

DOBRO PRAWNE W STRUKTURZE PRZESTĘPSTWA

Analiza teoretyczna i dogmatyczna

Szymon Tarapata

MONOGRAFIE

DOBRO PRAWNE W STRUKTURZE PRZESTĘPSTWA

Analiza teoretyczna i dogmatyczna

Szymon Tarapata

MONOGRAFIE



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2016

Publikacja dofinansowana przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego

Stan prawny na 1 sierpnia 2016 r.

Recenzent

Prof. dr hab. Łukasz Pohl

Wydawca

Małgorzata Stańczak

Redaktor prowadzący

Kinga Zając

Opracowanie redakcyjne

Dagmara Wachna

Łamanie

Wolters Kluwer

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni


SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer SA, 2016

ISBN 978-83-264-8956-3

ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Moim Rodzicom, Ewie, Antosiowi i Franiowi,
a więc tym, którym tyle zawdzięczam,
książkę tę poświęcam

Spis treści

Wykaz skrótów / 13

Wstęp / 15

Rozdział I

Dobro prawne w systemie polskiego prawa karnego. Zagadnienia podstawowe / 29

1. Dobro prawne a podstawowe modele kryminalizacji / 29
2. Dobro prawne w świetle podstawowych założeń konstytucyjnych / 35
 - 2.1. Zagadnienia wstępne / 35
 - 2.2. Konstytucyjny cel prawnokarnych zakazów lub nakazów / 39
 - 2.2.1. Konstrukcja normatywna art. 31 ust. 3 Konstytucji RP / 39
 - 2.2.1.1. Przesłanka ochrony bezpieczeństwa państwa / 47
 - 2.2.1.2. Przesłanka ochrony porządku publicznego / 48
 - 2.2.1.3. Przesłanka ochrony środowiska i zdrowia publicznego / 51
 - 2.2.1.4. Przesłanka ochrony moralności publicznej / 52
 - 2.2.1.5. Przesłanka ochrony wolności i praw innych osób / 53
 - 2.2.1.6. Zamknięty czy otwarty katalog wartości wskazanych w przepisie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP? / 53
 - 2.2.2. Konstytucyjne ograniczenia w zakresie kryminalizacji – standardy racjonalnego karania / 58
 - 2.3. Podsumowanie / 65
3. W poszukiwaniu definicji dobra prawem chronionego / 68

- 3.1. Dobro prawne a przedmiot ochrony i przedmiot zamachu oraz ich analiza językowa / **68**
- 3.2. Pozajęzykowe sposoby objaśniania sformułowania „dobro prawne” / **74**
- 3.3. Kryteria operatywności pojęcia „dobro prawne” / **90**
- 4. Podstawowe założenia dogmatyczne związane z figurą dobra prawnego / **99**
 - 4.1. Elementarne sposoby kwalifikowania dóbr prawem chronionych / **100**
 - 4.1.1. Dobra pierwsze i instrumentalne / **100**
 - 4.1.2. Dobra ogólne i szczególne / **108**
 - 4.1.3. Dobro grupowe / **114**
 - 4.1.4. Dobro rodzajowe / **114**
 - 4.1.5. Dobro główne i uboczne / **116**
 - 4.1.6. Dobra materialne, niematerialne indywidualne i zbiorowe / **118**
 - 4.1.7. Dobra bezwzględne i względne / **119**
 - 4.1.8. Dobra osobiste / **120**
 - 4.1.9. Dobro publiczne i prywatne / **121**
 - 4.2. Podsumowanie / **121**
- 5. Dobro prawne w kontekście zasady *nullum crimen sine lege* oraz jego wykładnia / **122**
- 6. Rola tytułu rozdziału kodeksu karnego w identyfikacji dobra prawem chronionego / **131**
- 7. Podsumowanie / **138**

Rozdział II

Role i funkcje dobra prawnego w strukturze przestępstwa / 141

- 1. Wstępne informacje dotyczące struktury przestępstwa i poglądy prezentowane w tym zakresie w literaturze prawa karnego / **141**
 - 1.1. Pytanie o adekwatny model struktury przestępstwa / **169**
- 2. Czyn w prawie karnym / **183**
 - 2.1. Zachowanie człowieka jako przednormatywna podstawa prawnokarnego wartościowania / **183**
 - 2.2. Czyn jako pierwsze kryterium wartościowania zawarte w strukturze przestępstwa / **185**
 - 2.2.1. Zagadnienia wstępne / **185**

- 2.2.2. Cechy czynu oraz ich miejsce w strukturze przestępstwa / **188**
- 2.2.3. Kilka uwag dotyczących sposobu wyznaczania tożsamości czynu w prawie karnym / **202**
- 2.2.4. Rola dobra prawnego w procesie wyznaczania tożsamości czynu / **212**
- 3. Podstawowe założenia związane z istniejącymi na gruncie prawa karnego strukturami normatywnymi / **224**
 - 3.1. Zagadnienia ogólne / **224**
 - 3.2. Norma sankcjonowana / **239**
 - 3.3. Norma sankcjonująca / **258**
 - 3.4. Norma kompetencyjna / **262**
- 4. Płaszczyzna bezprawności jako główna sfera oddziaływania dobra prawnego / **265**
 - 4.1. Znamiona normy sankcjonowanej jako elementy decydujące o zakresie bezprawności zachowania sprawcy / **265**
 - 4.1.1. Zagadnienia ogólne / **265**
 - 4.1.2. Znamiona normy sankcjonowanej w skutkowych typach czynów zabronionych / **271**
 - 4.1.3. Znamiona normy sankcjonowanej w bezskutkowych typach czynów zabronionych / **320**
 - 4.1.3.1. Uwagi ogólne / **320**
 - 4.1.3.2. Znamiona normy sankcjonowanej leżącej u podstaw typu formalnego z naruszenia / **321**
 - 4.1.3.3. Znamiona normy sankcjonowanej leżącej u podstaw tzw. typów abstrakcyjnego narażenia z właściwości (*Eignungsdelikte*) / **326**
 - 4.1.3.4. Znamiona normy sankcjonowanej leżącej u podstaw klasycznego typu abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo / **330**
 - 4.2. Relacja pomiędzy normą sankcjonowaną a tzw. okolicznościami zezwalającymi na dokonanie ataku na dobro prawem chronione (kontratypami) / **343**
 - 4.2.1. Zagadnienia wstępne / **343**
 - 4.2.2. Charakter prawny okoliczności zezwalających na naruszenie dobra prawem chronionego (stanowisko własne) / **355**

- 4.2.2.1. Usytuowanie (braku) kontratypów w strukturze przestępstwa / **355**
 - 4.2.2.2. Okoliczności zezwalające na naruszenie bądź narażenie dobra prawnego jako jeden z elementów służących do rozstrzygania kolizji wartości. Dogmatyczna specyfika tzw. kontratypów / **365**
- 5. Dobro prawne w płaszczyźnie karalności / **396**
 - 5.1. Zagadnienia ogólne dotyczące płaszczyzny karalności / **396**
 - 5.2. Związki dobra prawnego i przedmiotu czynności wykonawczej / **401**
 - 5.3. Dobro prawne jako znamię normy sankcjonującej na przykładzie typu czynu zabronionego kwalifikowanego z art. 231 § 1 k.k. / **416**
 - 5.4. Wybrane zagadnienia związane z problematyką błędu co do dobra prawnego / **428**
 - 5.4.1. Informacje ogólne / **428**
 - 5.4.2. Dobro prawne w kontekście błędu co do faktu / **430**
 - 5.4.3. Dobro prawne w kontekście błędu co do prawa / **455**
- 6. Dobro prawne w perspektywie karygodności *in concreto* / **462**
 - 6.1. Karygodność *in concreto* jako instrument umożliwiający racjonalizację karania / **462**
 - 6.2. Rola dobra w procesie wyznaczania stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu zabronionego / **465**
- 7. Dobro prawne jako element wpływający na modelowanie pojęcia winy / **474**
- 8. Podsumowanie / **490**

Rozdział III

Dobro prawne a wybrane zagadnienia szczegółowe / 492

- 1. O rolach i funkcji dobra prawnego w konstrukcji usiłowania / **492**
 - 1.1. Dobro prawne a przesłanki usiłowania udolnego – czyli o potrzebie weryfikacji pewnego stanowiska / **492**
 - 1.2. Ochrona dobra prawnego jako podstawa ustanawiania normy sankcjonowanej leżącej u podstaw usiłowania nieudolnego oraz kreowania przesłanek tej formy stadialnej / **512**

2. Dobro prawem chronione a problem skutkowości
bądź bezskutkowości podżegania oraz pomocnictwa / **534**
3. Dobro prawne jako instrument służący do wyznaczania
kręgu osób pokrzywdzonych w postępowaniu karnym / **557**

Uwagi podsumowujące / **589**

Bibliografia / **617**

Wykaz orzeczeń / **635**

Wykaz skrótów

Akty prawne

- k.c.** ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 380 z późn. zm.)
- k.k.** ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1137 z późn. zm.)
- k.k. z 1932 r.** rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571 z późn. zm.)
- k.k. z 1969 r.** ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 z późn. zm.)
- k.k.s.** ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 186 z późn. zm.)
- Konstytucja RP** Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
- k.p.k.** ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.)
- k.w.** ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1094 z późn. zm.)

Czasopisma i wydawnictwa promulgacyjne

CzPKiNP	Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
NP	Nowe Prawo
OSNKW	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa
OSNwSK	Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
Pal.	Palestra
PiP	Państwo i Prawo
PPK	Przegląd Prawa Karnego
Prok. i Pr.	Prokuratura i Prawo
Prok. i Pr.-wkł.	Prokuratura i Prawo – wkładka
PS	Przegląd Sądowy
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
ZNUJ	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego

Inne

SA	Sąd Apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
SO	Sąd Okręgowy
TK	Trybunał Konstytucyjny
TS	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
WSA	Wojewódzki Sąd Administracyjny

Wstęp

W preambule Konstytucji RP ustawodawca wprost zadeklarował się jako zwolennik podzielanych od wieków przez cywilizowane społeczności uniwersalnych wartości w postaci prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna. W tekście tego dokumentu wyraźnie wyeksponowano potrzebę udzielenia ochrony przez prawodawcę choćby takim niezwykle doniosłym dobrom, jak: wolność, równość wobec prawa i niezbywalna oraz przyrodzona godność ludzka. Wskazano w nim również, że suwerenne i demokratyczne państwo polskie będzie stało na straży przestrzegania podstawowych praw jednostki. W celu zapewnienia możliwości realizacji przedstawionych w preambule deklaracji ustawodawca ustanowił w Konstytucji RP stosowne ku temu instrumenty prawne. Przede wszystkim w art. 2 ustawy zasadniczej wyraził on zasadę demokratycznego państwa prawnego. Zasada ta niewątpliwie wpływa na interpretację pozostałych przepisów ustrojowych i tekstów innych aktów prawnych. Nadto za pomocą stosownych wypowiedzi normatywnych ustawodawca zapewnił ochronę m.in. godności ludzkiej (art. 30 Konstytucji RP), wolności jednostki (art. 31 ust. 1 i art. 41 ust. 1 Konstytucji RP), życia (art. 38 Konstytucji RP) oraz poszanowania własności, innych praw majątkowych i prawa dziedziczenia (art. 64 ust. 1 Konstytucji RP). W art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej wyrażono także istotną nie tylko w aspekcie prawnokarnym, ale i na gruncie całego prawa represyjnego, zasadę proporcjonalności w ograniczaniu w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw jednostki.

W ślad za Konstytucją RP instrumenty służące ochronie podstawowych praw jednostki zostały skonkretyzowane w treści sytuowanych niżej w hie-

rarchii źródeł prawa aktów normatywnych, w tym w ustawach karnych. Regulacje te, łącznie z postanowieniami wiążącymi Polskę umów międzynarodowych, włączając w to Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, miały zapewnić, że nasz kraj będzie wyposażał każdego człowieka we wszelkie gwarancje konieczne do tego, by zapewnić mu bezpieczeństwo niezbędne do codziennego życia, swobodę i możliwość harmonijnego rozwoju.

Można więc bez trudu twierdzić, iż w polskim porządku prawnym silnie zakorzeniona została aksjologia, która uległa zasadniczym zmianom wynikającym z przeobrażeń społecznych, jakie dokonywały się od początku istnienia III RP. Za oczywiste trzeba zatem uznać, że głównym zadaniem norm prawnych stała się ochrona aktualnie cennych dla obywateli wartości, a więc dóbr zasługujących wedle powszechnie panującego światopoglądu na ochronę prawną.

Wskazane powyżej założenia zostały silnie urzeczywistnione na gruncie polskiego prawa karnego. Warto wspomnieć, że projektodawcy kodeksu karnego uznali, iż: „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”¹. Zatem polski prawodawca, ustanawiając aktualnie obowiązujące ustawy karne, przyjął założenie, iż jednym z podstawowych celów prawa karnego jest ochrona dóbr². Sygnalizowano już po części, iż dobra te, najprościej rzecz ujmując, winny być przy tym rozumiane jako cenne dla społeczeństwa wartości.

¹ *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*, PiP 1994, z. 3, s. 3.

² Trzeba jednak przyznać, że zaprezentowane w tym miejscu założenie nie jest związane wyłącznie z kodeksem karnym. Analizując bowiem choćby pobieżnie pozostałe dwudziestowieczne ustawy karne, można dojść do wniosku, że prawodawca polski również w trakcie ich obowiązywania zmierzał do ochrony określonych wartości, z tą jednak różnicą, że w pewnym zakresie inaczej je ujmował. Po części inne bowiem dobra chronił za pomocą kodeksu karnego z 1932 r., inne zaś na gruncie ustawy z 1969 r. Pewnym jest zaś, że zawsze zabezpieczał on wartości cenne z punktu widzenia prawodawcy. Różnica między kodeksem karnym z 1932 r., tym z 1969 r. a obowiązującym obecnie sprowadza się więc do charakterystyki i hierarchii dóbr chronionych przez prawo karne.

Akceptacja powyższego twierdzenia rodzi konsekwencje przede wszystkim na dwóch płaszczyznach. Z jednej strony na jego podstawie można bowiem sformułować postulat kierowany w stronę ustawodawcy, aby ten, kryminalizując określone zachowania, czynił to w celu ochrony określonych wartości. Innymi słowy – oznaczałoby to, że tzw. *ius puniendi* państwa zawsze ma swe źródło w ochronie interesów społeczeństwa³. Interesy te, od momentu przydania im ochrony prawnej przez ustawodawcę, stają się dobrami prawnymi⁴. Wyrażona w tym miejscu postulat, ujęty od strony negatywnej, jednocześnie statuuje w stosunku do ustawodawcy zakaz typizowania takich czynów zagrożonych karą, które z założenia nie byłyby wymierzone w cenne z punktu widzenia ocen społecznych wartości.

W procesie kryminalizacji prawodawca musi mieć również na uwadze kolejne założenie, które leży u podstaw aktualnie obowiązującej ustawy karnej. Mianowicie wyznaczenie zakresu czynów karalnych, jak i intensywności karania powinno uwzględniać zasadę *ultima ratio* prawa karnego⁵. Oznacza ona, skrótowo rzecz ujmując, że do kryminalizacji danego zachowania ustawodawca powinien uciec się jedynie wtedy, gdy w inny sposób nie jest możliwe zapewnienie posłuchu normie chroniącej cioną w danej społeczności wartość. Zatem – jak to zgrabnie ujął R. Dębski – zadaniem prawodawcy tworzącego przepisy karne jest właściwe rozpoznanie czynów społecznie szkodliwych, dla zwalczania których odpowiednim środkiem będzie sankcja karna⁶.

Kolejną konsekwencją przyjętych przez prawodawcę założeń jest co do zasady konieczność zweryfikowania w toku przeprowadzania procesu prawnokarnego wartościowania, czy zachowanie sprawcy stanowiło w konkretnych okolicznościach faktycznych naruszenie normy mającej chronić określone dobro prawne. Udzielenie negatywnej odpowiedzi na tak posta-

³ R. Zawłocki (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013, s. 96–97; A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji* (w:) J. Majewski, *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Toruń 2007, s. 14.

⁴ H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, s. 7.

⁵ *Uzasadnienie...*, s. 3.

⁶ R. Dębski (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3..., s. 335.

wione pytanie na kanwie konkretnej sprawy powodowałoby, iż określony sprawca nie mógłby zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej.

Wydaje się, że w tym miejscu można, biorąc pod uwagę również powyższe rozważania, zaryzykować stwierdzenie, że dobro prawne jest centralnym (jeśli nie najważniejszym) pojęciem dla prawa karnego⁷. Trzeba bowiem zaznaczyć, iż – o czym już częściowo wspomniano – bez istnienia cennych dla społeczeństwa wartości jakakolwiek odpowiedzialność represyjna straciłaby swój sens, skoro główną racją ustanowienia przez ustawodawcę zakazów i nakazów jest ochrona poszczególnych interesów cenionych przez członków danej zbiorowości. Twierdzenie to zdaje się wynikać z aktualnego spojrzenia na prawo karne, od którego to zapatrywania w dużej mierze zależy, co pod pojęciem dobra prawnego można zmieścić i do jakiego podmiotu termin ten winien być zrelatywizowany. Trzeba bowiem pamiętać, że patrząc na sferę uregulowań prawnokarnych z innej perspektywy, co zresztą wielokrotnie miało miejsce w przeszłości, można twierdzić, że odpowiedzialność karna może być zbudowana wyłącznie na prostym naruszeniu arbitralnie sformułowanego przez określonego suwerena zakazu lub nakazu, czyli np. na samym niedaniu posłuchu rozkazowi wydanemu przez władcę (choćby nawet ów rozkaz nie miał na celu realizacji jakiegokolwiek skonkretyzowanego interesu owego władcy)⁸. Możliwe są oczywiście jeszcze inne spojrzenia na prawo karne. Można bowiem również twierdzić, iż służy ono temu, by chronić konkretne interesy grupy osób trzymających władzę, które to dobra niekoniecznie muszą być tożsame z celami całego społeczeństwa. Oczywiście są to jedynie przykładowe pomysły na budowanie takiego rodzaju odpowiedzialności. Natomiast wydaje się, że – co trzeba jeszcze raz z całą stanowczością podkreślić – aktualnie celem prawa karnego jest ochrona dóbr cennych z punktu widzenia ocen społecznych kształtujących się w oparciu o aktualnie obowiązujący paradygmat kulturowy.

