przymusu państwowego, prawo karne ma dla obywateli najbardziej represyjny charakter. Posługuje się ono sankcjami dotkliwie naruszającymi najistotniejsze i najbardziej żywotne interesy i prawa osoby karanej takie jak jej wolność czy własność. Ponadto jak twierdzą zwolennicy ekspresywnej funkcji prawa karnego, celem kary kryminalnej jest również napiętnowanie sprawcy za popełnienie czynu zabronionego przez prawo, co stanowi dodatkową dolegliwość spotykającą sprawcę<sup>3</sup>. Jest to cecha odróżniająca, co do zasady, domenę prawa karnego od innych dziedzin prawa – np. prawa cywilnego. Co więcej, występująca w obszarze wymiaru sprawiedliwości i karania dysproporcja w układzie sił między pozycją jednostki i państwa sprawia, że szczególną wagę przywiązujemy do zapewnienia odpowiednich gwarancji interesom i prawom jednostki, co manifestuje się chociażby nałożeniem na prawo karne ograniczeń o randze zasad ustrojowych takich jak zasada subsydiarności prawa karnego (*ultima ratio*) czy obowiązek wprowadzania dostatecznie precyzyjnych norm prawnokarnych w przepisach o randze ustawowej (*nullum crimen sine lege*). Zagadnienie to ma szczególne znaczenie w przypadku przyjęcia leżącego u podstaw niniejszego artykułu normatywnego założenia o demokratycznym i liberalnym paradygmacie myślenia o państwie, w ramach którego wolność jednostki powinna być wartością podstawową.

W związku z tym ustawodawca nie może unikać odpowiedzi na pytanie o uzasadnienie wyodrębnienia zachowań zakazanych przez prawo karne i podlegających karze. Powinien on przedstawić racje, dla których decyduje o wyrażeniu poparcia dla określonych wartości czy dóbr lub też dezaprobaty dla określonych typów zachowań, a także

<sup>1</sup> Numer ORCID: 0000-0003-3917-1272. Adres e-mail: [e.grzeda@nqlegal.pl](mailto:e.grzeda@nqlegal.pl)

<sup>2</sup> Numer ORCID: 0000-0002-8187-1945. Adres e-mail: [m.juzaszek@gmail.com](mailto:m.juzaszek@gmail.com)

<sup>3</sup> R.A. Duff, *Towards a Modest Legal Moralism*, „Criminal Law and Philosophy” 2014/8, s. 219–220.

tych, dla których stwarza instytucjonalne ramy pociągania do odpowiedzialności karnej ich sprawców. Prowadzi to do sformułowania w nauce prawa karnego różnych teorii kryminalizacji, stanowiących instrumentarium argumentacyjne dla ustawodawcy. Teorie te można podzielić na materialne, tj. wyznaczające zakres zachowań podlegających kryminalizacji oraz proceduralne, tj. określające zestaw kryteriów decyzyjnych mających na celu przeprowadzenie procesu kryminalizacji zgodnie z przyjętymi założeniami.

O ile w anglosaskiej nauce prawa karnego mamy do czynienia z dość ożywioną dyskusją odnośnie do moralnych granic kryminalizacji, w której najistotniejszą rolę pełnią teorie sformułowane przez Joela Feinberga czy Andrew Simestera i Andreasa von Hirscha, o tyle na gruncie nauki kontynentalnej pozostającej pod wpływem myśli niemieckiej, do której zalicza się również polską doktrynę prawa karnego, namysł nad granicami kryminalizacji koncentruje się – z jednej strony – wokół pojęcia dobra prawnego (*Rechtsgut*), z drugiej zaś – odwołuje się zasad rangi ustrojowej (*ultima ratio, de minimis* czy zasady proporcjonalności).

Autorzy niniejszego artykułu skupiają się na problematyce pochodzenia dóbr prawnych. Wychodząc od polskiej teorii prawa karnego reprezentującej kontynentalne podejście do kryminalizacji, autorzy zadają pytania, w jaki sposób powstają dobra prawne i co nadaje im ich specjalny – prawny – status: czy są one pochodnymi dóbr pochodzących z pozaprawnych systemów normatywnych (podejście systemowo-transcendentne), czy też są kreowane przez system prawny, a konkretnie przez prawodawcę (podejście systemowo-immanentne). Poniżej zostanie zaprezentowanych kilka potencjalnych teorii, które mogą to wyjaśniać, a następnie z punktu widzenia liberalnego podejścia do prawa karnego zostaną poddane krytyce trzy podstawowe interpretacje podejścia systemowo-transcendentnego. Wreszcie, zostaną przedstawione argumenty za kontraktualistyczną interpretacją podejścia systemowo-immanentnego, według którego to prawodawca kreuje dobra prawne, jednakże jego decyzje powinny być uzasadnione za pomocą odpowiednich racji w procesie hipotetycznej umowy społecznej. Rozważania zawarte w artykule mają charakter wstępny, przygotowują one bowiem grunt pojęciowy pod zaproponowanie w przyszłości koherentnej koncepcji systemowo-immanentnej.

## 2. Kontynentalne teorie kryminalizacji

Jak wspomniano powyżej, w tradycji kontynentalnej podstawową kategorią odnoszącą się do kryminalizacji jest pojęcie dobra prawnego<sup>4</sup>. Polska doktryna prawa karnego kładzie silny nacisk na realizację przez prawo, a w szczególności prawo karne, funkcji ochronnej, którą określa się mianem podstawowej<sup>5</sup>. Pewne obiekty, zdarzenia, idee, stosunki społeczne stanowią przedmiot pozytywnego wartościowania z punktu widzenia prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa i w związku z tym można je określić mianem dóbr społecznych. Wskazuje się, że prawo ma zapewnić przestrzegającym go obywatelom ochronę i stworzyć poczucie bezpieczeństwa, dlatego też nadaje wybranym, szczególnie istotnym dobrom społecznym gwarancję ich ochrony. Najsilniejszym

<sup>4</sup> T. Kaczmarek, *Dobro prawne i społeczna szkodliwość czynu*, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*. Tom 3. *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2017, s. 282; N. Persak, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, Nowy Jork 2007, s. 104–117; M. D. Dubber, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, „The American Journal of Comparative Law” 2005/3, s. 679–707.

<sup>5</sup> A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie prawo karne*, Kraków 2010, s. 39 i n.

wyrazem tej ochrony są normy prawa karnego. Na takim stanowisku stanęli również twórcy Kodeksu karnego z 1997 r.<sup>6</sup>, stwierdzając w jego uzasadnieniu:

Nowe prawo karne musi przyjąć nową aksjologię odpowiadającą demokratycznemu państwu prawa, w którym prawo karne służy ochronie systemu podstawowych wartości i nie jest przede wszystkim instrumentem polityki. Myślą przewodnią nowego prawa karnego musi być ochrona godności człowieka zarówno jako pokrzywdzonego, jak i sprawcy przestępstwa, a także ochrona dóbr służących człowiekowi, jego rozwojowi i pokojowemu współżyciu z innymi ludźmi<sup>7</sup>.