⁷ M. Prengel, *Dobro prawne – centralne pojęcie dla prawa karnego*, Jurysta 2002, nr 5, s. 5 i n.

⁸ Takie ujęcie zostało zasadnie zakwestionowane choćby przez M. Królikowskiego. Opisując relację między czynem a karą, słusznie wskazał on, że nie może być tak, iż prawo lub obowiązek moralny do ukarania za dany czyn będzie wynikał wyłącznie z faktu jego kryminalizacji. „Wszystko to jest bowiem zależne od osądu moralnego samego prawa, nie zaś od faktu, że prawo karne istnieje, a przewidziana procedura została dochowana przez właściwy organ”, M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych*, Warszawa 2005, s. 16.

Przyjęcie założenia, że prawo karne opiera się zasadniczo na ochronie dobra prawnego, nakłada zarówno na doktrynę, jak i orzecznictwo obowiązek dokładnego zbadania istoty omawianego pojęcia oraz precyzyjnej eksploracji tych sfer karnistycznego wartościowania, w których termin ten może znaleźć swe zastosowanie, czyli *de facto* wszystkich płaszczyzn prawnokarnej oceny. Jednocześnie obliuguje ono przedstawicieli nauki i praktyki do podjęcia dyskursu na temat zakresu granic, w obrębie których ustawodawca może kryminalizować zachowania obywateli. Tymczasem, mimo że – o czym już wspomniano – odpowiedzialność karna także pod rządami obowiązujących uprzednio na terenie Polski kodeksów z 1932 r. oraz z 1969 r. zasadzała się na ochronie dobra prawnego, wskazane powyżej obowiązki dokonania analizy teoretycznej i dogmatycznej wspomnianych zagadnień nie zostały choćby w minimalnej mierze zrealizowane. Jak słusznie bowiem stwierdził T. Kaczmarek, chociaż w nauce europejskiej, zwłaszcza niemieckiej, problematyka dobra stanowi od bez mała 300 lat aż do teraz przedmiot subtelnych analiz podejmowanych w dziesiątkach monografii i setkach artykułów, to w polskiej literaturze wypowiedzi rodzimych autorów dotyczące wspomnianej problematyki miały dotychczas jedynie charakter incydentalny i były czynione na tle analizy innych pojęć dotyczących szeroko pojętej nauki o przestępstwie⁹. Do krytyki stanu polskiej nauki w odniesieniu do rozważań na temat dobra prawnego przyłączył się również A. Zoll¹⁰.

⁹ T. Kaczmarek (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3..., s. 274 (przyp. 848).

¹⁰ Autor ten celnie wskazał, że dotychczas nie rozstrzygnięto m.in. tak fundamentalnej kwestii, jak ta, czy może istnieć przestępstwo bez naruszenia dobra prawnego (A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego* (w:) T. Bojarski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 2, *Źródła prawa karnego*, Warszawa 2011, s. 242). Niezależnie jednak od tego warto podkreślić, że jak dotychczas w polskiej doktrynie prawa karnego nie została opublikowana żadna kompleksowa praca monograficzna dotycząca dobra prawnego. Pewne szczątkowe informacje nawiązujące do wspomnianej tematyki zawarte są w podręcznikach do prawa karnego materialnego oraz komentarzach do kodeksu karnego. Niemniej jednak nawet prezentowane w tych opracowaniach poglądy nie są spójne. W piśmiennictwie karnistycznym opublikowano niewiele artykułów i innych opracowań dotyczących badanej problematyki. Warto tu wymienić następujące prace: W. Wróbel, *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego* (w:) L. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga Pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70 urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 620; D. Gruszecka, *Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym*, Wrocław 2008, s. 137; H.J. Hirsch, *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*, RPEiS 2002, z. 1 oraz przedwojenna publikacja autorstwa B. Wróblewskiego zatytułowana *Przedmiot przestępstwa, zamachu i ochrony w prawie karnym*, Wilno 1939; S. Tarapata, *Kontrowersje wokół wyznaczania granic dobra prawnego – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z 23 września 2009 roku*, CzoPKiNP 2012, z. 1, s. 91–152; R. Citowicz, *Pojęcie dobra społecznego jako pozaprawny*

Istnienie deficytu informacji we wspomnianym zakresie musi budzić zdziwienie wobec doniosłości i stopnia skomplikowania omawianej problematyki. Pewne jest natomiast to, że nauka prawa karnego w odniesieniu do jednego z najbardziej podstawowych jej pojęć nie może dłużej tolerować braku istnienia kompleksowych rozważań, głównie z tego powodu, iż niedobór analiz w zakresie dogmatycznej figury dobra prawnego negatywnie oddziałuje na praktykę. Należy bowiem zauważyć, że w orzecznictwie sądowym niezmiernie rzadko docenia się rolę przedmiotu ochrony¹¹ w procesie ustalania zakresu znamion poszczególnych typów czynów zabronionych. Natomiast jeżeli organy wymiaru sprawiedliwości w ogóle wydają rozstrzygnięcia, opierając się na konstrukcji dobra prawnego, często czynią to w sposób dowolny, intuicyjny, a wręcz instrumentalny, co w rezultacie prowadzi do ferowania przez nie nietrafnych decyzji procesowych. Jakkolwiek omawiana figura dogmatyczna pojawia się jeszcze sporadycznie w judykatach SN oraz sądów apelacyjnych, to na poziomie sądów rejonowych i okręgowych

punkt odniesienia kryminalizacji. Dygresja o przedmiocie prawnokarnej ochrony (w:) R. Citowicz, *Prawnokarne aspekty ochrony życia człowieka a prawo do godnej śmierci*, Warszawa 2006, s. 11–28. W przytoczonych tekstach naukowych nie wyczerpano jednak omawianego zagadnienia. Trzeba w tym kontekście zaznaczyć, że w ostatnim czasie pojawiły się nowe prace, w treści których szerzej odniesiono się do problematyki dobra prawnego. Chodzi tu przede wszystkim o monografię autorstwa D. Gruszeckiej zatytułowaną *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna* (Warszawa 2012), oraz fragment *Systemu Prawa Karnego* opracowany przez T. Kaczmarka, noszący podtytuł *Dobro prawne i społeczna szkodliwość czynu* (T. Kaczmarek (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie...*, s. 240–304). Jakkolwiek przywołane w tym miejscu prace są niezwykle interesujące, tym niemniej również one nie przedstawiają w swej treści kompletnych informacji dotyczących omawianej figury dogmatycznej. Dość powiedzieć, że rozważania tam zawarte nie odnoszą się w sposób kompleksowy choćby do miejsca dobra prawnego w poszczególnych elementach struktury przestępstwa oraz jego statusu w prawnokarnych strukturach normatywnych. Nie prezentują one mechanizmów definicyjnych, tłumaczących istotę rzeczzonego terminu, nie ukazują też sposobu wykładni znamienia przedmiotu ochrony. W treści tych prac brak również pogłębionych rozważań dotyczących granic, które krepują ustawodawcę w procesie podejmowania decyzji o kryminalizacji poszczególnych zachowań. Wreszcie autorzy nie odnoszą się do roli przedmiotu ochrony w innych zagadnieniach problemowych w obrębie prawa karnego, takich jak choćby sposoby wyznaczania tożsamości czynu, usiłowanie, obiektywne przypisanie skutku oraz formy przestępnego współdziałania. Warto w tym kontekście zaznaczyć, że niezwykle interesującym i pożytecznym kompendium wiedzy dotyczącym kwestii dobra prawem chronionego jest niepublikowana rozprawa doktorska autorstwa A. Rybak-Starczak, zatytułowana *Pojęcie i funkcja dobra chronionego prawem w systemie polskiego prawa karnego*, która została obroniona w 2005 r. w Poznaniu. Trudno jednak uznać, że w treści tej dysertacji wyczerpano omawianą problematykę.

¹¹ Na potrzeby niniejszej książki należy generalnie przyjąć – poza wyraźnie wskazanymi wyjątkami – synonimiczność wyrażen „dobra prawne” i „przedmiot ochrony”.

próżno szukać szerszego nawiązania do niej w treści uzasadnień wydawanych orzeczeń. Taki stan rzeczy nie może przyczyniać się zaś do właściwego stosowania norm prawnokarnych przez organy wymiaru sprawiedliwości.

Jeżeli pełne omówienie problematyki dobra prawnego jest w ogóle możliwe, to zadanie takie można byłoby zrealizować jedynie poprzez sporządzenie kilku obszernych monografii naukowych, odnoszących się nie tylko do prawa karnego materialnego, ale również do innych dziedzin wiedzy, tj. np. do socjologii, kryminologii oraz polityki kryminalnej. Z oczywistych więc przyczyn ambicją niniejszej publikacji nie może być przedstawienie wyczerpujących rozważań dotyczących wszystkich tych obszarów, w których dobro prawne może mieć jakiegokolwiek znaczenie. Prezentowana monografia będzie odnosiła się więc jedynie do tych aspektów omawianej problematyki, które skromnym zdaniem autora opracowania pilnie wymagają podjęcia szerszej analizy. Wydaje się, że brakiem, którego wystąpienie może być najbardziej dolegliwe dla dogmatyki prawa karnego, jest deficyt informacji dotyczących roli i funkcji dobra prawnego w strukturze przestępstwa. Wypełnienie tej luki jest właśnie celem, któremu niniejsza publikacja ma służyć, przedstawienie bowiem przedmiotu ochrony w takiej perspektywie może najpełniej ukazać znaczenie dobra prawnego w procesie stosowania prawa.

Precyzując zatem główny cel opracowania, należy zaznaczyć, iż jego podstawowym zamierzeniem jest przedstawienie figury dobra prawnego na tle przyjętego przez autora rozumienia struktury przestępstwa, nawiązującego do dorobku tzw. krakowskiej szkoły prawa karnego. Zatem omówienie tego terminu, stanowiącego, o czym już zresztą wspomniano, jedno z centralnych pojęć dla prawa karnego, zostanie dokonane przy uwzględnieniu szczególnego kontekstu. Kontekst ten, tj. struktura przestępstwa, będzie również musiał ulec na potrzeby niniejszej pracy ponownej rekonstrukcji. Przyczyn takiego stanu rzeczy jest kilka. Przystępując do ich omówienia, trzeba zaznaczyć, iż jako oczywiste jawi się, że pewną materią bazową dla rozważań nad strukturą przestępstwa muszą być niektóre poglądy A. Zolla przedstawione w jego dwóch fundamentalnych pracach, zatytułowanych *Karalność i karygodność jako odrębny element struktury przestępstwa*¹² oraz *O normie*

¹² A. Zoll, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa* (w:) T. Kaczmarek (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990, s. 101–112.

z punktu widzenia prawa karnego¹³, dotyczących właśnie problematyki budowy zachowania przestępnego. Od czasu ich opublikowania minęło już jednak 26 lat, zaś nie wszystkie tezy tam wyrażone przetrwały próbę czasu. Dość powiedzieć, że niektóre z nich zostały w późniejszym okresie zmodyfikowane nawet przez samego autora.

Dokonując oceny prezentowanych obecnie wypowiedzi na temat struktury przestępstwa, można stwierdzić, że spornymi kwestiami są niemalże wszelkie zagadnienia związane z tą problematyką. Trzeba wskazać, że w dyskursie naukowym istnieje rozdzwięk zarówno w odniesieniu do liczby elementów tej struktury, jak również treściowej zawartości każdego z nich z osobna. To jednak nie wszystko. Można bowiem z całą stanowczością podkreślić, że dotychczas nie odpowiedziano na fundamentalne pytanie dotyczące tego, jakie relacje występują pomiędzy poszczególnymi elementami struktury przestępstwa. Nie rozstrzygnięto również, z którymi częściami wchodzącymi w jej skład należy wiązać poszczególne elementy przynależnych do znanych dogmatyce prawa karnego struktur normatywnych.

Sygnalizowany powyżej deficyt informacyjny, którego skala jest niestety dosyć duża, powoduje szereg komplikacji. W treści pracy istotne znaczenie będzie miała tylko jedna z nich, lecz niezwykle doniosła. Przedstawiając ją, trzeba przede wszystkim pamiętać, że dobro prawne pełni wiele funkcji i odgrywa liczne role właśnie w poszczególnych elementach struktury przestępstwa. Można wręcz zaryzykować twierdzenie, iż rzeczzone pojęcie jest bądź to bezpośrednio, bądź to pośrednio związane z prawie wszystkimi etapami prawnokarnego wartościowania i instytucjami prawa karnego materialnego. Zaaprobowanie zaś takiej tezy prowadzi nieodparcie do wniosku, że bez dokonania właściwej rekonstrukcji struktury przestępstwa, stanowiącej pewien postulatyczny model-wzór¹⁴, nie sposób prowadzić sensownej debaty na temat dobra prawnego. Z kolei przyjęcie takiego założenia musi determinować treść publikacji, wyznaczając jej ściśle określone zadanie. Jest nim właśnie przedstawienie, zweryfikowanie oraz rozwinięcie poglądów dotyczących nie tylko istoty dobra prawnego, ale również, a raczej przede wszystkim, jego roli i funkcji w poszczególnych aspektach odtworzonej ponownie

¹³ A. Zoll, *O normie z punktu widzenia prawa karnego*, Krakowskie Studia Prawnicze 1990, nr XXIII, s. 69–95.

¹⁴ M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 12 i n.

struktury przestępstwa. Tak wyznaczone pole badawcze powoduje, że ambicją monografii nie będzie rozstrzyganie wszelkich problemów związanych z teorią kryminalizacji czy też dekodowaniem dóbr prawem chronionych przez typy określone w kodeksie karnym oraz prawie karnym pozakodeksowym.

Trzeba też podkreślić, że zamierzeniem autora nie jest poszukiwanie adekwatnego instrumentu służącego do klasyfikowania rodzaju poszczególnych istniejących w systemie prawa typów czynów zabronionych pod groźbą kary pod względem ich stosunku do danego przedmiotu ochrony. Odnalezienie bowiem adekwatnego narzędzia, za pomocą którego można byłoby z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością stwierdzić, czy *in concreto* ma się do czynienia np. z typem z naruszenia bądź też narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, wymagałaby (oczywiście gdyby przeprowadzenie takiej operacji było w ogóle możliwe) dokonania obszernych, niewątpliwie przekraczających zakres niniejszego opracowania, rozważań. Bez ryzyka popełnienia większego błędu można wręcz twierdzić, że tematyka ta nadawałaby się na odrębną monografię.

Nie oznacza to jednak, że sygnalizowane powyżej kwestie zostaną zupełnie pominięte w dalszych wywodach. Oczywiście jest bowiem, że nie sposób przygotować jakiegokolwiek pracy związanej z dobrem prawnym bez przyjęcia pewnych podstawowych założeń związanych z podejmowaniem przez ustawodawcę decyzji o penalizacji określonych zachowań. Nie da się również całkowicie uciec od problemów nawiązujących do rekonstrukcji przedmiotu ochrony w wybranych typach czynów zabronionych. Z kolei klasyfikowanie określonych wzorców ustawowych przy zastosowaniu kryterium stosunku inkryminowanych zachowań do dobra prawnego będzie stosowane wyłącznie na potrzeby konkretnych rozważań. Reasumując, ograniczone rozważania dotyczące wspomnianych kwestii zostaną zatem przedstawione na tyle, na ile będzie to konieczne.

Trzeba wreszcie podkreślić, że zamierzeniem monografii nie jest kompleksowe relacjonowanie dyskursu naukowego dotyczącego tematyki dobra prawnego toczącej się w literaturze obcej. W świetle bowiem tego, że autor będzie czynił rozważania na temat wspomnianego pojęcia w otoczeniu

specyficznie rozumianej struktury przestępstwa, nie jest to ani celowe, ani konieczne.

Zaprezentowane powyżej założenia bazowe rzutują na konieczność sekwencyjnego poruszenia w treści książki szeregu kwestii, które z kolei muszą w oczywisty sposób rzutować na konstrukcję niniejszego opracowania. Warto wskazać, że wywody tu zawarte zostaną przedstawione przede wszystkim przy użyciu trzech metod badawczych, co jest związane ze specyfiką zagadnień, które muszą zostać poruszone. Należy zaznaczyć, że znacząco dominowała będzie metoda dogmatyczna, głównie połączona z analizą normatywną (dyrektywalną), bez której aktualnie trudno sobie wyobrazić dyskurs na temat nauki o przestępstwie, oraz teoretyczna. Ta ostatnia zostanie jednak ograniczona tylko do wyodrębnienia określonych modeli teoretycznych. Oznacza to, że autor niniejszej pracy nie będzie formułował nowych wniosków w zakresie ogólnej teorii prawa. Wybór danego modelu teoretycznoprawnego posłuży mu jedynie do lepszego odczytania i klasyfikacji określonych konstrukcji dogmatycznych.

Niniejsza praca została podzielona na trzy części. Rozważania zawarte w pierwszej z nich w punkcie wyjścia mają głównie na celu robocze przedstawienie zasadniczych modeli kryminalizacji, w ramach których możliwe jest wyróżnienie podmiotów decydujących o tym, co ma być chronione przez prawo karne, oraz przedmiotów tej ochrony. Wyodrębnienie tych elementów pozwoli zaś wybrać na potrzeby dalszych analiz te z nich, które są najbardziej charakterystyczne dla kraju urzeczywistniającego zasadę demokratycznego państwa prawnego. Nadto w omawianym fragmencie zostanie przedstawiony krótki zarys podstawowych mechanizmów służących do weryfikacji podjęcia przez określonego suwerena decyzji o kryminalizacji. Zaprezentowanie wspomnianych modeli penalizacyjnych jest niezbędne dlatego, że nie sposób prowadzić rozważań na temat dobra prawnego bez odniesienia się do zagadnień konstytucyjnych związanych z tą problematyką. Skoro bowiem w treści Konstytucji RP ustawodawca deklaruje się jako zwolennik idei demokratycznego państwa prawnego, to model charakterystyczny dla krajów przyjmujących tę zasadę musi być istotny z punktu widzenia interpretacji tych przepisów zawartych w ustawie zasadniczej, które dotyczą kwestii kryminalizacji, określając jej podstawowe warunki, granice oraz sposoby weryfikacji zasadności podjęcia decyzji o penalizacji pewnych

zachowań. Trzeba jednak podkreślić, że omawiane konstrukcje modelowe mogą być prezentowane na wiele różnych sposobów. W niniejszym opracowaniu wybrano te z nich, które jawiły się jako najbardziej adekwatne dla prowadzonych przez autora rozważań. Formułując je, kierowano się przede wszystkim dwoma kryteriami. Pierwszym z nich był, o czym już wspomniano, podmiot, który podejmuje decyzję w przedmiocie kryminalizacji, drugim zaś – cele, jakie przyświecają danemu suwerenowi przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie penalizacji. Innymi słowy – posłużono się tymi kryteriami, gdyż wydają się one być najbardziej uniwersalne. Można je bowiem z powodzeniem stosować w toku analizy prawa karnego zarówno w zbliżonych, jak i w skrajnych w stosunku do siebie ustrojach, a więc demokratycznych i totalitarnych.