Koncepcja dobra prawnego stanowi zatem w systemach kontynentalnych instrument wykreślenia granic kryminalizacji oraz centralny termin wykładni norm prawa karnego. Dobro prawne określa zakres zachowań szkodliwych, tj. naruszających je lub mu zagrażających, zasługujących na reakcję karną (funkcja zewnętrzna dobra prawnego), a także pozwala wprowadzić rozgraniczenia między samymi zachowaniami szkodliwymi w obrębie systemu prawa karnego (funkcja wewnętrzna dobra prawnego). W polskiej nauce prawa karnego koncepcja dobra prawnego ma od lat niekwestionowany charakter<sup>8</sup>. Twierdzi się wręcz, że budowa modelu odpowiedzialności karnej nieopartej na idei dobra prawnego musiałaby budzić wątpliwości z punktu widzenia podstawowych założeń ustrojowych, w szczególności zasady demokratycznego państwa prawnego, a ponadto model taki nastęrczałby więcej problemów dogmatycznych niż obecny oparty na koncepcji dobra prawnego<sup>9</sup>.

Proces kryminalizacji ujmowany jest często jako sposób rozstrzygnięcia kolizji dóbr prawnych, w którym po jednej stronie znajdują się dobra prawne ofiary, po drugiej zaś – sprawcy czynu zabronionego, zaś po obu stronach konfliktu ważne są ponadto interesy zbiorowości podlegającej określonej porządkowi prawnemu<sup>10</sup>. Kwintesencją powyższych poglądów jest stanowisko polskiego Trybunału Konstytucyjnego (dalej: „TK”), który rozpoznając problem zgodności z ustawą zasadniczą typu czynu zabronionego kryminalizującego zniesławienie stwierdził, że:

Uregulowanie pomówienia jako przestępstwa oznacza, iż ustawodawca uważa generalnie ten czyn za społecznie szkodliwy, a więc za naruszenie dobra wspólnego, a nie tylko za „czyste” naruszenie praw podmiotowych innych osób. Z tego punktu widzenia uzasadnieniem sankcji karnej za zniesławienie jest dążenie do podkreślenia, że również państwo (wspólnota państwowa), a pośrednio Naród jako suweren negatywnie oceniają naruszenie dobrego imienia i czci i potępią takie zachowania<sup>11</sup>.

W polskiej doktrynie prawa karnego stanowisko to popiera np. Jan Kulesza stwierdzając, że podejście to „znajduje oparcie na gruncie doktryny prawa karnego w konstrukcji dobra prawnego oraz społecznej szkodliwości czynu, odwołujących się do kontekstu społecznego zarówno dobra społecznego przekształcanego w dobro prawne, jak i społecznej oceny zachowania poddanego kryminalizacji ocenianego jako społecznie szkodliwe”<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1138), dalej: „k.k.”.

<sup>7</sup> *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1994/3, s. 3.

<sup>8</sup> A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie...*, s. 39.

<sup>9</sup> S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 95.

<sup>10</sup> H.-L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1983, s. 169.

<sup>11</sup> Wyrok TK z 30.10.2006 r. (P10/06), OTK ZU 2006/9A, poz. 128.

<sup>12</sup> J. Kulesza, *Problemy teorii kryminalizacji*, Łódź 2017, s. 83–84, 292.

W kontynentalnej nauce prawa karnego przyjmuje się zatem, że najistotniejszym celem, który mają wypełniać normy prawa karnego jest ochrona dóbr prawnych. Podkreśla się, że każda regulacja prawa karnego musi koniecznie wypełniać funkcję ochronną, inne zaś nie mają charakteru koniecznego. Innymi słowy, nie możemy mieć do czynienia z normą prawa karnego wypełniającą np. funkcję represyjną, ale nierealizującą funkcji ochronnej. Wprowadzenie do systemu prawa karnego regulacji, która nie zmierza do ochrony partykularnego dobra prawnego uchybia wymogom konstytucyjnym i nie powinno się w takim systemie ostać.

Pozytywna ocena wydawana w odniesieniu do dobra prawnego łączy się immanentnie z dezaprobatą dla stanów rzeczy, które narażają je na niebezpieczeństwo lub po prostu naruszają. W związku z tym pojęcie dobra prawnego w sposób naturalny łączy się z regułą społecznej szkodliwości czynu (lub według innej nomenklatury: społecznego niebezpieczeństwa czynu). Jak wskazuje Tomasz Kaczmarek:

(...) racjonalny ustawodawca w każdym wypadku obejmować może działaniem zakazów tylko takie zachowania społecznie niepożądane, które prowadzą do naruszenia lub narażenia dobra prawnego w stopniu przekraczającym próg społecznej akceptacji bądź tolerancji dla zachowań ryzykownych, a więc przekraczających tzw. dopuszczalne ryzyko zwykle czy nowatorskie, podjęte z naruszeniem warunków jego legalności<sup>13</sup>.

Pojęcie dobra prawnego wraz z regułą społecznej szkodliwości (niebezpieczeństwa) czynu stanowi zwykle pierwszy element teorii kryminalizacji formułowanych w doktrynie krajowego prawa karnego. Przyjrzyjmy się temu na przykładzie dwóch teorii kryminalizacji zaproponowanych w ostatnich latach przez Roberta Zawłockiego oraz Jana Kuleszę.

Zgodnie z teorią R. Zawłockiego na proces kryminalizacji mają wpływ szczególne założenia, które autor ten określa mianem kryteriów kryminalizacji, a na których ustawodawca powinien oprzeć akt zakazania i opatrzenia sankcją określonej kategorii zachowań. Do kryteriów tych należy w pierwszej kolejności zidentyfikowanie dobra prawnego, które norma prawa karnego ma chronić w myśl reguły *nullum crimen sine periculo sociali*. Drugim kryterium jest wymóg dostatecznego określenia zestawu znamion czynu zabronionego w ustawie karnej w myśl zasady *nullum crimen sine lege certa et stricta*. Trzecie związane jest zaś z zasadą subsydiarności prawa karnego. Czwartym jest natomiast proporcjonalność aktu kryminalizacji. Piątym – kwestia ukierunkowania normy prawnokarnej również na pełnienie przez nią funkcji kompensacyjnej, zaś szóstym i ostatnim kryterium jest wymóg skuteczności regulacji prawa karnego wynikający z racjonalności ustawodawcy, który wprowadza do porządku prawnego wyłącznie normy, co do których istnieje uzasadnione przypuszczenie, że okażą się skutecznym środkiem dla osiągnięcia założonego przez prawodawcę celu<sup>14</sup>.

W ostatnim czasie w polskiej doktrynie prawa karnego coraz silniejszą rolę odgrywa podejście zgodnie z którym dominującą rolę w procesie kryminalizacji odgrywa nie tylko konieczność ochrony dobra prawnego, ale także poszanowanie podstawowej zasady

<sup>13</sup> T. Kaczmarek, *Dobro...*, s. 289. Podobne stanowisko zajmują autorzy na gruncie nauki niemieckiej, austriackiej i szwajcarskiej. Zob. O. Triffterer, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wiedeń–Nowy Jork 1994, s. 14, 17; R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, Heidelberg 1992, s. 169; K. Seelmann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bazylea 2021, s. 6–7.

<sup>14</sup> R. Zawłocki, *Kryminalizacja obrotu gospodarczego w Polsce*, w: T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Bielsko-Biała 2006, s. 214; R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 209.

ustrojowej państwa prawnego – zasady proporcjonalności. Przykładowo, w czteroelementowej teorii J. Kuleszy zasada proporcjonalności *sensu stricto* stanowi czwarty etap procesu kryminalizacji<sup>15</sup>. Zasadę tę autor przy tym rozumie w ślad za orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego jako obejmującą konieczność zachowania „(...) odpowiedniej proporcji między dobrami, których dana ingerencja dotyka, a dobrami, które ma ona w założeniu chronić.”<sup>16</sup>. W polskim porządku prawnym będzie się to ograniczać do możliwości ochrony enumeratywnie wyliczonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP<sup>17</sup> wartości, tj. bezpieczeństwa lub porządku publicznego, ochronę środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób.

W kontynentalnych doktrynach prawa karnego można odnaleźć spolaryzowane poglądy dotyczące genezy dóbr prawnych. Zwolennicy pierwszego ze stanowisk, które można określić mianem systemowo-transcendentnego (*Systemtranszendent*) podnoszą, że dobra prawne pochodzą w istocie spoza systemu prawa, tj. z pozaprawnego systemu normatywnego (na który składają się normy moralne czy normy prawa naturalnego) lub przedprawnego porządku społecznego (normy społeczne<sup>18</sup>)<sup>19</sup>. W ramach paradygmatu transcendentnego podkreśla się, że dobra prawne powstają na społecznym rozumieniu wartości, które nie mogą być przez ustawodawcę ignorowane. Społeczeństwo wykształciło pewne istotne dla siebie stosunki społeczne i wartości, które następnie chroni za pośrednictwem norm prawa karnego oraz sankcji karnych. Oznacza to, że bezprawie danego rodzaju czynu jest niezależne od oceny ustawodawcy, który bezprawia tego nie tworzy, lecz je odnajduje i transponuje jedynie do systemu prawa. Zatem zgodnie z tym podejściem dobro prawne to pewna dana wartość pozaprawna, która zasługuje na ochronę prawną i występuje odnośnie do tego silny konsensus<sup>20</sup>.

Z drugiej strony zwolennicy podejścia systemowo-immanentnego wskazują, że to ustawodawca określa zakres zachowań zakazanych i nie jest zobowiązany odwoływać się do kategorii pozaprawnych<sup>21</sup>. Dobra prawne nie są zatem dane i odkrywane przez ustawodawcę, lecz przez niego konstruowane. Za pomocą norm prawa karnego powołuje on zatem do istnienia katalog dóbr prawnych, które mogą, lecz nie muszą, odzwierciedlać porządku dóbr społecznych. Jest on związany jedynie porządkiem konstytucyjnym i w jego obrębie przysługuje mu swoboda ustalania dóbr, którym przyznaje ochronę. Przytoczyć można tu np. stanowisko niemieckiego sądu konstytucyjnego, który uznał, że ustawodawca ma swobodę w wyborze celów norm prawa karnego do momentu napotkania przeszkody w postaci norm konstytucyjnych<sup>22</sup>.

Powyżej zaprezentowaliśmy skrótowe rozważania na temat aktualnego stanu dyskusji na temat wyznaczania granic kryminalizacji w nauce prawa karnego. Niezależnie od różnic dzielących koncepcje poszczególnych autorów w aspekcie dotyczącym określania kryteriów decyzyjnych mających na celu przeprowadzenie procesu kryminalizacji,

<sup>15</sup> J. Kulesza, *Problemy...*, s. 31.

<sup>16</sup> J. Kulesza *Zarys teorii kryminalizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2014/11–12, s. 106; J. Kulesza, *Problemy...*, s. 224.

<sup>17</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej: „Konstytucja RP”.

<sup>18</sup> Przykładowo, według W. Hassemera czyn zabroniony stanowią wyłącznie naruszenia zagwarantowanych przez umowę społeczną wolności. Zob. M. Krüger, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin 2000, s. 65.

<sup>19</sup> H.J. Hirsch, *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002/1, s. 3 i n.

<sup>20</sup> W. Hassemmer, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 1989/12, s. 559.

<sup>21</sup> A. Rybak-Starczak, *Pojęcie i funkcja dobra chronionego prawem w systemie polskiego prawa karnego*, niepublikowana praca doktorska, rozdział II, Poznań 2005.

<sup>22</sup> I. Appel, *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus Verfassungsrechtlicher Sicht*, „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” 1999/82, s. 278 i n.

we wszystkich tych teoriach powtarza się wymóg spełniania przez regulację prawnokarną przynajmniej jednego celu, tj. ochrony dobra prawnego.

### 3. Źródła dóbr prawnych

Jak zostało już wskazane powyżej, pojęcie dobra prawnego jest trudno uchwytnie, a przez to w dużej mierze od podmiotu nim operującego zależy nadana mu treść. Jest to jeden z powodów dla którego podlega ono postępującej dematerializacji (*Entmaterialisierungstendenz*) oraz „uduchowieniu” (*Vergeistigung*), co oznacza, że odnoszone jest ono do coraz to bardziej abstrakcyjnych stanów<sup>23</sup>, szczególnie w kontekście dynamicznie rozwijających się dziedzin życia społecznego, np. w transporcie, obrocie gospodarczym, ochronie informacji czy środowiska naturalnego. Jak zauważa H.J. Hirsch sprawa to, że przydatność pojęcia dobra prawnego staje się w tych dziedzinach coraz mniejsza<sup>24</sup>.

Podstawową formą radzenia sobie z tym problemem wydaje się być systemowo-transcendentne rozumienie dobra prawnego, tzn. odwołanie się do pozaprawnych systemów aksjologicznych oferujących spójny katalog wartości, z którymi ustawodawca nie może popaść w sprzeczność ani ich obchodzić. Poniżej zaproponowane zostaną trzy możliwe podejścia systemowo-transcendentnego: empiryczne, etyczne oraz dezintegracyjne. Według pierwszego z nich dobra prawne ugruntowane są w przekonaniach moralnych społeczeństwa, według drugiego w dobrach moralnych wynikających z danej teorii etycznej, według trzeciego zaś z norm społecznych mających na celu powstrzymanie dezintegracji społecznej.