Po przedstawieniu różnych modeli kryminalizacji należało zadać pytanie, które problemy związane z tematyką dobra prawem chronionego wymagają najpilniejszego wyjaśnienia. Temu właśnie m.in. zostały poświęcone dalsze fragmenty pierwszej części pracy. W tym kontekście wydaje się, że aby można było przejść do właściwych rozważań dotyczących badanego zagadnienia, tj. do roli i funkcji dobra prawnego w strukturze przestępstwa, trzeba było poczynić wstępne założenia nawiązujące do koniecznych przesłanek podjęcia przez polskiego prawodawcę decyzji o kryminalizacji określonych zachowań. Analiza ta została w pracy przedstawiona przy szerokim uwzględnieniu kontekstu konstytucyjnego. W wyniku jej dokonania ustalono, że na gruncie polskiego systemu prawa nie jest możliwe ustanowienie typu czynu zabronionego jako przestępstwo, jeśli celem wprowadzenia do porządku prawnego prawnokarnie relewantnego nakazu lub zakazu nie jest ochrona jakiejś cennej z punktu widzenia ocen społecznych wartości.

Następnym krokiem, jaki należało uczynić w ramach tej publikacji, było podjęcie próby udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy sformułowanie precyzyjnej definicji dobra prawnego jest w ogóle możliwe (skoro ustalono, że nie może istnieć prawnokarnie relewantny zakaz lub nakaz, jeśli nie ma on na celu ochrony cennej z punktu widzenia ocen społecznych wartości). W razie pozytywnego rozstrzygnięcia tej kwestii niewątpliwie pojawiłaby się potrzeba precyzyjnego sformułowania treści tej definicji, jeśli zaś nie byłoby ono możliwe, trzeba byłoby odpowiedzieć na pytanie, czy tworzenie definicji dobra prawnego jest w ogóle potrzebne. W przypadku bowiem

udzielenia nań pozytywnej odpowiedzi mogłoby się okazać, że ponieważ omawianego pojęcia nie da się zdefiniować, posługiwanie się nim na gruncie karnistyki jest całkowicie irracjonalne i niedopuszczalne z metodologicznego punktu widzenia. W takiej sytuacji trzeba byłoby zbudować model odpowiedzialności karnej w oparciu o inną przesłankę aniżeli ochrona dobra prawnego.

Do odmiennych wniosków trzeba byłoby natomiast dojść w przypadku, w którym sformułowanie wspomnianej definicji nie okazałoby się być potrzebne. Mogłoby się bowiem wtedy okazać, że badane pojęcie jest pewną konwencją – stanowi ono postulatywny model-wzór utworzony w procesie modelowania. W takiej sytuacji, z uwagi bezcelowość kreacji definicji dobra prawnego, należałoby sformułować kryteria, który wspomniany wzorzec normatywny winien spełniać, aby można go używać w dyskursie karnistycznym. Już w tym miejscu powinno się wskazać, iż właśnie taki punkt widzenia został obrany przez autora, gdyż w jego subiektywnym przekonaniu przesłanki konstytutywne dla każdego przedmiotu ochrony muszą niewątpliwie mieć charakter gwarancyjny. Trzeba dodać, że rozważań tych dokonywano m.in. przy użyciu metody teoretycznoprawnej oraz filozoficznoprawnej. W pierwszej części niniejszej pracy nie zabrakło również zagadnień związanych z wykładnią znamienia przedmiotu ochrony. Niezależnie od tego należy dodać, że dopiero poczynienie wskazanych powyżej rozważań mogło dać asumpt do prowadzenia dyskusji na temat perspektyw, w jakich dobro prawem chronione jest przedstawiane w obrębie poszczególnych aspektów struktury przestępstwa.

Dalsze wywody, zawarte w drugiej części monografii, skoncentrowane zostały na zagadnieniach związanych z rolami i funkcjami, jakie przedmiot ochrony pełni na płaszczyźnie struktur normatywnych, tj. normy sankcjonowanej, sankcjonującej, kompetencyjnej oraz w obszarze poszczególnych aspektów konstrukcji zachowania przestępnego, a więc bezprawności, karalności, karygodności i zawinienia. Oczywiście przeprowadzenie takich rozważań nie mogło się obyć bez jednoczesnej rekonstrukcji struktury przestępstwa. Należało ją zatem odtworzyć w niniejszym opracowaniu. Warto w tym miejscu jedynie dodać, że w tej części pracy autor zaproponował czteroelementową konstrukcję zachowania przestępnego, składającą się ze wskazanych powyżej elementów. W ramach tej propozycji, mającej w swej istocie bardziej

charakter pragmatyczny aniżeli merytoryczny, autor zasugerował przeniesienie kryteriów decydujących o czynie do przesłanki bezprawności. W tej części została również z jednej strony poruszona tematyka tzw. przeciwdowodów w prawie karnym materialnym, zaś z drugiej – co być może jest bardziej istotne – wskazano, czym dokładnie charakteryzuje się element określany zbiorczą nazwą „atak na dobro prawne”, który funkcjonuje w normach sankcjonowanych leżących u podstaw poszczególnych rodzajów typów czynów zabronionych.

Poczynienie zaprezentowanych powyżej rozważań niewątpliwie pozwoliło na spojrzenie z perspektywy dobra prawem chronionego na szereg szczegółowych prawnokarnych instytucji, mających duże znaczenie w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Chodzi tu w szczególności m.in. o uregulowania penalizujące postacie stadialne oraz poszczególne formy przestępnego współdziałania.

Na końcu wreszcie poruszono aspekt procesowy, w ramach którego weryfikacji musiały ulec stosowane obecnie w orzecznictwie kryteria związane ze sposobem wyznaczania kręgu osób pokrzywdzonych w postępowaniu karnym. Wspomnianym kwestiom została poświęcona ostatnia, czwarta część niniejszej publikacji.

Warto też dodać, że opisane powyżej problemy to jedynie przykładowe zagadnienia, które będą poruszane w dalszej części pracy. Z przyczyn oczywistych nie jest bowiem celowe wyczerpujące przedstawianie ich w tym miejscu.

Niniejsza książka stanowi nieznacznie tylko zmienioną wersję rozprawy doktorskiej, obronionej przeze mnie na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego 15 grudnia 2014 r. Dziękując się z Czytelnikiem wynikami mojej pracy, pragnę w tym miejscu skierować najserdeczniejsze podziękowania pod adresem wszystkich tych osób, bez pomocy których jej powstanie nie byłoby możliwe. Chcę przede wszystkim wyrazić swą wdzięczność mojemu Mistrzowi – Panu prof. dr. hab. Piotrowi Kardasowi, promotorowi rozprawy, który podczas pracy nad dysertacją służył mi konstruktywnymi uwagami, udzielał licznych wskazówek, krytycznie niekiedy odnosząc się do proponowanych przeze mnie rozstrzygnięć. Jestem niezwykle szczęśliwy i dumny, że zechciał być moim opiekunem naukowym i mentorem

w pracy naukowej. Gorące słowa podziękowania należą się także recenzentom rozprawy – Panu prof. dr. hab. Jackowi Giezkowi i Panu prof. dr. hab. Andrzejowi Zollowi oraz Panu prof. dr. hab. Łukaszowi Pohlowi – autorowi recenzji wydawniczej. Ich wnikliwe i krytyczne, a przez to cenne uwagi zawarte w recenzjach oraz wyrażone podczas publicznej obrony przyczyniły się do nadania ostatecznego kształtu prezentowanemu opracowaniu. Pragnę też skierować słowa wdzięczności pod adresem tych wszystkich osób związanych podobnie jak ja z Katedrą Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, które podczas przygotowywania dysertacji służyły mi swymi cennymi radami i spostrzeżeniami. Zamieszczone w pracy rozważania stanowiły bowiem przedmiot prowadzonych z nimi rozlicznych debat, rozmów i polemik. Dziękuję przede wszystkim dr. hab. Włodzimierzowi Wróblowi, prof. UJ, Katarzynie Witkowskiej, Markowi Sławińskiemu, dr. Piotrowi Zakrzewskiemu, dr. Markowi Bielskiemu, dr. Dominikowi Zajączowi, dr. Mikołajowi Małeckiemu, dr. Witoldowi Zontkowi, dr. Agnieszce Barczak-Oplustil oraz innym osobom, które przekazały mi cenne uwagi zmuszające mnie często – do ponownego przemyślenia wielu zagadnień szczegółowych związanych z poszczególnymi etapami prawnokarnego wartościowania.

Rozdział I

Dobro prawne w systemie polskiego prawa karnego

Zagadnienia podstawowe

1. Dobro prawne a podstawowe modele kryminalizacji

Analizując historię prawa karnego, łatwo dostrzec, iż **praktycznie od zawsze, gdy pośród członków danej zbiorowości podejmowano decyzję o penalizacji¹⁵ pewnych zachowań, kierowano się przede wszystkim ochroną określonych wartości¹⁶**. Tego typu penalizacja oparta jest na ochronie dobra prawnego. W jej ramach przyjmuje się założenie, że ustawodawca podejmuje decyzję o kryminalizacji na podstawie spostrzeżenia, iż jakieś dobro prawnie chronione doznaje uszczerbku lub jest nim zagrożone ze strony pewnego rodzaju zachowania¹⁷. Trzeba jednak zaznaczyć, że koncepcję tę, upraszczając nieco badane zagadnienie, można podzielić na dwa skrajne w stosunku do siebie modele: 1) **relatywistyczny (konfliktowy)** oraz 2) **konsensualny**.

¹⁵ W treści niniejszej pracy słowa „penalizacja” oraz „kryminalizacja” będą używane w sposób roboczy zamiennie, chociaż terminy te nie mają takiego samego zakresu znaczeniowego. Kryminalizacja bowiem to „zarówno uznanie jakiegoś czynu za przestępstwo, jak i utrzymanie przestępności jakiegoś czynu. Będzie to więc zarówno tworzenie nowych zakazów przez ustawodawcę, jak i utrzymywanie już istniejących”. Penalizacja to z kolei „zagrożenie czynu karą (utrzymywanie zagrożenia czynu karą)”, L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 7–8; R. Zawłocki, *Kryminalizacja obrotu gospodarczego w Polsce* (w:) T. Dukiet-Nagórska, *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Bielsko-Biała 2006, s. 215. Chociaż twierdzi się również, że przy wąskim rozumieniu kary, jako tylko tzw. kary kryminalnej, pojęcia kryminalizacji i penalizacji oznaczają to samo, L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 8.

¹⁶ Oczywiście nie oznacza to, że koncepcja ochrony dobra prawnego była zawsze jedynym powodem kryminalizacji. Interesujące rozważania dotyczące historii kształtowania się poglądów filozoficznych na temat prawa karnego, w tym podstaw kryminalizacji, przedstawił np. J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, Lublin 2009.

¹⁷ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 45.

Często w różnych społeczeństwach występowały lub występują także modele mieszane, łączące ze sobą cechy dwóch powyższych modeli. Trzeba przy tym zaznaczyć, że kryteria rozróżnienia wspomnianych stanowisk odnoszą się, jak już o tym wspomniano, do podmiotu decydującego o kryminalizacji i motywów podejmowania przezeń decyzji w przedmiocie penalizacji.

Pierwszy z wymienionych modeli jest zbudowany na permanentnych konfliktach, swoistej walce o wpływy. Bazuje on na założeniu, iż mające stanowić przedmiot ochrony prawnokarnej wartości lub idee są rozpoznawane i wybierane przez podmioty dysponujące przewagą w danej społeczności. Model ten został opisany przez J. Makarewicza, który podnosił, iż „Jeśli chodzi o pytanie, co dla danego społeczeństwa jest szkodliwe, to teoretycznie rozstrzyga to ogół, praktycznie zaś jego silniejsza część, która nie zapomina przy tym o własnych interesach, utożsamiając je z interesami całego społeczeństwa. Tak postępuje zawsze decydująca część, którą w mniejszych grupach stanowi jednostka (jako tyran cieszący się bezwzględny zaufaniem ludu), a w większych grupa lub warstwa społeczna (patrycjusze w miastach średniowiecznych), lub też terroryzujący innych tłum (plebs w Atenach za czasów Kleona i w Paryżu w czasie wielkiej rewolucji). O sile może stanowić w tych sytuacjach zarówno rozsądek, jak i liczebność, siła fizyczna, a także środki materialne jednostki lub wielu osób”¹⁸.

Drugi model oparty jest na przyjęciu konsensualnej wizji społeczeństwa lub koncepcji prawa. Zakłada się w nim, że ujemnie ocenione przez ustawodawcę czyny są społecznie szkodliwe dla całej wspólnoty¹⁹. Wydaje się przy tym, że model czysto relatywistyczny dominował (z reguły, lecz nie zawsze) w mniej rozwiniętych cywilizacjach oraz w ustrojach totalitarnych. Z czasem odchodzono od niego wraz z postępem ludzkości tak w sferze światopoglą-

¹⁸ J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii...*, s. 57–58. Na podobnym stanowisku stał również W. Makowski, który, odnosząc się do problematyki kryminalizacji w perspektywie historycznej, twierdzi, iż w „zgromadzeniu czynów karalnych znalazły się, obok opisanych już, także czyny istotnie groźne dla bytu państwowego, jako takiego, a dalej czyny niepożądane dla tej grupy społecznej, która w chwili stanowienia prawa posiadała faktyczną władzę i, łącząc interes swój grupowy z interesem organizacji państwowej, korzystała z posiadanych do rozporządzenia środków władzy państwowej, ażeby zabezpieczyć interes własny. Kary na opuszczających ziemię chłopów, na strajkujących robotników itp. są tego dostatecznym dowodem, a takich można by zgromadzić jeszcze wiele”, W. Makowski, *Podstawy filozofii prawa karnego*, Warszawa 1916, s. 427.

¹⁹ Zob. T. Kaczmarek (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3..., s. 255.

dowej, jak i gospodarczej. Truizmem jest przy tym stwierdzenie, że niektóre społeczności wracały bądź wciąż powracają do modelu relatywistycznego. Niemniej jednak wydaje się, iż zasadność ich wyboru może być podsumowana następującym cytatem zaczerpniętym od J. Makarewicz: „Jeśli właściwie rozumiemy rozwój prawa, najwyższy ideał i najdalszą granicę, ku jakiej wiedzie nas ewolucja, to mamy w ręku miarę oceny tego, jak dalece odbiegamy od tego ideału. Gdy mamy przed oczami projekt zmiany prawa, możemy stwierdzić, czy jest to krok naprzód, czy wstecz. Doświadczenie uczy bowiem, że rozwój prawa nie przypomina biegu rzeki, która spływa szybko z gór. Rozwój prawa bywa wstrzymywany lub przez pewien czas przebiega wstecz, by potem z tym większą prędkością podążać znów naprzód w określonym kierunku”²⁰.

Model konsensualny charakterystyczny jest raczej dla krajów wyznających ideę demokratycznego państwa prawnego²¹. Innymi słowy, ujmując omawianą kwestię w wielkim uproszczeniu, jest on znamieny dla państw, które respektują podstawowe prawa poszczególnych jednostek. Stosownie do założeń modelu konsensualnego kryminalizacja musi się odnosić jedynie do takich zachowań, które są na tyle społecznie niebezpieczne, że zagrażają cenionym przez daną zbiorowość wartościom ponad akceptowalną przez jej członków miarę.

Podobnych wniosków można się doszukać u tych autorów, którzy poszukują odpowiedzi na pytanie o podstawę sprawiedliwości karania w różnych rodzajach społeczeństw. Na przykład R.A. Duff wskazuje, że kara stanowi dla sprawcy informację, iż dopuścił się on zła, czym doprowadził do tego, że wobec współobywateli zasłużył na naganę. „Jednakże przy tej okazji kara zawiera także ważny komunikat dla ofiary przestępstwa i dla osób postronnych. Komunikat ten mówi, że »my« – społeczeństwo – traktujemy krzywdę

²⁰ J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii...*, s. 32.

²¹ „Zasada państwa demokratycznego (...) oznacza co najmniej, że wykonywać władcze funkcje publiczne, czyli jednostronnie określać postępowanie wszelkich podmiotów podległych tej władzy, mogą jedynie takie czynniki, które są w stanie powołać się w tej mierze na legitymację (upoważnienie) Narodu. Dalszą konsekwencją analizowanego określenia (...) jest wymóg kierowania się zawsze przez owe czynniki interesami i dobrem Narodu, w toku wykonywania przez nie funkcji publicznych, pod rygorem utraty wymaganej legitymacji. Nie działają one bowiem w interesie własnym ani kogokolwiek innego”, P. Sarnecki, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 72.

wyrządzoną ofierze jako zło, manifestując przy tym nasze publiczne zaangażowanie w ochronę wartości, które zostały naruszone”²². Dalej zaś podkreśla on, że „Kara jako nagana przemawia do sprawcy nie jak do poddanego, lecz ale jak obywatela, członka wspólnoty politycznej. Zwraca się ona do niego nie w języku przymusu, ale w języku wartości danej społeczności, które jako obywatel sprawca powinien był rozpoznać i uszanować. Krzywda wyrządzona przez sprawcę bowiem nie powoduje zemsty, ale jest przedstawiona jako zło wyrządzone współobywatelom, o których sprawca miał się troszczyć, a których zasady dotyczą także jego”²³. Również A. von Hirsch wskazuje, że jednym z najważniejszych zadań państwa jest chronienie obywateli przed zagrożeniem dla ich interesów życiowych²⁴.

Oczywiście określenie akceptowanie społecznych wartości odnosi się do pewnej idealizacji. Nawiązuje ono bowiem do tych dóbr, których potrzeba ochrony wynika z przekonania standardowo nakreślonej racjonalnej jednostki²⁵. Popęlnienie zaś czynu bezprawnego i karalnego przez sprawcę stanowi swoisty przejaw naruszenia postanowień umowy społecznej²⁶, zasługujący na odpowiednią reakcję ze strony państwa w oparciu o pewne instytucje

²² R. A. Duff, *Karanie obywateli*, Ius et Lex 2006, nr 1 (IV), s. 35.

²³ *Ibidem*, s. 36. Zob. również A. von Hirsch, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retributywizmie*, Ius et Lex 2006, nr 1 (IV), s. 59.

²⁴ *Ibidem*, s. 66 i 72. Warto również wskazać w tym miejscu na twierdzenie M. Królikowskiego, który podnosi, iż „Dla współczesnej teorii politycznej demokratycznego liberalizmu jednym z podstawowych problemów jest idea publicznego uzasadnienia istnienia instytucji społecznych i państwowych. Uogólniając, można powiedzieć, że oznacza ona warunek, że dopóki proponowane rozwiązania instytucjonalne nie są możliwe do przyjęcia z jednostkowego punktu widzenia, dopóty temu rozwiązaniu brakuje legitymacji”, M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania...*, s. 68.

²⁵ *Ibidem*. Warto w tym kontekście przywołać twierdzenia J. Rawlsa, który wskazuje, iż „Choć z założenia racjonalne plany ludzi mają faktycznie różne cele ostateczne, to jednak wszystkie, by mogły być zrealizowane, wymagają pewnych pierwotnych dóbr, naturalnych i społecznych. Plany różnią się, różne są bowiem jednostkowe zdolności, środowiska i pragnienia; racjonalne plany dostosowywane są do tych okoliczności. Lecz niezależnie od czyjegós systemu dążeń, dobra pierwotne są środkami niezbędnymi. Większa inteligencja, bogactwo i możliwości, na przykład, pozwalają człowiekowi osiągnąć cele, których w innym razie nie mógłby racjonalnie brać pod uwagę. Oczekiwania reprezentatywnych jednostek należy więc definiować przez wskaźniki dostępnych dla nich społecznych dóbr pierwotnych”, J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, s. 134. W toku zaś dalszych wywodów podnosi on, że w dobrze zarządzanym społeczeństwie sposób, w jaki obywatele rozumieją swe własne dobro, jest zgodny z akceptowanymi publicznie zasadami słuszności i uwzględnia we właściwy sposób rozmaite dobra prymarne (*ibidem*, s. 543).

²⁶ *Ibidem*, s. 156.

ustanowione na podstawie podjętej uprzednio decyzji normotwórczej. Trzeba przy tym podkreślić, że teza o tym, iż prawnokarnej ochronie podlegać powinny tylko te wartości, które są z punktu widzenia zobiektywizowanych ocen danej zbiorowości uznane za cenne, będzie aktualna zarówno na gruncie społeczeństwa liberalnego, jak i komunitarnego²⁷. Warto jednak zaznaczyć, że w zbiorowościach tych będzie istnieć różnica w poglądach dotyczących zakresu tej ochrony.

Powyższe tezy mogą więc prowadzić do konstatacji, że **decyzja o penalizacji powinna dotyczyć jedynie czynów cechujących się większym od tolerowanego w danym kręgu kulturowym stopnia ryzyka dla dóbr prawnych**. W ramach modelu konsensualnego bazuje się na założeniu, że wybór wartości, które są chronione przez ustawodawcę poprzez ustanawianie norm, jest wyrazem kompromisu pomiędzy poszczególnymi poglądami na prawo karne reprezentowanymi w społeczeństwie. W krajach aprobujących omawianą koncepcję konstrukcja przestępstwa winna mieć charakter formalno-materialny. Z jednej bowiem strony za postąpienie przestępne powinno zostać uznane zachowanie o znamionach określonych ustawowo, z drugiej zaś – społecznie niebezpieczne. Taka zaś konstrukcja przestępstwa ustanawia niejako podwójne domniemanie mające charakter *praesumptio iuris tantum*. Zakłada ono, że stypizowany w danym akcie czyn zabroniony pod groźbą kary stwarza lub może stworzyć zbyt duże, nieakceptowalne ryzyko dla dóbr prawnych. Natomiast drugi aspekt omawianego domniemania polega na tym, że rzeczone dobra reprezentują wartości cenne dla całego społeczeństwa, nie zaś tylko dla grupy rządzącej. Owa presumpcja może być obalona, lecz

²⁷ Trzeba jedynie przypomnieć, że liberałowie uznają społeczeństwo za zbiór jednostek łączących się dobrowolnie dla osiągnięcia swoich partykularnych celów. Wspólnota jest zatem jedynie instrumentem ochrony i realizacji interesów jednostki. Zadaniem państwa liberalnego jest zapewnić ochronę indywidualnej swobodzie decydowania o swoim życiu i wybierania tego, co w mniemaniu wybierającego jest dobre. Z tej perspektywy kara kryminalna może być uzasadniona o tyle, o ile gwarantuje każdemu bezpieczne korzystanie z nienaruszonej przez nikogo sfery wolności. Z kolei komunitarysty pojmują społeczeństwo jako wspólnotę, w ramach której jednostka egzystuje i tylko w ramach której może realizować swe cele. Wspólnota jest zatem koniecznym sposobem życia i nosicielem określonych obowiązków, od których nikt nie może się uwolnić przez proste powiedzenie „nie”. Państwo komunitarystyczne przykładą przeto wiele uwagi do „aktywnego wspierania” wartości społecznych (*ibidem*, s. 158). Zob. również M. Królikowski, R. Zawłocki (w:) M. Królikowski (w:) M. Błaszczuk, M. Królikowski (red.), J. Lachowski, B. Namysłowska-Gabrysiak, A. Sakowicz, A. Walczak-Żochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki, S. Żółtek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–31*, t. I, Warszawa 2010, s. 21.

jedynie w toku specjalnej procedury zakończonej wydaniem stosownej decyzji przez sąd konstytucyjny bądź w drodze referendum obywatelskiego. Podstawą zaś takiego orzeczenia winny być przede wszystkim niespełnienie którejs z opisanych powyżej dwóch przesłanek.

Nie da się jednak stwierdzić, że prawo karne jest w modelu konsensualnym całkowicie wolne od polityki. Należy bowiem zgodzić się z T. Kaczmarem, iż „Prawo instytucjonalne, pochodząc od organów władzy publicznej (najczęściej państwowej), doznając z tego powodu ich wsparcia, zostaje nieuchronnie uwikłane w procesy sprawowania władzy. Problem polega, jak sądzę, nie tyle na tym, aby usiłować pozbawić politycznego charakteru prawa, gdyż ta właściwość tkwi w samej jego naturze. Problem i jego osobliwa trudność polega natomiast na takim jego ukształtowaniu, aby prawo w urzeczywistnianiu celów, jakie zakłada władza publiczna, nie naruszało jednocześnie podstawowych a społecznie akceptowanych wartości”²⁸. Idąc jednak nieco dalej niż cytowany autor, należałoby stwierdzić, że przy forsowaniu pewnych postulatów politycznych w procesie stanowienia prawa nie można zapominać o regule, w myśl której warunkiem *sine qua non* podejmowania decyzji o penalizacji jest ochrona cenionych przez społeczeństwo dóbr²⁹. **Jeśli powodem kryminalizacji określonych zachowań jest wyłącznie interes klasy rządzącej, to takie postępowanie narusza podstawowe zasady obowiązujące w demokratycznym państwie prawnym i nie może być w nim dłużej tolerowane**³⁰. Prowadzi to do wniosku, że akcent polityczny w procesie tworzenia relewantnych z punktu widzenia prawa karnego zakazów lub nakazów może objawiać się tylko w możliwości podejmowania przez sprawujących władzę dyskrejonalnych decyzji o tym, które czyny szkodliwe dla społeczeństwa oraz w jakim zakresie będą penalizowane, a które nie będą chronione przez prawo represyjne.

²⁸ T. Kaczmarek (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3..., s. 257.

²⁹ Zob. np. wyrok SN z dnia 10 stycznia 1994 r., II KRN 377/93, LEX nr 22120.

³⁰ Wniosek ten nie sprzeciwia się jednak tezie, że „rozwiązania prawne dokonywane są przede wszystkim z uwzględnieniem interesów tych, którzy posiadają władzę” (zob. J. Błachut, A. Gamberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2004, s. 74). J. Majewski również zasadnie wskazuje, że w demokratycznym państwie prawnym tylko te wartości winny być chronione, które są akceptowane przez ogół społeczeństwa, *Materialny element przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*, PS 1996, nr 6, s. 74.

2. Dobro prawne w świetle podstawowych założeń konstytucyjnych

2.1. Zagadnienia wstępne

Niezwykle ważną kwestią w kontekście problematyki dobra prawem chronionego są zagadnienia związane z podstawowymi przesłankami, które na płaszczyźnie ustawy zasadniczej decydują o możliwości wprowadzenia przez ustawodawcę prawnokarnie relewantnego zakazu lub nakazu. Jakkolwiek w doktrynie prawa karnego podaje się szeroką gamę motywów penalizacyjnych³¹, wydaje się, iż uwzględniając wypowiedzi normatywne zawarte w treści Konstytucji RP, szczególne znaczenie trzeba przypisać przede wszystkim jednemu z celów penalizacji, tj. dążeniu przez ustawodawcę do ochrony cennych dla społeczeństwa, mogących pozostawać w stosunku do siebie w relacji kolizyjnej wartości. Weryfikacja tej przesłanki uzależniona jest od wyniku testu sprowadzającego się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy kryminalizacja pewnych zachowań powinna nastąpić, gdyby okazało się, że w istocie nie chroniłaby ona w żadnym stopniu danego dobra albo że dobro to nie zasługuje na ochronę prawnokarną. Oczywiście w prawie

³¹ W literaturze prawa karnego powody kryminalizacji dzieli się na dwie zasadnicze grupy: 1) racjonalne oraz 2) irracjonalne, zwane też emocjonalnymi. Te pierwsze są związane z pewnym celem, którego osiągnięcie racjonalizacja ma umożliwić. Jest ona zaś racjonalna właśnie dlatego, że ma wywołać pewne skutki. Z kolei za irracjonalne uznaje się te powody kryminalizacji, w przypadku których ustawodawca nie dąży do realizacji określonych założeń. Penalizując określone zachowanie, powołuje się on na intuicyjnie odczuwaną karygodność określonego typu zachowania się. Do motywów racjonalnych zalicza się chęć: ochrony dóbr prawnych, umacniania właściwych postaw moralnych, rozładowanie napięć społecznych oraz symbolicznego potwierdzenia pewnych wartości. Do tego rodzaju kryminalizacji zalicza się również w szczególności: kryminalizację uproszczoną (polega ona na penalizacji zastępczo określonych zachowań zamiast czynów, które są trudne do udowodnienia, albo też kryminalizuje się pewne postąpienia, aby zapobiec innym o większym ładunku ujemnej oceny społecznej); kryminalizację doktrynalną (jest ona konsekwencją pewnych teoretycznych prawnodogmatycznych konstrukcji); kryminalizację dyscyplinującą (ma ona na celu dyscyplinowanie obywateli w sensie powstrzymywania ich od naruszenia pewnych dóbr). Penalizacja emocjonalna opiera się na karaniu „ponieważ” (zostało popełnione przestępstwo), a nie na karaniu „aby” osiągnąć jakiś cel. Przyczyny tej penalizacji wiążą się przede wszystkim z naruszeniem pewnych społecznych tabu. Podkreśla się, że spotyka się również racjonalno-emocjonalne motywy kryminalizacji, L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 52–85.

karnym nastawionym na zabezpieczanie cennych wartości społecznych odpowiedź nań winna być negatywna³².

Trzeba zaznaczyć, że w przypadku polskiego porządku prawnego teza o szczególnej roli dóbr w aspekcie penalizacji wynika przede wszystkim z tych unormowań konstytucyjnych, które mają w swej istocie, poza aspektem ochronnym, charakter gwarancyjny. Regulacje te wyrażają podstawowe reguły konstytucyjne³³, które genetycznie wywodzą się z zasady demokratycznego państwa prawnego³⁴. Jednocześnie wydaje się, że z chwilą wejścia w życie aktualnie obowiązującej ustawy zasadniczej zasada ta nabrała nowej, głębszej od dotychczasowej wymowy. „Jest to konsekwencją wyraźnego wysłownienia w preambule Konstytucji z 1997 r. konkretnych wartości, takich chociażby, jak wolność, sprawiedliwość i dialog”³⁵. W orzecznictwie TK wyraźnie zaznaczono przy tym, że wartości te muszą stanowić kryteria oceny wszelkich działań władz publicznych, w tym ustawodawstwa mającego zamiar realizować zasadę demokratycznego i społecznie sprawiedliwego państwa prawnego. Założenia te jednoznacznie wykluczają więc możliwość arbitralnego stanowienia prawa³⁶.

Na gruncie aktualnie obowiązującego porządku prawnego zasada demokratycznego państwa prawa właściwie w znakomitej większości przypadków

³² *Ibidem*, s. 56. Zob. również R. Zawłocki, *Kryminalizacja obrotu...*, s. 217.

³³ Jakkolwiek w teorii prawa podkreśla się niekiedy, że termin „zasada” nie jest tożsamy z pojęciem „reguła”, a wyróżnia się wręcz normy-zasady i normy-reguły (zob. M. Dąbrowska-Kardas, *Kara jako konflikt dóbr i kolizja norm w świetle koncepcji Roberta Alexy’ego konfliktu reguł i kolizji zasad. Rozważania na tle konstytucyjnych norm stanowienia i stosowania prawa*, Przegląd Sejmowy 1996, nr 4 (16), s. 22 i n.; *eadem*, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 149–152; T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, PiP 1988, z. 3, s. 16 i n.), tym niemniej podział ten jest przez niektórych autorów kwestionowany (M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 36–37). Pierwsze z nich są tzw. nakazami optymalizacyjnymi, nakładają więc na swego adresata obowiązek realizacji osiągania określonych celów w maksymalnym stopniu. Natomiast reguły mają być takimi normami, których cele muszą być urzeczywistniane w całości. Niemniej jednak na potrzeby niniejszego opracowania i dla ułatwienia dalszych wywodów należy uznać wskazane powyżej słowa za synonimiczne.

³⁴ Zob. orzeczenie TK z dnia 31 stycznia 1996 r., K 9/95, OTK 1996, nr 1, poz. 2.

³⁵ E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003, s. 340.

³⁶ Wyrok TK z dnia 3 czerwca 1998 r., K 34/97, LEX nr 33150.

przestała mieć charakter „uniwersalnego punktu odniesienia przy kontroli konstytucyjności”³⁷. Wynika to z faktu, że wiele reguł, które w poprzednim ustroju konstytucyjnym obowiązywały tylko z racji ich „odnalezienia” w klauzuli państwa prawnego, obecnie zostało *expressis verbis* wpisanych do ustawy zasadniczej. Dotyczy to głównie praw człowieka, a przede wszystkim prawa do życia (art. 38 Konstytucji RP), prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP), prawa do ochrony danych i informacji dotyczących jednostki (art. 51 Konstytucji RP) oraz zasady proporcjonalności (art. 31 Konstytucji RP)³⁸. Spowodowało to, że wskazana w art. 2 Konstytucji RP klauzula utraciła w tym zakresie „swoją samoistny charakter, bo wynikające z niej konsekwencje szczegółowe zostały powtórzone i rozwinięte w szczegółowych przepisach konstytucji”³⁹. Innymi słowy – możliwe do odczytania z innych przepisów treści są co do zasady kompletne i samodzielne, co w konsekwencji oznacza, że nie ma potrzeby w tym zakresie korzystać z uregulowania wynikającego z art. 2 Konstytucji RP⁴⁰. Założenie to nie będzie się naturalnie odnosiło do wszystkich sytuacji. Ściślej rzecz ujmując, obecnie do klauzuli demokratycznego państwa prawnego należy sięgać w zakresie tylko tych nakazów, reguł i wartości, które nie znajdują wyrazu w innych, bardziej szczegółowych regulacjach konstytucyjnych⁴¹.

Należy pamiętać, że ustawa zasadnicza daje jednostce niezwykle szerokie spektrum praw i wolności. Niemniej jednak wspomniane wolności i prawa mogą być co do zasady ograniczone głównie ze względu na wolności i prawa innych osób⁴². Ograniczenia te mają więc służyć rozwiązywaniu sytuacji kolizji dóbr. Warto wspomnieć, że „W oparciu o doktrynę państwa prawa,

³⁷ Wyrok TK z dnia 12 kwietnia 2000 r., K 8/98, LEX nr 40020.

³⁸ E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego...*, s. 340. Zob. również: A. Łabno, *Istota proporcjonalności* (w:) T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, Warszawa 2010, s. 19.

³⁹ Wyrok TK z dnia 25 listopada 1997 r., K 26/97, LEX nr 31034.

⁴⁰ A. Łabno, *Istota proporcjonalności...*, s. 21. Jednocześnie w orzecznictwie TK podkreśla się, że ujęcie danego prawa czy wolności w „odrębnym przepisie nie oznacza, by zasada demokratycznego państwa prawnego została »okrojona«; prowadziłoby to do – nieuzasadnionej, tak logicznie, jak i aksjologicznie – deformacji klauzuli demokratycznego państwa prawnego”, wyrok TK z dnia 9 czerwca 1998 r., K 28/97, LEX nr 33151.

⁴¹ Wyrok TK z dnia 2 czerwca 1999 r., K 34/98, LEX nr 37389; wyrok TK z dnia 25 listopada 1997 r., K 26/97.