#### 3.1. Empiryczna koncepcja dóbr prawnych

U podstaw koncepcji empirycznej leży założenie, że wartości chronione przepisami prawa karnego mają charakter przedprawny, a wynikają z faktycznie panujących w danej społeczności przekonań odnośnie do szkodliwości danych zachowań. Przekonania te mogą mieć charakter moralny, religijny czy nawet pragmatyczny. Rolą ustawodawcy jest zaś poprawne odczytanie tych wartości i włączenie ich do systemu prawa pod postacią dóbr chronionych przez prawo. Przykładem podejścia społecznego jest następujący wywód polskiego Sądu Najwyższego (dalej: „SN”), który wskazał:

Przestępstwem jest czyn (...) godzący w substancjalne dobra społeczne uznawane przez społeczeństwo i pozostające pod protekcją nie tylko prawa karnego, ale i innych systemów normatywnych, w tym moralności, powinności wynikającej z poczucia tradycji i tożsamości narodowej. Czyn ten musi wykazywać obiektywną aspołeczność, w tym sensie, że zawsze występuje przeciwko wartościom akceptowanym przez daną zbiorowość<sup>25</sup>.

Z tego punktu widzenia wybrany przez ustawodawcę katalog wartości włączonych do systemu normatywnego jako dobra prawne może być oceniany krytycznie jako nieodpowiadający przekonaniom żywionym w społeczeństwie. W razie podjęcia decyzji o kryminalizacji określonej grupy zachowań, które nie chronią żadnego dobra lub kreują dobro niemające swojego odzwierciedlenia w społeczeństwie należy oczekiwać podjęcia

<sup>23</sup> D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012, s. 185.

<sup>24</sup> H.J. Hirsch, *W kwestii...*, s. 12–13.

<sup>25</sup> Wyrok SN z 26.09.2003 r. (WK 18/03), OSNwSK 2003/1, poz. 2054.

przez właściwe organy państwa czynności konwencjonalnych mających na celu eliminację takiej normy z porządku prawnego.

Myśl ta uwidoczniła się na kanwie wyroku polskiego SN uniewinniającego polskiego opozycjonistę z czasów Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej od zarzutów działalności w niezależnym od władzy komunistycznej związku zawodowym oraz zaangażowania w akcje strajkowe. Orzeczenie to stanowi:

Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wydanych po 1990 r. wielokrotnie i konsekwentnie wyrażał pogląd, że – w związku ze skazaniami członków N.S.Z.Z. „Solidarność” po wprowadzeniu w Polsce stanu wojennego – wprowadzone w tym czasie zakazy godziły w powszechnie uznawane prawa i wolności obywatelskie i nie były przez społeczeństwo polskie akceptowane, zaś zabronione przez nie zachowania, polegające na przeciwstawianiu się metodami pokojowymi następstwom wprowadzenia stanu wojennego były zgodne z żywotnymi interesami społeczeństwa. Dlatego nie wykazywały one cech społecznego niebezpieczeństwa stanowiącego konstytutywny element przestępstwa<sup>26</sup>.

Warto podkreślić, że Sąd Najwyższy mówiąc o „powszechnie uznawanych prawach i wolnościach obywatelskich” nie odnosi się do nich jako do wartości obiektywnych ani do przejawów woli ustawodawcy komunistycznego, ale traktuje je jako poglądy większości ówczesnego społeczeństwa (z początku lat 80. XX w.).

Krytyka koncepcji empirycznej może być prowadzona z dwóch perspektyw. Z jednej strony poznanie oceny każdego czynu we współczesnym społeczeństwie jest niezwykle trudne, jeśli nie całkowicie niemożliwe. Musiałoby bowiem opierać się na wyjątkowo szeroko zakrojonych badaniach socjologicznych, co rodzi wiele problemów metodologicznych czy ekonomicznych. Co więcej, w skomplikowanej i pluralistycznej rzeczywistości społecznej nie sposób doszukiwać się powszechnej jednolitości przekonań moralnych wspólnych dla wszystkich członków danej zbiorowości. Istnieje – co prawda – pewien zbiór norm wyznawanych przez zdecydowaną większość społeczności, stanowiący rdzeń prawa karnego współczesnego państwa, do którego należą np. zakaz zabijania czy kradzieży, jednakże im dalej od tego rdzenia, tym bardziej zróżnicowanego stopnia akceptacji społecznej można się spodziewać. Składa się na to również zmniejszenie transparentności katalogu wartości chronionych przez prawo karne<sup>27</sup>. Przykładem mogą być tu np. kwestia kryminalizacji posiadania marihuany lub pogwałcenia prawa autorskiego poprzez ściąganie z internetu plików za pomocą usług P2P (*peer-to-peer*), co do których brak wyraźnego społecznego konsensusu odnośnie do potępienia tego typu zachowań.

Jednakże nawet gdyby udało się zrekonstruować spójny system wartości w społeczeństwie, nie stanowiłoby to jeszcze dostatecznego argumentu, by narzucać ją pozostałym jej uczestnikom. Zgodnie bowiem z Humowskim rozróżnieniem sfery bytu i powinności z faktu, że w danym społeczeństwie wyznawany jest określony pogląd moralny, nie można wyciągać normatywnej konkluzji, iż pogląd ten jest słuszny, a co za tym idzie – powinien być egzekwowany prawnie.

Przypomnieć wystarczy, że system moralny lub religijny żywiony powszechnie w społeczności może się wiązać z preferowaniem przez jego członków wartości

<sup>26</sup> Wyrok. SN z 3.04.2003 r. (III KRN 2/03), niepubl.

<sup>27</sup> W. Hassemer, *The Harm Principle and the Protection of 'Legal Goods' (Rechtsgüterschutz): A German Perspective*, w: A.P. Simester, A. Du Bois-Pedain, U. Neumann (red.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas Von Hirsch*, Oksford 2014, s. 195–197.

odmiennych od tych, które tradycyjnie łączą się z pojęciem państwa prawa. W wyborach do Reichstagu w 1933 r. niemal 40% obywateli Republiki Weimarskiej uprawnionych do głosowania oddało swój głos na program polityczny Narodowosocjalistycznej Niemieckiej Partii Robotników (NSDAP) oparty na antysemityzmie i szowinizmie. Dzięki koalicji z partią centrową partia nazistowska w demokratyczny sposób osiągnęła większość parlamentarną i otrzymała mandat do budowania nowej aksjologii stojącej u podstaw III Rzeszy.