⁴² A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty...*, s. 228.

to nie państwo przyznaje określone wolności jednostce, będąc ich dysponentem, lecz to ludzie dla dobra wspólnego tworzą z państwa depozytariusza części ich wolności. Państwo pełni także funkcję zabezpieczenia porządku społecznego i bezpieczeństwa zewnętrznego. Zadania te państwo może wykonywać jedynie w ramach przyznanych mu przez obywateli uprawnień. Dlatego organ państwa może działać tylko w oparciu o podstawę prawną. Wiąże go więc zasada legalizmu. Z kolei jednostka może robić wszystko z wyjątkiem tego, co prawo jej wyraźnie zakazuje (*in dubio pro libertate*). Obywatel co do zasady nie potrzebuje więc do działania upoważnienia ustawowego⁴³.

Jednym z twórców, które powstały poprzez przekazanie państwu przez obywateli szeregu uprawnień, jest właśnie prawo karne. Należy przypomnieć, że pełni ono cztery podstawowe funkcje: 1) ochronną, 2) sprawiedliwościową, 3) gwarancyjną oraz 4) kompensacyjną⁴⁴. Pierwsza z nich ujmuje prawo karne jako system norm służących ochronie podstawowych dla obywateli, grup społecznych, całego społeczeństwa lub państwa wartości⁴⁵. Jego rola sprawiedliwościowa zaś, w przeciwieństwie do funkcji ochronnej, jest skierowana w stronę przeszłości. Stanowi ona, że prawo karne musi przewidywać podjęcie odpowiedniej reakcji w stosunku do sprawcy, który swym zachowaniem naruszył cenne dla społeczeństwa dobro⁴⁶. Funkcja gwarancyjna ma za zadanie zabezpieczyć obywatela przed możliwością wykorzystania prawa karnego w sposób sprzeczny z zasadami demokratycznego państwa

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Oczywiście w literaturze prawa karnego prezentowane jest nieco inne spojrzenie na funkcje prawa karnego. Na przykład A. Marek wskazuje dodatkowo na funkcję afirmacyjno-motywacyjną oraz prewencyjno-wychowawczą. Ta pierwsza sprowadza się do twierdzenia, że poprzez normy powinnościowe, tj. zakazy i nakazy, prawo karne określa standardy postępowania w społeczeństwie, wskazując, jakie dobra i w jakim zakresie podlegają ochronie (funkcja afirmacyjna). Z kolei przez stosowanie sankcji prawo karne zmierza do kształtowania motywacji do przestrzegania norm prawnych. Natomiast druga ze wskazanych powyżej funkcji skierowana jest w stronę przyszłości. W tym kontekście zakłada się, że prawo karne ma na celu oddziaływanie zapobiegawczo-wychowawcze zarówno na sprawcę przestępstwa, jak i ogół społeczeństwa w kierunku przestrzegania porządku prawnego (A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 14–16).

⁴⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 39–42.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 43.

prawa⁴⁷. Rolą jej jest więc m.in. umożliwienie cywilizowanego stosowania ustawodawstwa represyjnego. Z kolei funkcja kompensacyjna zakłada zlikwidowanie napięcia w społeczeństwie wywołanego przez popełnienie przestępstwa. W jej ramach przyjmuje się, że sprawca przestępnego zachowania powinien zrekompensować szkodę wywołaną swym postępowaniem i doprowadzić w ten sposób do likwidacji powstałego konfliktu z pokrzywdzonym⁴⁸.

Zakłada się, że wymienione powyżej funkcje nie są w stosunku do siebie rozdzielne ani konkurencyjne⁴⁹. Uważa się więc, że mają one charakter komplementarny. Każda z tych funkcji może oddziaływać w poszczególnym przypadku bardziej bądź mniej intensywnie. Niekiedy wystąpią również sytuacje, kiedy któraś z nich w ogóle nie znajdzie swego zastosowania⁵⁰. Trzeba więc stanąć przed wymagającym pilnego rozstrzygnięcia zagadnieniem, czy może wystąpić taki konkretny przypadek, w którym ustawodawca w procesie kryminalizacji może całkowicie zrezygnować z realizacji funkcji ochronnej na rzecz innych postulatów, funkcjonujących w obrębie prawa karnego. Innymi słowy – pojawia się pytanie, czy istnieją takie niezbyt częste, a może lepiej by rzec – absolutnie wyjątkowe sytuacje, w których jedną z przyczyn penalizacji nie będzie zabezpieczenie dobra prawnego przed grozącymi mu niebezpieczeństwami, zaś podstawą kreowania określonego prawnokarnie relewantnego zakazu lub nakazu będą inne, niepozbawione znaczenia motywy, leżące po stronie ustawodawcy. Udzielenie nań odpowiedzi jest z pewnością kluczowym zagadnieniem dla prawa karnego.

2.2. Konstytucyjny cel prawnokarnych zakazów lub nakazów

2.2.1. Konstrukcja normatywna art. 31 ust. 3 Konstytucji RP

W pierwszej kolejności należy wskazać, że szczególnie istotne dla prawa karnego uregulowania ustawy zasadniczej zawarte są w tych przepisach,

⁴⁷ *Ibidem*, s. 44–45.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 46.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 39.

⁵⁰ Taka sytuacja wystąpi co do zasady np. wtedy, gdy sprawca dopuści się czynu zabronionego, który nie godzi w żadne mogące zostać zindywidualizowane dobro prawne. W takim bowiem przypadku z reguły nie znajdzie zastosowania funkcja kompensacyjna.

z których wynikają zasady podziału władzy (art. 10 Konstytucji RP) oraz ochrony godności człowieka (art. 30 Konstytucji RP), jego wolności (art. 31 ust. 1 Konstytucji RP) oraz równości ludzi wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP)⁵¹. Wydaje się jednak, że najistotniejszym uregulowaniem ustrojowym dla figury dobra prawnego jest art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, statuujący zasadę proporcjonalności (adekwatności)⁵². Stanowi on, iż „Ograniczenie w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”⁵³.

⁵¹ Zob. A. Zoll, *Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego*, RPEiS 2006, z. 2, s. 323 i n.

⁵² Termin „zasada proporcjonalności” używany jest w wielu systemach normatywnych dla określenia zasad prawnych mających na celu miarkowanie działań organów władzy publicznej, a przede wszystkim minimalizujących ich ingerencję w sferę praw i wolności jednostki. Treść tych zasad nie zawsze jest identyczna, lecz ich cechą wspólną jest generalny wymóg dopasowania środków działania podejmowanych przez władzę publiczną do założonych przez nią celów, a także konieczności wyważenia pomiędzy interesami podmiotów publicznych i prywatnych, J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 9. Zob. również A. Zoll, *Znaczenie konstytucyjnej zasady...*, s. 329.

⁵³ Niezwykle interesująca jest geneza tego przepisu. Został on bowiem wprowadzony do projektu aktualnie obowiązującej Konstytucji RP w sposób przypadkowy. Otóż pojawił się w ostatnim stadium prac nad pierwszą wersją projektu ustawy zasadniczej opracowaną przez poszczególne podkomisje Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego. W czasie prac redakcyjnych w Podkomisji Redakcyjnej, Zagadnień Ogólnych i Przepisów Wprowadzających, przy rozpatrywaniu artykułu dotyczącego wolności wyrażania poglądów, jeden z ekspertów komisji, prof. K. Działocha, zaproponował, aby klauzulę ograniczającą zamieszczoną w tym przepisie przenieść do przepisów ogólnych dotyczących praw człowieka. Prof. L. Wiśniewski zasugerował wówczas, aby wykorzystać formułę z MPPOiP, z artykułu gwarantującego wolność zgromadzeń. W konsekwencji, na wniosek posła J. Jaskierni, w art. 20 projektu, otwierającym rozdział o prawach człowieka, do obu wariantów tego przepisu dodano – bez dalszej dyskusji – ust. 3 o następującej treści: „Ograniczenia w zakresie korzystania z wolności i praw mogą być ustalone tylko zgodnie z ustawą, gdy są konieczne w demokratycznym społeczeństwie w interesie bezpieczeństwa państwowego lub porządku publicznego, bądź dla ochrony zdrowia lub moralności publicznej albo praw i wolności innych osób”. Na kolejnym posiedzeniu podkomisji, na wniosek Biura Legislacyjnego, w obu wariantach art. 20 ust. 3 wyrazy „bezpieczeństwo państwowe” zastąpiono zwrotem „bezpieczeństwo Państwa”. Ostatecznie w drugim wariancie art. 20 ust. 3 podkomisja zamiast słów „ustalone tylko zgodnie z ustawą” przyjęła formułę „ustalone tylko ustawą”. W dalszych stadiach prac nad projektem Komisja Konstytucyjna opowiedziała się za pierwszym wariantem art. 20 i przyjęła wniosek senatora J. Madeja, który zaproponował uzupełnienie kata-

Przytoczony w tym miejscu przepis można podzielić właściwie na trzy reguły: 1) wyłączności ustawy, 2) proporcjonalności oraz 3) zachowania istoty wolności i praw. Pierwsza z nich ma niewątpliwie charakter formalny, pozostałe dwie zaś materialny⁵⁴. Uregulowanie opisane w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przyjmuje postać klauzuli generalnej⁵⁵. Regulacja ta stanowi przyjęcie uznawanej w prawie konstytucyjnym zasady, głoszącej, iż obowiązek ustalenia granic praw i wolności konstytucyjnych spoczywa przede wszystkim na ustawodawcy. To on ma za zadanie aktualizację oraz konkretyzację norm konstytucyjnych w ramach istniejących stosunków społecznych. Ustalając granice praw i wolności, może uczynić to w sposób wyczerpujący w ustawie, może również przewidzieć konieczność wydania odpowiednich aktów wykonawczych. Czyni tak, jeżeli sam nie może z góry określić wszystkich sytuacji, w których uzasadnione byłoby wprowadzenie ograniczeń. Wówczas powinien wskazać kierunek i zasady regulacji podstawowej, i to na tyle dokładnie, aby organ władzy wykonawczej lub sąd nie miały nadmiernej swobody oraz nie musiały go zastępować⁵⁶.

logu wartości uzasadniających ingerencję państwa o ochronę środowiska oraz zmianę słów „społeczeństwo demokratyczne” na „państwo demokratyczne”. Rozpatrując propozycje poprawek redakcyjnych zgłoszonych przez ekspertów, Podkomisja Redakcyjna, Zagadnień Ogólnych i Przepisów Wprowadzających odrzuciła propozycję ekspercką, aby zapisać, że ograniczenia mogą być ustanawiane wyłącznie, „gdy Konstytucja to dopuszcza”. Podkomisja zaproponowała następujące brzmienie omawianego przepisu: „Ograniczenie w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie w interesie jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”. W czasie dalszych prac redakcyjnych w Komisji Konstytucyjnej i podkomisji redakcyjnej, w projekcie przedstawionym Zgromadzeniu Narodowemu słowa „w interesie jego bezpieczeństwa” zastąpiono formułą „dla jego bezpieczeństwa”. W drugim czytaniu projektu w Zgromadzeniu Narodowym, w wyniku przyjęcia poprawki zgłoszonej przez posłankę I. Lipowicz, dodany został zakaz naruszenia istoty wolności i praw (K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 78–80). Warto również wspomnieć, że podobne w części unormowanie wprowadzone zostało już do Ustawy konstytucyjnej z dnia 23 kwietnia 1935 r. (Dz. U. Nr 30, poz. 227 z późn. zm.). Artykuł 5 ust. 2 tego aktu stanowił, iż „Państwo zapewnia obywatelom możliwość rozwoju ich wartości osobistych oraz wolność sumienia, słowa i zrzeszeń”. Z kolei stosownie do ust. 3 tego przepisu granicą tych wolności było „dobro powszechne”.

⁵⁴ J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 111.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 112.

⁵⁶ *Ibidem*.

Podkreśla się również, że **wypowiedź normatywna zawarta w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP ma charakter *lex generalis*, co oznacza, iż stosuje się ją do wszystkich konstytucyjnych wolności i praw, niezależnie od tego, czy uregulowania szczegółowe odrębnie określają przesłanki ograniczenia danego prawa lub wolności**⁵⁷. Wyjątkiem jest sytuacja, w której Konstytucja RP uzna dane prawa lub wolności za nienaruszalne lub gdy wynika to z umów międzynarodowych⁵⁸. W takim bowiem przypadku rzeczonych ograniczeń nie wolno w ogóle wprowadzać.

Patrząc na art. 31 ust. 3 Konstytucji RP z nieco innej perspektywy, można go podzielić na dwie zasadnicze części. Pierwsza z nich dotyczy przedmiotu tego, co może być przez ustawodawcę ograniczane. Druga określa konstytucyjnie dopuszczalny cel, którego wystąpienie upoważnia prawodawcę do wprowadzenia tych ograniczeń. Warto dodać, że w przedstawionej w tym miejscu optyce zasada zachowania istoty wolności lub praw będzie pełnić rolę limitującą dla możliwości ograniczania gwarantowanych w najważniejszym akcie normatywnym uprawnień i swobód ustrojowych.

Początek art. 31 ust. 3 Konstytucji RP odnosi się do gwarancyjnej, koniec zaś do ochronnej funkcji prawa karnego. Unormowanie wynikające tego przepisu jest niezwykle pojemne. Przede wszystkim należy zauważyć, iż stanowi ono, o czym już po części wspomniano, że ograniczeniom ustawowym mogą podlegać tylko takie prawa i wolności, które mają charakter konstytucyjny⁵⁹. Wnosząc zatem *a contrario*, nie dotyczy ono takich

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 142.

⁵⁹ Zob. np. wyrok TK z dnia 30 października 2006 r., P 10/06, LEX nr 210825. Zob. również K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 84–85. Z uwagi na to, że przepisy konstytucyjne służą do dekodowania norm, można mówić o normatywnej treści praw jednostki w polskim systemie prawnym (zob. P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach Konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997, s. 30 i n.). Z kolei pojęcie wolności na gruncie Konstytucji RP powinno być rozumiane jako brak przymusu, na jaki może być narażony obywatel ze strony państwa (lub innego podmiotu). „Oczywiście we współczesnym społeczeństwie trudno wyobrazić sobie istnienie państwa, w którym każdy jest wolny i w związku z czym może podejmować każde dowolne działanie. Byłaby to bowiem anarchia, czyli w ostateczności zaprzeczenie możliwości funkcjonowania państwa. Dlatego też obecnie pojęcie wolności należy utożsamiać z taką sytuacją, w której przymus państwowy wprawdzie istnieje, ale zostaje dalece ograniczony, aż po granice konieczności państwowej. Pamiętać także trzeba, iż możliwość korzystania z wolności ograniczona jest

uprawnień i swobód, których źródłem nie jest ustawa zasadnicza. Regulacja ta nie nawiązuje więc do tzw. praw pozakonstytucyjnych, których wyłącznym źródłem są umowy międzynarodowe oraz ustawy zwykłe⁶⁰. Należy więc uznać, że pod pojęciem konstytucyjnych praw i wolności kryją się przede wszystkim tzw. klasyczne wolności i uprawnienia, zaliczane do sfery praw pierwszej generacji⁶¹. Przynależą do nich w szczególności: prawo do życia, nietykalność osobista, prawo oporu przeciwko bezprawnej przemocy, nie-naruszalność mieszkania, tajemnica korespondencji, prawo do przemieszczania się i wyboru miejsca zamieszkania, czynne i bierne prawo wyborcze, wolność wyrażania opinii, wolność wyznania, wolność zrzeszania się, wolność zgromadzeń i wieców⁶². Na tym jednak nie koniec. Do konstytucyjnych wolności i praw należą takie elementy, jak obywatelstwo, ochrona danych osobowych, dostęp do informacji publicznej, własność i inne prawa majątkowe oraz uprawnienie do dziedziczenia. Prawodawca wymienił więc w tekście ustawy zasadniczej szeroki wachlarz chronionych przez akt ustrojowy wartości.

Z kolei wspomniane w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wolności i uprawnienia, które mogą być ograniczone przez ustawodawcę, odnoszą się w przypadku prawa karnego materialnego do tych szeroko pojętych skutków dla jednostki, które wiążą się z popełnieniem przez sprawcę czynu zabronionego pod groźbą kary i są powodowane przez wykorzystujące swe ściśle ustawowo określone kompetencje organy wymiaru sprawiedliwości. Zatem na gruncie polskiej ustawy karnej „ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności jednostki” może objawiać się przede wszystkim wymierzeniem danemu podmiotowi prawem przewidzianych kar lub środków karnych bądź też zastosowaniem innych instrumentów przymusu. Prościej rzecz ujmując, w przedstawionej perspektywie prawnokarna ochrona polega na stosowaniu represji karnej w formie prawnie przewidzianej wobec sprawcy bezprawnego

korzystaniem z wolności przez inne osoby”, J. Boć (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 69.

⁶⁰ P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 96; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 117. Zob. również wyrok TK z dnia 6 lipca 1999 r., P 2/99, LEX nr 37398; wyrok TK z dnia 2 lipca 2002 r., U 7/01, LEX nr 54908.

⁶¹ Wyrok TK z dnia 10 listopada 1998 r., K 39/97, OTK 1998, nr 6, poz. 99, s. 556.

⁶² M. Królikowski, *Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym* (w: T. Dukiet-Nagórska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 49.

i karalnego zachowania. Ograniczenie uprawnień napastnika będzie się głównie objawiało w zastosowaniu dyrektywy postępowania wskazanej w treści dyspozycji normy sankcjonującej, o czym będzie jeszcze dalej mowa.

Z przedstawionych powyżej założeń wynika jeszcze jedna istotna konstatacja. Można bowiem stwierdzić, że ograniczenia wynikające z przepisu art. 31 ust. 3 Konstytucji RP objawiają się w naruszeniu tych dóbr prawnych, których sprawca jest dysponentem. Potwierdza to zatem zasadność tezy, że w procesie pociągania danego podmiotu do odpowiedzialności karnej występuje kolizja uprawnień i swobód sprawcy z cenioną przez porządek normatywny ideą, która to sytuacja rozstrzygana jest na rzecz tej ostatniej.

W oparciu o dalszą część art. 31 ust. 3 Konstytucji RP można w sposób pewny stwierdzić, że opisane w tekście ustawy zasadniczej prawa i wolności można ograniczyć jedynie w realizacji konstytucyjnie dopuszczalnego celu, rozumianego jako pewien wyobrażony, pożądaný stan rzeczy, który stanowi przedmiot dążeń ustawodawcy w ustanowieniu prawnokarnie relewantnego zakazu lub nakazu. Trzeba przy tym wyraźnie podkreślić, że jego określenie ma charakter czynności konwencjonalnej. Dogmatyka prawa przypisuje bowiem ustanowienie aktu prawnego fikcyjnemu podmiotowi, spełniającemu określone kryteria, w szczególności założenie zdolności do racjonalnego działania. Ten podmiot to tzw. **prawodawca dogmatyczny**⁶³. Figura ta jest oparta na pewnych postulatach, które winien spełniać racjonalny ustawodawca.

Warto również wspomnieć, że „Określenie celu aktu prawotwórczego może opierać się na analizie treści ustanowionych norm oraz ich dotychczasowych i przewidywanych skutków. Cele te mogą zostać określone na podstawie deklaracji organów państwowych, uzasadniających wydanie danego aktu prawotwórczego. Należy tu w pierwszej kolejności wymienić racje przedstawiane przez organ, który wydał dany akt prawotwórczy, w postępowaniu przed organem kontroli konstytucyjności prawa, dla uzasadnienia tego aktu. Oficjalnie cele aktu prawotwórczego mogą zostać wyliczone w jego preambule. Podstawę dla określenia celów aktu prawotwórczego mogą stanowić również materiały z postępowania prawodawczego: uzasadnienia projektu

⁶³ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 151.

ustawy, stenogramy przemówień parlamentarnych (w szczególności przemówień wnioskodawcy), dokumenty komisji parlamentarnych. Możliwe jest także wykorzystanie tekstów rządowych, wyjaśniających cele polityki państwa⁶⁴.

Należy z drugiej strony uznać, że precyzyjne ustalenie zamierzeń ustawodawcy w ustanowieniu danego aktu normatywnego jest niezwykle trudne. Wydaje się, że ich identyfikacja powinna być dokonywana w oparciu o wiedzę potoczną, która pozwala połączyć określoną specyfikę danej regulacji z pewnymi celami prawodawcy⁶⁵. Warto w tym kontekście wspomnieć, że obowiązek ustalenia celu, który ma zostać osiągnięty poprzez wprowadzenie do porządku prawnego danej ustawy, nakładają na projektodawców postanowienia zawarte w treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”⁶⁶. Przepis § 1 ust. 1–4 oraz § 1 ust. 2 pkt 2 i 3 załącznika do tego aktu stanowią, iż „Podjęcie decyzji o przygotowaniu projektu ustawy poprzedza się (...): 1) wyznaczeniem i opisaniem stanu stosunków społecznych w dziedzinie wymagającej interwencji organów władzy publicznej oraz wskazaniem pożądanych kierunków ich zmiany; 2) analizą aktualnego stanu prawnego,

⁶⁴ *Ibidem*, s. 151–152.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 152.

⁶⁶ Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 283 z późn. zm. Jakkolwiek „Zasady techniki prawodawczej” nie mają wiążącego charakteru, w orzecznictwie podkreśla się ich niezwykle istotny charakter. Wskazuje się bowiem, że zawierają one „ważne zalecenia dotyczące tworzenia aktów prawnych. Ustalając standardy legislacji, tym samym ustalają także standardy poprawnej interpretacji przepisów. Nie ulega bowiem wątpliwości, że istnieje ścisła zależność między zasadami redagowania a zasadami interpretowania tekstów prawnych, interpretacja polega wszak na ustalaniu tak czy inaczej rozumianej woli prawodawcy” (wyrok SN z dnia 15 czerwca 2012 r., II CSK 436/11, LEX nr 1232234. Zob. również wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 czerwca 2006 r., III SA/Wa 2433/05, LEX nr 229603). W podobnym tonie wypowiedział się TK, który – choć nie uznał „Zasad...” za wiążące, tym niemniej stwierdził, że ustawodawca nie może w swej działalności legislacyjnej ignorować reguł wyrażonych w treści tego dokumentu. „Autonomia ustawodawcy dotyczy bowiem ustanawianych rozwiązań (o ile nie naruszają one konstytucji), nie zaś ich formy, która winna być poddana jednolitym prawidłom, niezależnym od charakteru podmiotu stanowiącego normy prawne. Niewątpliwie ZPT stanowią prakseologiczny kanon, który powinien być respektowany przez ustawodawcę demokratycznego państwa prawnego” (wyrok TK z dnia 21 marca 2001 r., K 24/00, LEX nr 46863). Omawiane w tym miejscu reguły nawiązują do tzw. zasady przyzwolonej legislacji, która jest ściśle powiązana z regułą demokratycznego państwa prawnego (E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego...*, s. 345–346).

z uwzględnieniem prawa Unii Europejskiej, umów międzynarodowych, którymi Rzeczpospolita Polska jest związana, w tym umów z zakresu ochrony praw człowieka, oraz prawodawstwa organizacji i organów międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest członkiem; 3) ustaleniem możliwości podjęcia środków interwencji organów władzy publicznej, alternatywnych w stosunku do uchwalenia ustawy; 4) określeniem przewidywanych skutków społecznych, gospodarczych, organizacyjnych, prawnych i finansowych każdego z rozważanych rozwiązań; (...). W przypadku podjęcia decyzji o przygotowaniu projektu ustawy, jeżeli projekt ten nie jest opracowywany na podstawie założeń, należy w szczególności: (...) 2) określić cele, jakie zamierza się osiągnąć przez wydanie nowej ustawy; 3) ustalić rozwiązania prawne alternatywne, które mogą skutecznie służyć osiągnięciu założonych celów”. Podkreśla się przy tym, że określenie celów projektowanej regulacji musi być na tyle precyzyjne, „żeby umożliwiała wybór środków służących realizacji tych celów. Wybór ten powinien też uwzględniać to, że ważną wartością jest stabilność celów. Trudno o racjonalną działalność prawodawczą w sytuacji częstej zmiany zakładanych celów”⁶⁷. Z przytoczonych uregulowań oraz pewnych założeń ustrojowych wynika więc, że **przesłanka decyzji o kryminalizacji powinna być znana już w momencie trwania procesu prawodawczego**.

Musi pojawić się pytanie, co kryje się pod pojęciem konstytucyjnie dopuszczalnych celów w ograniczaniu podstawowych praw i wolności obywatelskich. Biorąc pod uwagę treść ostatniej części art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, odpowiedź nań jest tylko pozornie oczywista. W tekście tego artykułu ustawodawca wskazuje bowiem, że ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności możliwe jest tylko wtedy, gdy takie postępowanie miałoby służyć ochronie bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo uprawnień i swobód innych osób. Z treści przytoczonego przepisu wynika więc, że prawodawca zakreślił granicę dopuszczalnego przez ustawę zasadniczą zamierzenia, przy realizacji którego można w jakiejś części poświęcić podstawowe uprawnienia i swobody jednostki. Cel ten został więc opisany jako ochrona pewnych cenionych przez prawodawcę wartości. W tym kontekście pojawia się więc kolejny problem,

⁶⁷ Komentarz do § 1 „Zasad...” (w:) G. Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2009, teza nr 5.3.

a mianowicie – czy zabezpieczane przez ustawodawcę za pomocą stosownych ograniczeń wartości muszą mieć charakter konstytucyjny. Inaczej rzecz ujmując, powstaje pytanie, czy ograniczenie podstawowych uprawnień i swobód człowieka może być dokonywane jedynie dla ochrony tych dóbr, które zostały opisane w treści ustawy zasadniczej. Nie odpowiadając na nie przecząco, należy zweryfikować jedynie wartość diagnostyczną rozwiązania zarysowanego w tym miejscu problemu. Nie da się jednak tego uczynić bez uprzedniego podjęcia próby ustalenia treści sześciu celów, które zostały opisane w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, wyrażających tzw. koncepcję interesu publicznego⁶⁸.

2.2.1.1. Przesłanka ochrony bezpieczeństwa państwa

Ustawodawca przesądził, iż konstytucyjne wolności i prawa można ograniczyć dla ochrony bezpieczeństwa państwa. W ujęciu słownikowym słowo „bezpieczeństwo” oznacza, najprościej rzecz ujmując, „stan niezagrożenia, spokoju”⁶⁹. W literaturze podnosi się, że wspomniane bezpieczeństwo nie odnosi się jedynie do bezpieczeństwa władz państwowych, ale i wszystkich elementów składowych państwa, tj. jego terytorium, mieszkańców i rządu⁷⁰. W doktrynie forsowany jest również pogląd, że bezpieczeństwo państwa uzasadnia ograniczenie praw człowieka ustanowione w celu zapewnienia niezbędnego potencjału obronnego, pomimo że w danym momencie nie występuje zagrożenie ze strony innych państw. „Ponieważ tekst Konstytucji posługuje się określeniami »bezpieczeństwo zewnętrzne« i »wewnętrzne«, ograniczenie praw człowieka na tej podstawie mogą być ustanawiane zarówno w przypadku zagrożeń zewnętrznych, jak i wewnętrznych. Należy podkreślić, że – zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – ograniczenia muszą być konieczne dla bezpieczeństwa państwa demokratycznego. Stąd też konstytucyjne pojęcie »bezpieczeństwa państwa« oznacza wolność od istnienia zagrożeń dla egzystencji państwa demokratycznego. Ograniczenie praw człowieka w przypadku zagrożeń wewnętrznych mogą być ustanawiane nie tylko dla ochrony niepodległości, ale również dla uniemożliwienia zmiany

⁶⁸ L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wydawnictwo Sejmowe nr IX, Warszawa 1999, s. 22.

⁶⁹ E. Sobol (red.), *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2008, s. 49.

⁷⁰ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 181.

przemocą demokratycznego ustroju państwa. Bezpieczeństwo państwa można zatem określić najogólniej jako stan, w którym brak jest zagrożeń dla istnienia państwa jako całości oraz dla jego demokratycznego ustroju⁷¹. Jednocześnie wskazuje się, że do problematyki związanej z bezpieczeństwem państwa nie zalicza się zagrożeń o mniejszej wadze, albowiem są one istotne z punktu widzenia pojęcia porządku publicznego⁷².

W orzecznictwie TK bezpieczeństwo państwa utożsamione zostało z obronnością jako wartością polegającą na tworzeniu systemu zapewniającego bezpieczne funkcjonowanie państwa w trakcie pokoju oraz umożliwiającego odparcie jakichkolwiek ataków zbrojnych w trakcie działań przyjmujących charakter agresji militarnej. Zabezpieczenie interesów obronnych kraju należy zaś do podstawowych obowiązków obywateli. Tylko bowiem poprzez zapewnienie bezpieczeństwa państwa jest możliwe skuteczne zapewnienie jednostkom korzystania z przysługującym im praw i wolności⁷³.

2.2.1.2. Przestanka ochrony porządku publicznego

Kolejną wartością wskazaną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP jest niezwykle enigmatycznie brzmiące określenie „porządek publiczny”. W doktrynie podkreśla się, iż pod pojęciem tym kryje się dyrektywa takiej organizacji życia publicznego, która zapewniać ma minimalny poziom uwzględnienia interesu publicznego. Porządek publiczny zakłada nadto organizację społeczeństwa, która oparta jest na wartościach podzielanych przez społeczeństwo, w skład których mogą wchodzić uniwersalne zasady sprawiedliwości. Twierdzi się również, że elementami tworzącymi definicję omawianego pojęcia są m.in. bezpieczeństwo, zdrowie publiczne, poglądy moralne i estetyczne oraz system gospodarczy⁷⁴.

⁷¹ *Ibidem*, s. 183–184. Zob. również J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 128–129; wyrok TK z dnia 21 czerwca 2005 r., P 25/02, LEX nr 155536.

⁷² L. Garlicki, *Konstytucja...*, s. 24.

⁷³ J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 129; wyrok TK z dnia 3 lipca 2001 r., K 3/01, LEX nr 48451; wyrok TK z dnia 16 lutego 1999 r., SK 11/98, LEX nr 36175.

⁷⁴ M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności – granice władzy (w:) Obywatel – jego wolności i prawa. Zbiór studiów przygotowanych z okazji 10-lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 1998, s. 50.

L. Wiśniewski w trakcie prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego zdefiniował porządek publiczny jako porządek, którego naruszenie szkodzi innym, czyli – innymi słowy – działa szkodliwie wobec innych osób, naruszając ich prawa i wolności gwarantowane prawem, a także szkodzi interesom społecznym⁷⁵. Definicja omawianego pojęcia została również sformułowana na gruncie doktryny prawa administracyjnego. Tytułem przykładu należy wskazać choćby na pogląd S. Bolesty, który podnosi, iż „Porządek publiczny jest to system urządzeń prawno-publicznych i stosunków społecznych powstających i kształtujących się w miejscach publicznych oraz w miejscach niepublicznych, którego celem i zadaniem jest zwłaszcza ochrona życia, zdrowia, mienia obywateli i mienia społecznego, i zapewnienie normalnej działalności instytucji, zakładów, przedsiębiorstw państwowych, społecznych i prywatnych oraz eliminowanie (usuwanie) różnego rodzaju uciążliwości niebezpiecznych lub niedogodnych dla społeczeństwa i jednostek”⁷⁶. Zaznacza się również, że „pojęcie porządku publicznego odnosi się do tych zadań organów spraw wewnętrznych i innych organów administracji państwowej, które bezpośrednio wiążą się z utrzymaniem porządku umożliwiającego normalny rozwój życia w państwie”⁷⁷.

W literaturze spotyka się także inne definicje, lecz wydaje się, iż warto wymienić jeszcze trzy spośród nich. Pierwsza, autorstwa J. Zaborowskiego, mówi, iż porządek publiczny „można określić jako stan faktyczny wewnątrz państwa, regulowany normami prawnymi i pozaprawnymi (moralnymi, religijnymi, obyczajami, zasadami współżycia społecznego itp.), których przestrzeganie umożliwia normalne współżycie jednostek w organizacji państwowej, w określonym miejscu i czasie”⁷⁸. W. Kubala z kolei twierdzi, że „przez porządek publiczny należy rozumieć istniejący w państwie stan stosunków i urządzeń publicznych oraz odpowiadających im instytucji prawnych zapewniających bezpieczeństwo, spokój oraz ład w zakresie współżycia zbiorowości”⁷⁹. Warto wreszcie wskazać na pogląd K. Wojtyczka,

⁷⁵ Za J. Zakolską, *Zasada proporcjonalności...*, s. 129–130.

⁷⁶ S. Bolesta, *Pojęcie porządku publicznego w prawie administracyjnym*, Studia Prawnicze 1983, nr 1, s. 236.

⁷⁷ E. Ura, *Prawne zagadnienia bezpieczeństwa państwa*, Rzeszów 1988, s. 124.

⁷⁸ J. Zaborowski, *Administracyjne ujęcie pojęcia „bezpieczeństwa publicznego” i „porządku publicznego”*, Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych 1985, nr 41, s. 130.

⁷⁹ W. Kubala, *Ochrona porządku publicznego w polskim prawie karnym*, Warszawa 1983, s. 76–77.

który uważa, że omawiane pojęcie winno się najczęściej pojmować jako „stan harmonijnego współżycia członków społeczeństwa. Tak rozumiany porządek publiczny obejmuje zarówno ochronę interesów jednostek, jak i interesu społecznego. Interesy jednostki mieszczące się w pojęciu porządku publicznego mogą być chronione jako prawa podmiotowe, a pojęciu porządku publicznego może obejmować również te interesy jednostki, które nie znajdują wyrazu w prawach podmiotowych. Do dóbr społecznych mieszczących się w pojęciu porządku publicznego należy bez wątpienia prawidłowe, wolne od zakłóceń działanie instytucji publicznych. Należy tu również mienie publiczne. (...) Przez porządek publiczny w znaczeniu przyjętym w Konstytucji należałoby rozumieć stan, który umożliwia normalne funkcjonowanie państwa i społeczeństwa. Przesłanka porządku publicznego powinna uzasadniać ograniczenia praw człowieka wyłącznie do ochrony ważnych interesów jednostki, które nie mieszczą się w przesłance »wolności i praw innych osób«, oraz tych interesów społecznych, które odpowiadają ogólnemu kryterium zapewnienia właściwego funkcjonowania instytucji publicznych w demokratycznym państwie i ochrony tych instytucji przed zachowaniami prowadzącymi do zakłócenia ich działalności. Porządek publiczny w państwie demokratycznym obejmuje w szczególności pewne minimum sprawności funkcjonowania instytucji państwowych. Porządek publiczny w przedstawionym rozumieniu może obejmować również niektóre interesy gospodarcze państwa”⁸⁰.

Biorąc pod uwagę zaprezentowane powyżej poglądy, należy w tym miejscu jedynie wskazać, iż omawiany termin jest z całą pewnością niezwykle pojemny zakresowo. Na ich podstawie można jednak stwierdzić, iż **pod pojęciem porządku publicznego nie kryje się wyłącznie proste zabezpieczenie normy postępowania przed jej naruszeniami, lecz jego istota sprowadza się do ochrony jakiejś cennej dla społeczeństwa wartości**. Pewnym jest więc, że tzw. ochranianie porządku publicznego nie może być traktowana jako pusty slogan, lecz przytoczonemu wyrażeniu trzeba nadawać bogatszy sens. Kwestia ta zostanie szerzej poruszona w toku dalszych rozważań.

⁸⁰ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 188–190.

2.2.1.3. Przestanka ochrony środowiska i zdrowia publicznego

Kolejnymi konstytucyjnie dopuszczalnymi celami usprawiedliwiającymi ograniczenie chronionych przez ustawę zasadniczą wolności i praw są ochrona środowiska oraz zdrowia publicznego. Terminy te, choć pojemne treściowo, są nieco łatwiejsze do zdefiniowania aniżeli sformułowanie „porządek publiczny”. Zatem jeśli chodzi o pierwszy z wymienionych powyżej elementów, odnosi się on do środowiska naturalnego (przyrodniczego), stanowiącego ogół czynników przyrody żywej i nieżytwej⁸¹. Wydaje się przy tym, że użyte w treści Konstytucji pojęcie środowiska winno być rozumiane dokładnie tak samo jak na gruncie ustawowym. Stosownie do art. 3 pkt 13 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska⁸² przez ochronę środowiska rozumie się: „podjęcie lub zaniechanie działań, umożliwiające zachowanie lub przywracanie równowagi przyrodniczej; ochrona ta polega w szczególności na: a) racjonalnym kształtowaniu środowiska i gospodarowaniem zasobami środowiska zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju; b) przeciwdziałaniu zanieczyszczeniom; c) przywracaniu elementów przyrodniczych do stanu właściwego”. Z kolei za środowisko na gruncie przytoczonego aktu normatywnego uważa się „ogół elementów przyrodniczych, w tym także przekształconych w wyniku działania człowieka, a w szczególności powierzchnię ziemi, kopaliny, wody, powietrze, krajobraz, klimat oraz pozostałe elementy różnorodności biologicznej, a także wzajemne oddziaływanie pomiędzy tymi elementami” (art. 3 pkt 39 ustawy – Prawo ochrony środowiska).