W związku z powyższymi argumentami przeciwko koncepcji empirycznej należy uznać, że model kryminalizacji powinien być oparty na zbiorze wartości niebędących prostą sumą przekonań członków społeczeństwa, wynikających często z braku dostatecznej edukacji czy preferowania bieżących partykularnych interesów wchodzących w konflikt z interesem nie tylko całej wspólnoty, ale także mniejszości czy innych jednostek.

### 3.2. Etyczna koncepcja dóbr prawnych

O ile koncepcja empiryczna ma charakter deskryptywny, tzn. odnosi się do pewnego zdanego zbioru poglądów w społeczeństwie odczytywanych przez ustawodawcę w mniej lub bardziej poprawny sposób, o tyle koncepcja etyczna ma charakter jednoznacznie normatywny. Oznacza to, że odnosi się nie do tego, co jest, a do tego, co powinno być, a więc do jakiejś określonej teorii etycznej (zwanej również za Herbertem L.A. Hartem moralnością krytyczną) zawierającej normy etyczne słuszne z punktu widzenia określonego systemu wartości, niekoniecznie faktycznie wyznawane przez społeczeństwo (normy, które powinniśmy realizować w przeciwieństwie do norm faktycznie realizowanych).

W jaki sposób jednak odnaleźć normy aksjologiczne, które za pośrednictwem kryminalizacji powinien urzeczywistniać ustawodawca? W wielu współczesnych systemach prawnych – m.in. w polskim – wskazuje się, że możemy go odnaleźć pośród norm konstytucyjnych bądź równoważnych konstytucyjnym.

Powołanie się na postanowienia konstytucji nie wydaje się jednak wyjaśnieniem satysfakcjonującym. Objasnia ono bowiem dostatecznie kwestię możliwości stanowienia dóbr prawnych przez ustawodawcę zwykłego, który jest przy tej czynności związany aksjologią wyrażoną w ustawie zasadniczej, ponownie jednak nie tłumaczy w żaden sposób, jak dochodzi (lub powinno dochodzić) do wyodrębnienia owego obiektywnego porządku wartości konstytucyjnych. W tym miejscu można właśnie przywołać koncepcję etyczną, która, jako rozwiązanie tego problemu, proponuje odwołanie się do obiektywnie obowiązującego porządku normatywnego istniejącego niezależnie od systemu prawa stanowionego, który nie tylko wyznacza granice dla ustawodawcy konstytucyjnego, ale także stanowi katalog najbardziej podstawowych i niezmiennych wartości, którym powinna zostać zagwarantowana ochrona prawna.

Przykładem takiej koncepcji dóbr prawnych może być idea genezy godności ludzkiej, leżącej u podstaw konstytucyjnych praw człowieka. Zgodnie z nią w kontekście wyboru dóbr prawnych ustawodawca związany jest porządkiem konstytucyjnym, z którego pochodzi wiążący katalog wartości. Skąd jednak katalog ten pochodzi, w jaki sposób został on ustanowiony przez ustrojodawcę konstytucyjnego? Weźmy jako przykład Konstytucję RP, której art. 30 stanowi, że: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. (...)”. Na tym gruncie podnosi się, że polski ustrojodawca wyraźnie przyznaje, iż to nie on jest dysponentem



wolności i praw człowieka<sup>28</sup>. W związku z tym żadna wolność i żadne prawo nie mogą się sprzeciwiać godności człowieka. Podobnie stwierdza Ewa Plebanek, dochodząc do wniosku za przedstawicielami doktryny prawa konstytucyjnego, że zarówno na płaszczyźnie ustawy zasadniczej, jak i ustawodawstwa zwykłego prawodawca nigdy nie nadaje fundamentalnych praw człowieka, które wynikają z godności, lecz z uwagi na społeczny charakter bytu człowieka na płaszczyźnie normatywnej dochodzi do nadania kształtu, treści, zasad stosowania i dochodzenia owym przyrodzonym prawom i wolnościom<sup>29</sup>. Oznacza to, że dobra prawne wywodzą się, za pośrednictwem wartości konstytucyjnych, od pewnych dóbr niezależnych od systemu prawa stanowionego mających swoje oparcie w prawie naturalnym, przez co są niezależne od władczej decyzji ustawodawcy oraz przekonań moralnych żywionych w danym społeczeństwie.

Przyjęcie takich założeń będzie jednak pośrednio rzutować również na swobodę wyboru systemu aksjologicznego przez ustawodawcę. Nie może on być bowiem sprzeczny z owym rdzeniem, na który składają się prawa przyrodzone każdemu człowiekowi, a dobra prawne obdarzane przez grupę rządzącą ochroną powinny albo wspomagać pełną realizację praw przyrodzonych jednostki, albo przynajmniej nie wchodzić z nimi w konflikt. Stąd też można wyprowadzać wskazywany nawet we współczesnej doktrynie prawa karnego podział przestępstw na tzw. *mala in se* oraz *mala prohibita*. Zupełnie jednak inną rzeczą jest ocena owego braku konfliktu – może ona bowiem wynikać z odmiennych interpretacji treści praw przyrodzonych jednostce. A zatem dwa systemy uznające godność człowieka za dobro nieusuwalne, uniwersalne, którego jednostka nie może się zrzec mogą jednocześnie zawierać odmienne rozwiązania instytucjonalne w odniesieniu do wartości, jaką jest np. życie ludzkie w zależności od tego, czy godność interpretowana jest w nich z punktu widzenia np. personalizmu chrześcijańskiego, Kantowskiej deontologii czy utilitaryzmu.

Warto wskazać, że w artykule autorzy przyjmują założenie o woluntaryzmie ustawodawcy, zgodnie z którym to ustawodawca konstytuuje dobra prawne „powołując je do życia” za pomocą tworzonych przez niego norm prawnych. Dobra prawne nie istnieją zatem poza systemem prawa. Możemy mieć do czynienia, rzecz jasna, z dobrami moralnymi czy prawami naturalnymi, których katalog może pokrywać się z katalogiem dóbr prawnych. Nie mają one jednak automatycznie charakteru prawnego – by taki uzyskać konieczna jest decyzja prawodawcy. Z tego punktu widzenia etyczna koncepcja dóbr prawnych ma charakter systemowo-transcendentny, gdyż ustawodawca jest etycznie zobligowany do przyjęcia określonego katalogu norm prawnych odpowiadającego katalogowi norm moralnych według danej teorii etycznej (jak np. w koncepcji moralistycznej Michaela Moore’a<sup>30</sup>). Oznacza to, że w ramach koncepcji etycznej decyzja ustawodawcy odnośnie do katalogu dóbr prawnych oparta jest ostatecznie na kryterium normatywnym leżącym poza systemem prawa stanowionego. To ono zakreśla ustawodawcy granice, w których może się poruszać realizując swoją politykę kryminalną. Oznacza to, że należy odmówić waloru przynależności do systemu prawa normom, które stoją w rażącej sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa natury. Przykładowo – gdyby ustawodawca chciał dokonać kryminalizacji relacji intymnych pomiędzy członkami różnych grup etnicznych zostałaby ona uznana za sprzeczną z zasadą poszanowania

<sup>28</sup> A. Zoll, *Godność człowieka jako źródło wolności i praw*, w: A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałgas, K. Wiak (red.), *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak*, Lublin 2006, s. 280.