Jeśli zaś chodzi o „zdrowie publiczne”, twierdzi się, że uwzględnienie tej wartości może rodzić konieczność przeciwdziałania przenoszeniu chorób i poddania się badaniom lekarskim⁸³. Z kolei według L. Garlickiego dobro to polega na obowiązku zapewnienia takiego kontekstu prawnego i społecznego, „by zarówno usuwać zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki (tu zwłaszcza chodzi o zwalczanie chorób zakaźnych, pomoc w sytuacjach nadzwyczajnych, opiekę medyczną) (...), jak i eliminować pokusy skłaniające

⁸¹ *Ibidem*, s. 191.

⁸² Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 672 z późn. zm.

⁸³ M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności...*, s. 50–51.

jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia (tu chodzi zwłaszcza o przeciwdziałanie narkomanii i innym nałogom)”⁸⁴.

2.2.1.4. Przesłanka ochrony moralności publicznej

Następnym elementem wskazanym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP jest tzw. moralność publiczna. Należy przez nią rozumieć normy moralne uznane w naszym społeczeństwie i odnoszące się do stosunków międzyludzkich. „Normy te dotyczą nie tylko życia publicznego i zachowań publicznych, ale również stosunków międzyludzkich należących do sfery prywatności. Przesłanka moralności publicznej pozwala na ochronę wartości, które nie są objęte zakresem pozostałych przesłanek, niezależnie od tego, czy wartości te są chronione przez inne przepisy konstytucyjne. W rezultacie, każda wartość uznawana przez społeczeństwo i związana ze sferą stosunków międzyludzkich jest wartością, która może uzasadniać ingerencję w sferę praw człowieka. Najczęściej jednak odwołanie się do sfery moralności publicznej nie jest potrzebne z uwagi na szeroki zakres pozostałych przesłanek ograniczania praw jednostki. Jako przykład ograniczeń, które nie mieszczą się w zakresie pozostałych przesłanek, ale które mogłyby być uzasadnione w oparciu o tę przesłankę, można wymienić zakaz propagowania w telewizji i radiu postaw i poglądów sprzecznych z moralnością oraz ochronę pomników i miejsce pamięci przed znieważeniem”⁸⁵.

Biorąc pod uwagę powyższe tezy, należy pamiętać, że państwo musi na co dzień borykać się z problemem wielokulturowości. Poszczególne kultury, które w ramach niego funkcjonują, podzielają pewne wartości. Wydaje się, że właśnie niektóre z nich, w drodze kompromisu zawartego przez naród, mogą być chronione za pomocą instrumentów prawnych. Przyjmuje się zaś, że reprezentatywna grupa członków danej społeczności może narzucać przestrzeganie podzielanych przez siebie przekonań również tym jednostkom, które wyznają w newralgicznym zakresie mniejszościowe poglądy.

⁸⁴ L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 25–26.

⁸⁵ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 196.

2.2.1.5. Przesłanka ochrony wolności i praw innych osób

Ostatnim z konstytucyjnie dopuszczalnych celów ograniczania uprawnień i swobód jest ochrona „wolności i praw innych osób”. Wydaje się, że jest to sytuacja najbardziej typowa spośród tych, które zostały wskazane powyżej. Przesłanka ta staje się aktualna w chwili zaistnienia na gruncie określonego stanu faktycznego kolizji swobód lub uprawnień. Występuje ona wówczas, gdy w tej samej sytuacji różne podmioty powołują się dla ochrony swoich interesów na różne przysługujące im prawa i wolności. Problem, jaki wówczas powstaje, to ustalenie granic i zakresu tych uprawnień i swobód, co „z jednej strony jest obowiązkiem ustawodawcy (jeśli zważy on, iż niektóre regulacje prawne prowadzą do kolizji, powinien je zmienić), a z drugiej – organów powołanych do rozstrzygania sporów, w pierwszej kolejności sądów, które wszakże na ogół rozstrzygają problemy *in concreto*. Realizacja prawa lub wolności jednego podmiotu może bądź to skutkować naruszeniem prawa lub wolności innego podmiotu, bądź tylko rodzić niebezpieczeństwo takiego naruszenia. Nie ma wszakże jednej generalnej reguły określającej, które z kolidujących praw stoi wyżej w hierarchii, a zatem ma pierwszeństwo przed drugim. Oba prawa powinny być zagwarantowane w najwyższym możliwym do realizacji stopniu. Jednakże ustawodawca dysponuje przy rozstrzyganiu takich kolizji – w odniesieniu do praw i wolności konstytucyjnych – pewnym marginesem swobody”⁸⁶. W jego ramach może on tworzyć pewne normatywne sposoby rozstrzygania konfliktów wynikających z potrzeby zabezpieczenia dwóch dóbr, z których ochronić można tylko jedno.

2.2.1.6. Zamknięty czy otwarty katalog wartości wskazanych w przepisie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP?

Ograniczenie praw i wolności człowieka może nastąpić jedynie wtedy, gdy wynika to z potrzeby ochrony jednej z konstytucyjnych wartości. Nie można jednak tracić z pola widzenia, że pojęcie chronionych konstytucyjnie wartości musi odnosić się do celów wskazanych w końcowej części art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a więc do zapewnienia bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zabezpieczenia środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz swobód i uprawnień innych osób.

⁸⁶ J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 134.

Z drugiej strony wydaje się jednak, że wyrażona w poprzednim zdaniu konstatacja ma znikomą wartość diagnostyczną. Trzeba bowiem zauważyć, że zakres znaczeniowy przytoczonych powyżej, zaczerpniętych z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP sformułowań jest niezwykle szeroki. Najszerszym z tych terminów jest z pewnością pojęcie porządku publicznego, albowiem w oparciu o powszechnie dostępne sposoby interpretacji nie jest możliwe wyznaczenie precyzyjnego kręgu jego desygnatów. Niemniej jednak z poczynionych przed chwilą rozważań wynika, że termin ten nie określa samoistnej wartości. Uważa się raczej, że wszystkie zachowania przestępne godzą w tzw. porządek publiczny⁸⁷. Warto w tym kontekście podkreślić, że pogląd, iż omawiane pojęcie nie konstituuje samoistnej wartości, jest podzielany zarówno w judykaturze TK, jak i TS.

Tytułem przykładu należy wskazać na tezy cytowanego już w tekście niniejszego opracowania wyroku trybunalskiego z dnia 21 czerwca 2005 r., P 25/02, w treści którego stwierdzono, że porządek publiczny „jako przesłanka ograniczenia wolności i praw jednostki rozumiany jest jako dyrektywa takiej organizacji życia publicznego, która zapewniać ma minimalny poziom uwzględnienia interesu publicznego. Przesłanka porządku publicznego zorientowana jest na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania życia społecznego – i tym samym – nie jest wyłącznie powiązana z państwem. Porządek publiczny zakłada organizację społeczeństwa, która jest oparta na wartościach przez to społeczeństwo podzielanych”⁸⁸.

W kwestii tej istnieje również w miarę jednolite orzecznictwo TS. Wypada tu wskazać chociażby wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r., w którym podkreślono, że „pojęcie porządku publicznego zakłada istnienie rzeczywistego i wystarczająco poważnego zagrożenia dla jednego z podstawowych interesów społeczeństwa. Jak wszystkie odstępstwa od jednej z podstawowych zasad traktatu odstępstwo dotyczące porządku publicznego powinno być interpretowane w sposób zawężający”⁸⁹. W oparciu o powyższe argumenty nie sposób

⁸⁷ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 44.

⁸⁸ Wyrok TK z dnia 21 czerwca 2005 r., P 25/02.

⁸⁹ Wyrok TS z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-465/05, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, LEX nr 354389, teza nr 49. Zob. również wyrok TS z dnia 9 marca 2000 r. w sprawie C-355/98, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii*, LEX nr 82717 oraz wyrok TS z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-319/06, *Komisja Wspólnot Europejskich*

zatem stwierdzić, że omawiane wyrażenie odnosi się do samodzielnej wartości. Nawiązuje ono raczej do tych elementów cenionego przez daną zbiorowość ładu aksjologicznego, które nie mieszczą się w zakresie pozostałych celów wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Porządek publiczny to zatem niewątpliwie coś więcej aniżeli nakazy wpływające z norm postępowania. Taki stan rzeczy prowadzić musi więc przede wszystkim do jednego wniosku. Konkretnie rzecz ujmując, **nie sposób nie uznać, że ustawa zasadnicza wskazuje, iż katalog konstytucyjnie dopuszczalnych celów, w realizacji których możliwe jest ograniczenia praw i wolności człowieka, nie ma charakteru taksatywnego.** Przytoczone unormowanie jest bowiem ujęte na tyle elastycznie, iż jego treść jest w pełni dostosowana do zmieniającej się rzeczywistości społecznej.

Wydaje się, że wyrażona powyżej konstatacja wymaga nieco szerszego komentarza. Na wstępie warto przypomnieć, że w życiu społecznym istnieją cenne dla danej zbiorowości dobra, których naruszanie lub stwarzanie dla nich zagrożenia jest oceniane ujemnie. Wartości te winny zostać nazwane dobrami społecznymi⁹⁰. Oczywiście jest przy tym, że dobra te wchodzą na co dzień w różnorakie interakcje, niemalże permanentnie narażane są na zniszczenie, często ulegają naturalnemu zużyciu i w efekcie przestają funkcjonować w świecie zewnętrznym. Wartości te, trawestując wielokrotnie powtarzane w doktrynie niczym mantrę wyrażenie sformułowane przez niemieckiego dogmatyka H. Welzla, nie są muzealnymi eksponatami, które można zamknąć w szklanych gablotach⁹¹. Nie można ich więc wyłączyć z codziennego obrotu, umieszczając je za szybą, na której zostanie naklejona kartka z napisem „nie dotykać”.

Wynika z tego, że społeczeństwo, niejako z konieczności, aprobeuje pewien stopień tolerancji stwarzania ryzyka dla różnych dóbr. W przeciwnym razie stałyby się one dysfunkcjonalne. Jeżeli dopuszczalny stopień tolerancji zo-

v. *Wielkie Księstwo Luksemburga*, LEX nr 410013. Interesujące uwagi na temat przesłanki porządku publicznego przedstawiła także A. Zygałło, *Wyłączenie tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, Warszawa, 2011, s. 151–153.

⁹⁰ Tak też np. A. Zoll, *O normie...*, s. 79.

⁹¹ H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1939, Bd. 58, s. 515 i n.

stanie przekroczony, zbiorowość może radzić sobie z takim zjawiskiem na różne sposoby. Jednym z nich jest przydanie danej wartości ochrony prawnej. Ochrona ta może być przy tym w różny sposób intensyfikowana. Pewne jest to, że jeśli dana wartość w ogóle będzie chroniona przez ustawodawcę poprzez wprowadzenie określonego zakazu lub nakazu, dobro społeczne stanie się automatycznie dobrem prawnym⁹². Trzeba również podkreślić, że najbardziej radykalna odmiana wspomnianej ochrony wystąpi wtedy, gdy prawodawca sformułuje w ustawie czyn zabroniony pod groźbą kary.

Odnosząc się w tym momencie nie do sfery prawa, lecz aksjologii, należy zaznaczyć, że katalog dóbr społecznych ma charakter dynamiczny, czyli jest zmienny. Trzeba bowiem podkreślić, że pod wpływem różnorodnych przeobrażeń wynikających z rozwoju następującego w poszczególnych płaszczyznach życia jednostek, np. w sferze kultury, światopoglądu, polityki, moralności, obyczajów oraz gospodarki, pewne idee przestają być cenne, zaś na znaczeniu zyskują nowe wartości. Z biegiem czasu dochodzi więc do swego rodzaju fluktuacji aksjologicznej⁹³.

Nadto wraz z postępem, w szczególności technicznym i technologicznym, wskutek coraz to nowych odkryć naukowych modyfikacji może ulec również zasięg tolerowanego społecznie ryzyka. Zmiany w katalogu dóbr społecznych oraz w zakresie zbiorowej tolerancji mogą się objawiać na płaszczyźnie jurystycznej, w rezygnacji z ochrony danej wartości w formie prawnej w całości lub w złagodzeniu jej intensywności, tj. choćby poprzez jej zabezpieczenie za pomocą innych aniżeli prawo karne dziedzin prawa, albo w przydaniu

⁹² T. Kaczmarek (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3..., s. 278; P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, CzPKiNP 2012, z. 4, s. 38; R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 104. Wydaje się, że tę samą myśl, choć ukazaną z nieco innej perspektywy, wyraził W. Wolter: „dopiero jakieś zjawisko społeczne, rozpoznane jako ujemne, może wyzwolić akt ustawodawczy nadający temu zjawisku cechy przestępne. Zakaz karny jest więc czymś wtórnym, nie stanowi jakiegos logicznego prius. Ale znów nie można przeoczyć tego, że jak długo nie nastąpi ten »zwrot normatywny«, którym jest ustawowy i który na tym zjawisku wyciska piętno »przestępstwa«, tak długo, chociaż zachodzi zjawisko ujemne, przestępstwa nie ma. Sama dezaprobat społeczna jakiegos zjawiska społecznego nie nadaje mu tej negatywnej rangi, którą jest zaliczenie do zbioru przestępstw”, W. Wolter, *Nauka...*, s. 11–12.

⁹³ Zob. A. Zoll, *Problem okoliczności wyłączających bezprawność czynu w okresie politycznej zmiany systemu*, CzPKiNP 1997, z. 1, s. 93–94.

ochrony określonego dobru bądź to przez prawo karne, bądź to wyłącznie za pośrednictwem uregulowań innych gałęzi prawa⁹⁴. Zjawisko to może się również przejawiać w zmianie intensywności samej represji karnej, tj. poprzez obniżenie lub podwyższenie granic ustawowego zagrożenia karą za popełnienie danego czynu.

Właśnie z uwagi na zmienny charakter cenionych przez społeczeństwo wartości w treści Konstytucji RP przyjęto dosyć elastyczne rozwiązanie. Końcowa część tego przepisu została bowiem sformułowana na tyle szeroko, że można w niej pomieścić konkretne dobra, które są w danym momencie najbardziej cenione przez członków danej zbiorowości, oraz wyeliminować zeń te elementy, które już straciły na znaczeniu. Argumenty te stanowią potwierdzenie wyrażonej wcześniej tezy, że **katalog konstytucyjnie dopuszczalnych celów, w realizacji których możliwe jest ograniczenie przysługu-**

⁹⁴ Tytułem przykładu można wskazać, iż na gruncie typu czynu zabronionego z art. 195 k.k. z 1932 r. przedmiotem ochrony był stan cywilny. Przepis ten statuował odpowiedzialność karną osoby, która bezprawnie zmieniła stan cywilny swój lub innej osoby. Relewantna z punktu widzenia rzeczoności typu czynności wykonawcza miała polegać na doprowadzeniu do tego, że nie można było udowodnić rzeczywistego stosunku rodzinnego danej osoby, a wszelkie pozory przemawiały za „stanem jej cywilnym, odmiennym od rzeczywistego”. W tym kontekście J. Makarewicz wskazywał, iż „Zmiana stanu cywilnego jest określeniem nieścisłym, gdyż faktycznie nie można zmienić pochodzenia danej osoby od jej rodziców, ale można uniemożliwić lub przynajmniej utrudnić wykazanie tego pochodzenia. W klasycznym wypadku zamiany dzieci nie zmienia się rzeczywistego pochodzenia dzieci, ale stwarza się sytuację, która każe otoczeniu i prawu uznać sztucznie stworzone warunki bytu dzieci zamienionych na prawdziwe. Jest to stworzenie prawdy formalnej niezgodnej z rzeczywistością, podobne do dostarczenia (przez fałszywe zeznanie) fałszywej podstawy dla wyroku sądowego”, J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, s. 473. Obecnie stan cywilny jest taką wartością, której próżno szukać wśród przedmiotów ochrony prawnokarnej. Z kolei art. 198 k.k. z 1932 r. stanowił, iż odpowiedzialności karnej podlegała osoba, która – w związku z zawarciem małżeństwa własnego lub cudzego – dopuszczała się czynu powodującego nieważność tego małżeństwa, jeżeli unieważnienie nastąpiło. Przepis był źródłem penalizacji zachowań, które polegały choćby na stosowaniu przez ojca groźby względem córki w celu skłonięcia jej do wyjścia za mąż (*vis ac metus* – *ibidem*, s. 477). Obecnie próżno szukać takiego typu w jakiegokolwiek ustawie karnej. Nie oznacza to jednak, że małżonek, który zawarł podlegające unieważnieniu małżeństwo z daną osobą będącą w złej wierze, jest pozbawiony ochrony prawnej. Przysługują mu bowiem stosowne gwarancje opisane w treści ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2082 z późn. zm.). Z drugiej strony w aktualnie obowiązującym prawie pojawiło się wiele nowych typów, które na terenie naszego kraju nigdy nie były chronione przez prawo karne. Niemniej jednak nie ma sensu odwoływać się do poszczególnych przypadków, gdyż przykłady takich zachowań można byłoby mnożyć.

jących jednostce praw i wolności, nie ma charakteru zamkniętego, lecz otwarty⁹⁵. Jest on więc dostosowany do zmieniających się w społeczeństwie procesów w sferze przyjmowanej przezeń aksjologii. Z tych właśnie przyczyn wydaje się, że spór o systemową transcendentność czy też immanentność dobra prawnego jest w rzeczywistości jałowy i niewiele wnosi do badań nad koncepcją omawianego pojęcia. Dobra społeczne mają bowiem swe źródło poza światem normatywnym, wkraczając doń dopiero wtedy, gdy ustawodawca o tym zdecyduje, wydając odpowiedni akt prawotwórczy.