<sup>29</sup> E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 698.

<sup>30</sup> Zob. M. Moore, *Placing Blame*, Oxford 2010, s. 70–78.

godności ludzkiej wynikającej z prawa naturalnego, a przez to pozbawioną odpowiedniej legitymacji etycznej. Przyjęcie koncepcji etycznej wiąże się zatem z uwikłaniem dyskusji o kryminalizacji w debaty z zakresu metaetyki (w zakresie tego, w jaki sposób istnieją normy czy dobra moralne, i jakie są ich relacje z prawem) oraz zakresu etyki normatywnej (w zakresie podjęcia decyzji odnośnie do tego, który system etyczny jest poprawny) oraz powiązaniem polityki kryminalizacyjnej państwa z określoną doktryną etyczną, co we współczesnym demokratycznym i pluralistycznym społeczeństwie urzeczywistniającym zasadę neutralności światopoglądowej państwa wydaje się nie być dopuszczalne<sup>31</sup>. Natomiast oczywiście w granicach wyznaczonych przez tę zasadę oceny etyczne mające charakter zewnętrznej oceny prawa mogą posłużyć obywatelom do formułowania postulatów jego zmiany w procesie politycznym.

### 3.3. Dezintegracyjna koncepcja dóbr prawnych

Wreszcie, według koncepcji dezintegracyjnej uzasadnieniem kryminalizacji jest obiektywnie rozumiane zagrożenie dla stosunków społecznych. Istota społecznego niebezpieczeństwa nie tkwi zatem ani w ocenie społecznej, ani w naruszeniu katalogu praw naturalnych czy dóbr moralnych, ale w obiektywnie negatywnym wpływie danej kategorii zachowań na całokształt stosunków społecznych<sup>32</sup>. Zachowania takie godzą w wartości fundamentalne dla zachowania ładu społecznego, które można utożsamiać z „uniwersalnymi interesami społeczeństwa”<sup>33</sup>. Z jednej strony zatem państwo zobowiązane jest do zapobiegania zjawiskom, które w przypadku niezahamowanego rozprzestrzenienia się w sferze społecznej prowadziłyby do Durkheimowskiego stanu anomii, rozpadu więzi społecznych oraz wzmoczonego poczucia zagrożenia wśród członków wspólnoty, to zaś godziłoby w samo istnienie państwa i społeczeństwa. Z drugiej zaś – ustawodawca w rezultacie procesu kryminalizacji wyrabia w członkach wspólnoty posłuch dla przyjętego przez siebie systemu aksjologicznego, umacnia lub zaszczerpia w świadomości społecznej przekonanie o potrzebie ochrony pewnych wartości: „(...) zwłaszcza gdy istniejące w tej mierze odczucia społeczne okazałyby się nazbyt rygorystyczne czy – z punktu widzenia współczesnej wiedzy o racjonalnym prawie – wręcz anachroniczne”<sup>34</sup>.

By zilustrować powyższą koncepcję, wyobraźmy sobie ustawę, która dekryminalizuje przemoc wobec członków najbliższej rodziny, uznając ją jedynie za wykroczenie administracyjne. Można zakładać, że ustawa ta doprowadzi w konsekwencji do nasilenia się zjawiska przemocy domowej. Gdyby dekryminalizacja tego typu zachowań została rozszerzona prowadziłyby to z dużym prawdopodobieństwem do wzrostu poczucia bezkarności sprawców oraz poczucia zagrożenia i bezsilności ofiar, eskalacji przemocy w kierunku cięższych przestępstw takich jak: ciężkie uszkodzenie ciała, zgwałcenie, zabójstwo. Skutkowałoby tu osłabieniem, czy nawet degradacją więzi rodzinnych, co przekładałoby się na całość stosunków społecznych. Wzmocnienie kryminalizacji przemocy domowej mogłoby z kolei doprowadzić do zwiększenia ochrony podstawowej jednostki społecznej i wpłynąć pozytywnie na wzmocnienie więzów rodzinnych.

<sup>31</sup> Zob. W. Sadurski, *Moral Pluralism and Legal Neutrality*, Dordrecht–Boston–Londyn 1990, s. 149–165.

<sup>32</sup> R. Zawłocki, *Pojęcie...*, s. 116.

<sup>33</sup> R. Zawłocki, *Pojęcie...*, s. 108.

<sup>34</sup> T. Kaczmarek, *Racjonalny ustawodawca wobec opinii społecznej a populizm penalny*, „Archiwum Kryminologii” 2008/29–30, s. 522.

Również w stosunku do tej koncepcji można podnieść jednak poważne zastrzeżenia. W szczególności należy podkreślić, że takie uzasadnienie kryminalizacji daje pierwszeństwo wartościom istotnym z punktu widzenia społeczeństwa, nie zaś z punktu widzenia jednostki. Sfera wolności jednostki może podlegać znacznemu ograniczeniu w imię zachowania ładu społecznego. Podstawowym celem będzie zatem interes społeczny, jednostka może natomiast zostać sprowadzona do roli środka dla osiągnięcia tego celu. Podejście takie jest z gruntu sprzeczne z ideałami liberalnego państwa. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której w celu ochrony społeczeństwa przed przeludnieniem zakazuje się posiadania więcej niż jednego dziecka, czy też w celu wzmocnienia prokreacyjnej roli rodziny zabrania się aktów homoseksualnych.

Co więcej, omawiana koncepcja dezintegracyjna może wykazywać pewną przydatność w przypadku dóbr fundamentalnych (takich jak życie, zdrowie, mienie), których rola dla prawidłowego funkcjonowania wspólnoty jest wręcz intuicyjna i właściwie niekwestionowana. Pozwala to na wyodrębnienie dóbr należących do swoistego „rdzenia” prawa karnego. Rola interpretacji dezintegracyjnej nie jest już jednak tak oczywista w przypadku wartości zaliczanych tradycyjnie do trzeciej czy nawet drugiej generacji praw człowieka. Udowodnienie, że dobra te leżą też u podstaw całokształtu stosunków społecznych spajających w całość całą wspólnotę jest tu znacznie utrudnione, a rezultaty takiego zabiegu – wątpliwe. Koncepcja dezintegracyjna nie koresponduje przy tym z ciągłym rozwojem społeczeństwa i przemianami, jakie w nim zachodzą, a wręcz petryfikuje katalog wartości, które są niezbędne dla funkcjonowania wspólnoty jedynie w danym momencie. Natomiast w związku z nieuniknionym poszerzaniem katalogu wartości, które mogłyby być cenne dla społeczeństwa, dokonywanie prognoz na temat wpływu przyszłych kategorii zachowań godzących w te dobra na całokształt stosunków społecznych nosiłoby wszelkie znamiona „wróżenia z fusów”.

#### 4. W kierunku koncepcji systemowo-immanentnych

Biorąc pod uwagę fakt, że wobec każdej z powyższych interpretacji koncepcji systemowo-transcendentnych można sformułować poważne zastrzeżenia, trudno uznać, że któraś z nich pozwala na odpowiednio silnie uzasadnienie kryminalizacji. Dlatego właśnie uwaga powinna być skierowana ku koncepcjom systemowo-immanentnym, a więc tym, w których to ustawodawca decyduje o zawartości katalogu dóbr prawnych. Wobec koncepcji systemowo-immanentnych również można sformułować pewne wątpliwości. Założenie, że dobra prawne są wyprowadzane z przepisów prawa odbiera im rolę ograniczającą kryminalizacyjne zapędy ustawodawcy. Każda decyzja ustawodawcy odnośnie do katalogu dóbr prawnych jest bowiem prawnie uzasadniona. Nie sposób powiedzieć, że ustawodawca pomylił się tworząc dane dobro prawne, czy też że coś jest w rzeczywistości dobrem prawnym, mimo że ustawodawca nie zdecydował się na jego włączenie do katalogu<sup>35</sup>. Krytyka rozwiązań prawnych może być dokonywana jedynie za pomocą standardów zewnętrznych w stosunku do systemu prawa. Można zatem argumentować, że byłoby moralnie słuszne lub korzystne społecznie, by ustawodawca włączył dane dobro do katalogu dóbr prawnych. Tęgo typu krytyka nie wywołuje jednak żadnej zmiany w katalogu dóbr prawnych. Tęgo, pod wpływem ewentualnej krytyki, może dokonać jedynie sam ustawodawca.

<sup>35</sup> Rzecz jasna, zakłada się tu, że ustawodawca działa w ramach wyznaczonych mu przez normy konstytucyjne kompetencji i ograniczeń. Te bowiem stanowią inherentną część systemu prawa.

To że ustawodawca posiada swobodę w kreowaniu dóbr prawnych nie oznacza, że jego decyzje są arbitralne. W demokratycznych państwach prawa ustawodawca nie jest podmiotem władzy absolutnej, który nie musi się ani tłumaczyć ze swoich działań, ani ich uzasadniać. Wręcz przeciwnie – podejmując decyzje powinien kierować się odpowiednimi intersubiektywnymi racjami odnoszącymi się do tego, jakie wartości, stany rzeczy, stosunki, relacje lub instytucje mają według jego oceny pierwszorzędne znaczenie dla dobrostanu i niezakłóconego rozwoju danej zbiorowości ludzkiej.

W takim przypadku dobra prawne mają charakter obiektywny w tym sensie, że pewne wartości mają pozytywny walor dla społeczeństwa lub go nie mają przez pryzmat przyjętego systemu aksjologicznego. Z tego też punktu widzenia właśnie decyzje ustawodawcy o objęciu ochroną prawną (lub odmowie jej przyznania) mogą podlegać krytyce<sup>36</sup>. Nawet, jeśli ustawodawca nie odwołuje się do zewnętrznego wobec prawa systemu normatywnego i sam decyduje o tym, co powinno być dobrem chronionym prawnie, to musi się liczyć z zarzutami, że jego rozstrzygnięcia zostaną uznane za nieuzasadnione i błędne z racji braku wsparcia odpowiednimi racjami, co nie oznacza, że tracą one swój prawny (i wiążący dla jednostek) charakter, będzie to jednak oznaczać, że są one prawem złym, które należy zmienić.

Trudno odnaleźć przy tym w literaturze motywy, jakimi powinien się legitymować ustawodawca przy wyborze danego systemu aksjologicznego. Sprawia to, że ustawodawcy zostaje przyznane arbitralne, paternalistyczne uprawnienie do dokonania wiążącego społeczeństwo wyboru nie tyle poszczególnych dóbr prawnych, ile całego systemu wartości, z którego dobra te będą następnie odczytywane. W społeczeństwie chroniącym pozycję jednostki przed nielimitowaną ingerencją państwa w sferę jej wolności tego typu uprawnienie ustawodawcy domaga się jednak odpowiedniego uzasadnienia uwzględniającego wartości wynikające z przyjęcia liberalnej i demokratycznej idei państwa.

Tego typu uzasadnienie można odnaleźć nie tylko w koncepcjach prawno-naturalnych, które już powyżej odrzuciliśmy, ale także w koncepcjach kontraktualistycznych odwołujących się do idei umowy społecznej. Pomysł ten nie jest oczywiście nowy w nauce prawa karnego. Odwołania do idei umowy społecznej jako źródła dóbr prawnych można odnaleźć w dziełach wielu prominentnych niemieckich i polskich karnistów. Przykładowo, Winfried Hassemer, zwolennik personalistycznej nauki o dobrach prawnych właśnie z modelu umowy społecznej wywodzi limitującą funkcję prawa karnego, uznając, że przestępstwo jest naruszeniem wolności jednostki zagwarantowanej umową społeczną<sup>37</sup>. Również Claus Roxin swoją teorię dóbr prawnych buduje na modelu umowy społecznej, której wyrazem są normy ustawy zasadniczej<sup>38</sup>. Autorzy posługujący się konstrukcją umowy społecznej, z której czerpią swoje źródło dobra zasługujące na ochronę prawną (w tym prawnokarną) nie odwołują się jednak zwykle do żadnego konkretnego modelu umowy społecznej. Umowa społeczna w ich ujęciu jest hipotetycznym konstruktem, opartym na kilku bazowych założeniach takich jak respektowanie równości między członkami wspólnoty czy wymóg wzajemności w ograniczaniu wolności<sup>39</sup>.

Poprzestanie na takim poziomie ogólności w rozważaniach nad ideą umowy społecznej nie wykazuje jednak dostatecznej przydatności dla dokonania usprawiedliwionego wyboru systemu aksjologicznego, a przez to rzetelnego zakreślenia granic kryminalizacji.

<sup>36</sup> A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1991/23, s. 79.

<sup>37</sup> W. Hassemer, *Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1992/25, s. 379.

<sup>38</sup> C. Roxin, *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen: der Aufbau der Verbrechenlehre*, Monachium 2006, s. 16–17.

<sup>39</sup> W. Hassemer, *Kennzeichen...*, s. 379.

Koncepcja umowy społecznej może być przydatna dla określenia źródła pochodzenia dóbr prawnych i nadania im przez to stosownej legitymacji, nie przesądza jednak, czy dobra, które prawo powinno obejmować ochroną prawną powinny służyć rozwojowi jednostki (w myśl koncepcji liberalnych), czy też zapewniać prawidłowe funkcjonowanie wspólnoty (według stanowisk komunitarystycznych). Nie daje ona jeszcze odpowiedzi na pytanie o racje wyboru określonego systemu aksjologicznego stojącego za katalogiem wartości chronionych przez prawo. Autorzy tacy jak W. Hassemer czy C. Roxin w swoich rozważaniach zatrzymują się zatem w pół drogi do celu. Dalsze badania powinny zatem wskazywać szczegółowy obraz hipotetycznej umowy społecznej oraz jej filozoficzne założenia.

## 5. Konkluzje

Jak zostało wskazane w niniejszym artykule, różne interpretacje systemowo-transcendentnych koncepcji dóbr prawnych narażają się na bardzo poważne zarzuty, które unie możliwiają ich przyjęcie. Wolne od nich jest podejście systemowo-immamentne, gdzie to ustawodawca podejmuje decyzje o tym, co stanie się dobrem prawnym. Pomimo że ma on w tym zakresie swobodę, nie oznacza to jednak, iż jest ona nieograniczona. Decyzje ustawodawcy w demokratycznym państwie prawa powinny być bowiem uzasadnione odpowiednimi racjami, które są nie tylko racjonalnie dostępne dla społeczeństwa tegoż państwa, ale przede wszystkim przez nie akceptowane. Spełnienie tych warunków zapewnia podejście kontraktualistyczne, w ramach którego decyzje odnośnie do katalogu dóbr prawnych są uzasadnione w procesie hipotetycznej umowy społecznej. Refleksje zawarte w artykule pozwolą autorom na zaprezentowanie w przyszłości koherentnej systemowo-immamentnej koncepcji genezy dóbr prawnych.

### **On the Origin of Legal Interests in a Liberal Criminal Law System. Preliminary Remarks**

**Abstract:** The article tries to answer the legal-philosophical problem underlying the continental theories of criminalization, i.e., what the reasons are for the legislator establishing a specific catalogue of interests protected by law. To answer this question, the authors first outline what characterizes continental criminalization theories (as opposed to common law ones), and then present two basic types of theories justifying the legislator's choice of legal interests: systemic-inherent and system-transcendent theories. Within the systemic-transcendent type, the authors distinguish three potential theories: a systemic-transcendent social theory, a systemic-transcendent moralistic theory, and a systemic-transcendent disintegrative theory. Against each of them, however, the authors find serious disqualifying arguments, which eventually makes them argue that the answers to the research question posed above should be sought among system-inherent theories.

**Keywords:** legal interests, criminalization, philosophy of criminal law

## BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Appel, I. (1999). Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 82, 278-311.
- Ciszewski, W. (2019). *Zasada neutralności światopoglądowej państwa*. Kraków: Księgarnia Akademicka.
- Dubber, M. D. (2005). Theories of crime and punishment in German criminal law. *The American journal of comparative law*, 53(3), 679-707.
- Duff, R.A. (2014). Towards a Modest Legal Moralism, *Criminal Law and Philosophy* 8, 217–235.
- Gruszecka, D. (2012). *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa: Wolters Kluwer.
- Günther, H.-L. (1983). *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln–Berlin–Bonn–München: Heymanns.
- Hassemer, W. (1989). *Grundlinien einer personaler Rechtsgutslehre*, In L. Philipps, H. Scholler (eds.), *Jenseits des Funktionalismus, Arthur Kaufmann zum 65 Geburtstag*, Heidelberg: Decker & Muller.
- Hassemer, W. (1989): Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 12, 553–559.
- Hassemer, W. (1992). Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 378-383.
- Hassemer, W. (2014). *The harm principle and the protection of 'legal goods' (Rechtsgüter-schutz): A German perspective*. In: A.P. Simester, A. Du Bois-Pedain, U. Neumann (eds.), *Liberal criminal theory: Essays for Andreas Von Hirsch*. Oxford: Oxford University Press, 187-204.
- Hirsch, H.J. (2002). W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 64(1),

1-11.

Kaczmarek, T. (2008). Racjonalny ustawodawca wobec opinii społecznej a populizm penalny. *Archiwum Kryminologii XXIX-XXX*, 519–531.

Kaczmarek, T. (2017). *Dobro prawne i społeczna szkodliwość czynu*. In: R. Dębski (ed.), *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*. Warszawa: C.H. Beck, 246-312.

Krüger, M. (2000). *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*. Berlin: Dunker & Humblot.

Kulesza, J. (2014). Zarys teorii kryminalizacji. *Prokuratura i Prawo* 11-12: 87-112.

Kulesza, J. (2017). *Problemy teorii kryminalizacji*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.

Maurach, R., Zipf, H. (1992). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*. Heidelberg: C.F. Muller

Moore, M. (2010). *Placing blame*. Oxford: Oxford University Press.

Persak, N. (2007). *Criminalising Harmful Conduct: The harm principle, its limits and continental counterparts*, New York: Springer.

Plebanek, E. (2009). *Materialne określenie przestępstwa*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Roxin, C. (2006). *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen: der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: C.H. Beck

Rybak-Starczak, A. (2005). *Pojęcie i funkcja dobra chronionego prawem w systemie polskiego prawa karnego*. Niepubl. praca doktorska. Poznań.

Sadurski, W. (1990). Neutralność moralna prawa ( przyczynek do teorii prawa liberalnego). *Państwo i Prawo* 7: 28-41.

- Seelmann, K. (2012). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Basel: Springer.
- Tarapata, S. (2016). *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*. Warszawa: Wolters Kluwer
- Triffterer, O. (1994). *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Wien–New York: Springer.
- Uzasadnienie rządowego projektu nowego Kodeksu karnego*. (1997). In: *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Zawłocki, R. (2006). *Kryminalizacja obrotu gospodarczego w Polsce*, [w:] T. Dukiet-Nagórska, (ed.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*. Bielsko-Biała: STO, 214-231.
- Zawłocki, R. (2007). *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*. Warszawa: C.H. Beck
- Zoll, A. (1991). O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego. *Krakowskie Studia Prawnicze* 2, 69-95.
- Zoll, A. (2006). *Godność człowieka jako źródło wolności i praw*, [w:] A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałas, K. Wiak (eds.), *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Alicji Grześkowiak*. Lublin: Wydawnictwo KUL, 279-286.
- Zoll, A., Wróbel, W. (2010). *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Kraków: Znak.