Przyjmując zatem taki punkt widzenia, trzeba dojść do wniosku, że samo zagadnienie dotyczące pozasystemowego bądź wewnątrzsystemowego statusu chronionych przez prawodawcę wartości może budzić uzasadnione wątpliwości choćby już z metodologicznego punktu widzenia. Skoro bowiem dane dobro jest jednocześnie jakimś stanem rzeczy cenionym w społeczeństwie, to termin ten siłą rzeczy musi odnosić się do rzeczywistości przednormatywnej. W tym sensie pojęcie dobra prawnego ma charakter systemowo transcendentny. Samo prawo nie tworzy bowiem dóbr, lecz stara się zapewnić ochronę pozytywnie ocenianych przez członków danej zbiorowości stanów rzeczy. Dobra te są dopiero rozpoznawane przez suwerena. Jednocześnie dana wartość staje się dobrem prawnym dopiero wtedy, gdy ustawodawca zdecyduje się ją zabezpieczyć poprzez ustanowienie konkretnej normy prawnej. W tym więc sensie dobra prawne są systemowo immanentne. Te bowiem wartości, które nie są chronione przez system, nie mogą być dobrami prawnymi, o czym będzie jeszcze mowa.

2.2.2. Konstytucyjne ograniczenia w zakresie kryminalizacji – standardy racjonalnego karania

Analizując standardy racjonalnego karania, warto zacząć od dwóch założeń. Po pierwsze, należy przyjąć, iż ograniczenie podstawowych praw i wolności człowieka jest możliwe tylko w celu ochrony konstytucyjnie określonej wartości, a z racji tego, iż ich katalog ma charakter otwarty, jest pozbawione wartości poznawczej. Konstatacja ta odnosi się jednak tylko do źródła, na mocy którego istotne społecznie dobra są przez prawodawcę zabezpieczane. Z drugiej zaś strony należy zauważyć, że z unormowania wynikającego

⁹⁵ Odmienne M. Królikowski, *Dwa paradygmaty...*, s. 45.

z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej można wyczytać pewną dyrektywę, mającą ogromne znaczenie w procesie kryminalizacji. Dotyczy ona kryteriów, które winny spełniać chronione przez prawo karne dobra. Przedstawiając ją, należy wpięrow wskazać, że unormowanie wynikające z art. 31 ust. 1 Konstytucji RP ma charakter wyjątku od generalnej zasady zakazującej naruszania uprawnień i swobód jednostki. Zatem uregulowanie to, z uwagi fakt, iż podlega zasadzie *exceptione non sunt extendae*, powinno być interpretowane zawężająco⁹⁶. Pełni więc rolę gwarancyjną dla jednostki i reglamentacyjną wobec ustawodawcy⁹⁷.

Podkreśla się również, że art. 31 ust. 3 Konstytucji RP statuuje zasadę *ultima ratio* prawa karnego⁹⁸. Stanowi ona, że po prawo karne, jako narzędzie chroniące określoną wartość, należy sięgać jedynie wtedy, gdy nie jest możliwe zabezpieczenie określonego dobra w inny sposób. Oznacza to, iż ochrona prawnokarna jest ostatecznością i powinno korzystać się z niej wtedy, gdy wszelkie inne środki okażą się nieskuteczne. Biorąc więc pod uwagę przedstawione powyżej zagadnienia konstytucyjne, należy uznać, że decyzję o kryminalizacji można podjąć jedynie wtedy, gdy ma ona na celu ochronę cenionej przez społeczeństwo wartości, co wynika właśnie z cytowanego wcześniej art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Ochrona ta może polegać na oddziaływaniu na ogół adresatów norm prawnych (prewencja ogólna) oraz na zabezpieczaniu społeczeństwa przed powtórny naruszeniem dobra prawnego przez konkretną osobę (prewencja indywidualna). Prewencja ogólna obejmuje nie tylko odstraszenie potencjalnych sprawców przestępstw (prewencja negatywna), ale również potwierdzenie obowiązywania normy społecznej zakazującej naruszania tego dobra i wzmacnianie hamulców u osób przestrzegających prawo (prewencja pozytywna)⁹⁹. Trzeba przy tym

⁹⁶ Komentarz do art. 31 (w:) L. Garlicki, *Konstytucja...*, s. 14.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 15.

⁹⁸ Zasada *ultima ratio* jest swego rodzaju społecznym wyborem określonego sposobu ochrony dóbr prawnych. Jak to bowiem przed laty plastycznie przedstawił W. Wolter: „Chodzi o to, czy bodźcami naszego życia mają być na każdym kroku zakazy karne, czy życie nasze ma być nieustannym tańcem wśród mieczów – to jeden biegun; czy też zakazów tych ma być tak mało, by życie rozwijać się mogło zupełnie żywiołowo, a państwo pełniło tylko funkcję owego osławionego »stróża nocnego« – to drugi biegun; czy też wreszcie należy dążyć do jakiegoś złotego środka, gdzie działać mają w pierwszym rzędzie inne legalne bodźce, a norma karna ma być tą *ultima ratio*”, W. Wolter, *Granice i zakres prawa karnia*, PiP 1957, z. 2, s. 243.

⁹⁹ K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karnia*, CzPKiNP 1999, z. 2, s. 35.

zaznaczyć, że możliwość jej zabezpieczenia poprzez wykreowanie typu czynu zabronionego może pojawić się jedynie wtedy, gdy takie postępowanie jest zgodne ze sformułowaniem w orzecznictwie TK, a następnie recypowanym przez SN do orzecznictwa w sprawach karnych konstytucyjnym testem proporcjonalności¹⁰⁰. Stanowi on, że **ograniczenie podstawowych praw i wolności jednostki można ustanowić jedynie wtedy, gdy jest to uzasadnione ze względu na realizację konstytucyjnie dopuszczalnego celu, konieczne oraz adekwatne**. Innymi słowy – **na omawiany test składają się trzy elementy: zasada przydatności, zasada konieczności oraz zasada proporcjonalności *sensu stricto***¹⁰¹.

Pierwsza z nich wyraża wymóg tzw. racjonalności instrumentalnej. Z zasady tej wynika nakaz skierowany do ustawodawcy, aby ten powstrzymał się od realizacji tych celów działania, dla wypełnienia których nie istnieją żadne skuteczne środki. Ocena skuteczności środków wymaga odwołania się do wiedzy naukowej z zakresu nauk społecznych. Wynika stąd, że prawodawca nie może ustanawiać kar dla realizacji celów, które nie mogą zostać osiągnięte poprzez kryminalizację danych zachowań. Cele zaś aktu prawotwórczego mogą zostać sformułowane na płaszczyźnie empirycznej jako określone stany rzeczy albo na płaszczyźnie aksjologicznej jako wartości, do których urzeczywistnienia dąży prawodawca. Obie te płaszczyzny są ze sobą ściśle związane, gdyż z reguły stan rzeczy, będący przedmiotem dążeń prawodawcy, stanowi sposób urzeczywistnienia określonych wartości, a idee, które prawodawca chce urzeczywistnić, znajdują wyraz w określeniu przez niego pewnych celów empirycznych. Zamierzenia te mogą być formułowane w sposób mniej lub bardziej ogólny. W praktyce orzecznictwo konstytucyjne wskazuje cele badanych regulacji prawnych w sposób ogólny, w oparciu o wiedzę potoczną oraz materiały z postępowania ustawodawczego. Jako cel regulacji prawnokarnej można z reguły wymienić ochronę określonego dobra poprzez prewencję ogólną i indywidualną, a przydatność zastosowanych środków podlega ocenie z punktu widzenia tak określonych celów.

¹⁰⁰ Zob. m.in. wyrok TK z dnia 1 czerwca 1999 r., SK 20/98, OTK 1999, nr 5, poz. 93 i z dnia 18 kwietnia 2000 r., SK 23/98, OTK 2000, nr 3, poz. 93; orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12; orzeczenie TK z dnia 30 października 1996 r., K 3/96, OTK ZU 1996, z. 5, poz. 41; uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 22 stycznia 2003 r., I KZP 36/02, OSNKW 2003, nr 1–2, poz. 2.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 33.

Ocena przydatności ingerencji prawnokarnej obejmuje dwa ściśle ze sobą związane aspekty: ocenę przydatności kryminalizacji danego zachowania oraz ocenę przydatności danej sankcji karnej. Zasada przydatności nakazuje odrzucenie represji karnej w tych wszystkich wypadkach, w których w świetle ustaleń nauki nie jest ona w stanie doprowadzić do realizacji założonych celów społecznych. Należy jednak podkreślić, że sam fakt, iż określone zakazy są często naruszane w praktyce, nie oznacza nieskuteczności danej regulacji. Do celów prawa karnego należy m.in. stabilizacja norm społecznych. Zasada przydatności nie wyklucza zatem stanowienia regulacji, które nie są przestrzegane w praktyce, jeżeli umożliwiają one skuteczną realizację innych celów usprawiedliwiających ograniczenie wolności jednostki, takich jak potwierdzenie obowiązywania danej normy społecznej¹⁰².

Z kolei reguła konieczności nakazuje, aby spośród środków skutecznych wybierać te, które są najmniej uciążliwe dla człowieka. Akt prawotwórczy jest niezgodny z Konstytucją, jeżeli te same efekty można osiągnąć przy pomocy środków mniej dolegliwych. Przyjmuje się jednocześnie, że kryminalizacja stanowi z reguły środek najbardziej uciążliwy dla jednostki. Zatem ustanowienie zakazu określonego zachowania pod groźbą kary możliwe jest jedynie pod warunkiem, że nie istnieją inne skuteczne środki pozwalające osiągnąć pewien rezultat. To właśnie z przesłanki konieczności wynika wspomniana wcześniej reguła subsydiarności prawa karnego¹⁰³.

Z kolei zasada proporcjonalności *sensu stricto* opiera się na przesłance racjonalności aksjologicznej. Ocena jej wystąpienia wymaga szczegółowego określenia systemu wartości stanowiących podstawę oceny. Racjonalność aksjologiczna prawodawcy oznacza wymóg zachowania spójności aksjologicznej systemu prawa, a w szczególności zgodności stanowionego prawa z aksjologią Konstytucji RP. Zasada proporcjonalności *sensu stricto* nakazuje zachowanie odpowiedniej proporcji pomiędzy efektem regulacji a ciężarem nałożonym na jednostkę. Proporcja taka zostanie zachowana tylko wtedy, gdy podjęcia ingerencji dotyczącej wartości znajdujących się u podstaw danego prawa człowieka wymaga realizacji innej wartości chronionej konstytucyjnie. Zasadę proporcjonalności w ścisłym znaczeniu można zatem

¹⁰² K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności...*, s. 34–37.

¹⁰³ *Ibidem*, s. 37–39.

wyrazić inaczej jako wymóg zachowania odpowiedniej proporcji między dobrami, których dana ingerencja dotyczy, a dobrami, które ta ingerencja chroni. W tym kontekście musi się również pojawić pytanie o zasięg reguły *in dubio pro libertate*. W pewnym aspekcie wyraża ona dyrektywę skierowaną w stronę ustawodawcy, aby ten, w razie istnienia wątpliwości co do zasadności kryminalizacji określonych zachowań, powstrzymał się od podejmowania decyzji o penalizacji pewnej grupy czynów. Stosowanie tej zasady jest równoważone poprzez regułę *in dubio pro dignitate*, która jest z kolei ściśle powiązana z konstytucyjnym obowiązkiem ochrony godności człowieka (art. 30 Konstytucji RP). Podkreśla się więc, że zasada *in dubio pro libertate* obowiązuje w stosunkach „wertykalnych”, tj. między podmiotami prywatnymi a organami władzy publicznej, i stanowi wskazówkę przy rozstrzyganiu kolizji pomiędzy wolnością jednostki a dobrem ogólnospołecznym. Wymieniona reguła w stosunkach „wertykalnych” jest konkretyzacją ogólniejszej zasady, nakazującej, aby w razie wątpliwości co do sposobu rozstrzygnięcia pomiędzy dobrem społecznym a dobrem jednostkowym pierwszeństwo przyznać temu ostatniemu.

Natomiast stosowanie zasady *in dubio pro libertate* w stosunkach „horyzontalnych”, tj. pomiędzy podmiotami prywatnymi, może budzić poważne zastrzeżenia. Wątpliwości co do sposobu rozstrzygnięcia kolizji wolności oraz innych dóbr jednostkowych nie zawsze powinny być rozstrzygane na korzyść wolności, gdyż mogłoby to prowadzić do naruszenia wymogu dostatecznej ochrony wartości konstytucyjnych o szczególnym znaczeniu dla jednostki. Można podać tutaj przykład naruszeń godności osobistej jednostki oraz jej prawa do prywatności, wynikających ze zbyt szerokiego zakresu wolności wypowiedzi. W stosunkach „horyzontalnych” należałoby zatem odwołać się bezpośrednio do drugiej ze wspomnianych powyżej zasad – *in dubio pro dignitate*¹⁰⁴. Wniosek taki jest również forsowany w orzecznictwie trybunalskim. Trzeba bowiem zauważyć, że w treści wyroku z dnia 30 października 2006 r., P 10/06 TK wskazał, iż „w świetle art. 30 Konstytucji wykluczone jest takie zniesienie lub ograniczenie poszczególnych wolności i praw, które prowadziłyby do naruszenia godności człowieka. (...) W tych warunkach należy uznać, że im silniejszy jest związek danego prawa albo wolności

¹⁰⁴ *Ibidem*, s. 40–45.

z istotą godności człowieka, tym lepiej (skuteczniej) winno być ono chronione przez władze publiczne”.

TK w swym orzecznictwie wskazywał również, że istota publicznego charakteru czynu polegającego na naruszeniu indywidualnej wiązki praw i wolności, czy też wprost godności człowieka, wynika z powiązania art. 30 (zasada ochrony godności człowieka) z art. 1 (zasada dobra wspólnego) Konstytucji RP¹⁰⁵. Kończąc więc ten wątek, warto wskazać, iż ustanowienie każdej z norm prawnokarnie relewantnego nakazu lub zakazu powinno być poprzedzone weryfikacją zasadności wprowadzenia określonej zmiany normatywnej z punktu widzenia omówionego powyżej trójstopniowego kryterium. Dopiero jego spełnienie oraz uczynienie zadość przesłance konstytucyjnie dopuszczalnego celu, która odwołuje się do ocen społecznych, umożliwia wprowadzenie do porządku normatywnego danego typu czynu zabronionego. Rzeczonym zamierzeniem winna być ochrona dobra prawnego przed zagrożeniami jego naruszenia¹⁰⁶. Wskazana w tym miejscu teza, ujęta od strony negatywnej, oznacza więc, że nie jest możliwe wprowadzenie takiego relewantnego z punktu widzenia prawa karnego nakazu lub zakazu, które nie ma na celu zabezpieczenia cennej dla społeczeństwa wartości. **Gdyby więc w porządku prawnym istniał taki typ czynu zabronionego, który statuowałby ochronę samego tylko wykonania danego obowiązku, takie uregulowanie należałoby uznać za niekonstytucyjne i w konsekwencji usunąć z polskiego porządku prawnego. Trzeba więc uznać, iż przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wymaga, by legislator, zanim skonstruuje dany typ czynu zabronionego, skonkretyzował wartość, którą zamierza chronić za pośrednictwem określonego wzorca ustawowego.**

„Tak rozumiane dobro prawne wyklucza możliwość podejmowania decyzji kryminalizacyjnych jedynie pod wpływem presji opinii publicznej, »chroniących« zgeneralizowane, zdematerializowane, szeroko pojęte, nieprecyzyjne, niejasno ujęte »dobra prawne»”¹⁰⁷. Takie pojmowanie wspomnianej fi-

¹⁰⁵ M. Królikowski, *Dwa paradygmaty...*, s. 55; orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96, LEX nr 29143.

¹⁰⁶ Podobnie K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności...*, s. 41.

¹⁰⁷ E. Plebanek, *Karygodność jako element struktury przestępstwa w perspektywie zasady proporcjonalności* (w:) T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zasada proporcjonalności...*, s. 126–127. Zob. również

gury powoduje, że pełni ona rolę narzędzia kontrolnego umożliwiającego weryfikację, czy zasadne było ustanowienie przez ustawodawcę określonego typu czynu zabronionego. Prawodawca może penalizować dane rodzaje zachowań jedynie wtedy, gdy sprzeciwiają się one normom zabezpieczającym określone dobra, a zatem są społecznie niebezpieczne (szkodliwe)¹⁰⁸. Na etapie stanowienia prawa ustawodawcę wiąże zatem zasada *nullum crimen sine periculo sociali*¹⁰⁹. Za społecznie niebezpieczne (szkodliwe) mogą więc zostać uznane jedynie takie zachowania, które w oparciu o kryteria ewaluacyjne wskazane w treści przepisu art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zostały ocenione ujemnie. „Podstawą takiej oceny będzie stwierdzenie niezgodności z kryteriami wyznaczonymi przez system aksjologiczny dla przedmiotów o wartości dodatniej bądź stwierdzenie zgodności z kryteriami o wartości ujemnej. Oznacza to, że ustawodawca powinien zawrzeć w akcie prawnym wszelkie te cechy określonej kategorii zachowań, które pozwolą na zastosowanie formuły, że »Każdy czyn X posiadający cechy a1, a2, a3... a-n jest w-wartościowy ujemnie z punktu widzenia systemu aksjologicznego przyjętego przez ustawę zasadniczą«”¹¹⁰.

E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 16, 99–102; L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 157 i n.

¹⁰⁸ Tylko i wyłącznie na potrzeby niniejszej części ze względów pragmatycznych przyjęto, że sformułowania „społeczna szkodliwość czynu” i „społeczne niebezpieczeństwo czynu” oraz „karygodność *in abstracto*” są tożsame. W istocie bowiem pojęcia te cechują się różnymi znaczeniami. Zostaną one szerzej omówione w dalszej części publikacji.

¹⁰⁹ A. Zoll (w:) G. Bogdan, Z. Ćwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Warszawa 2012, s. 41.

¹¹⁰ E. Plebanek, *Materialne określenie...*, s. 109–110. Słusznie co do zasady przed laty wskazywał T. Kaczmarek, iż „Tworząc typ przestępstwa, ustawodawca generalizuje jego społeczne niebezpieczeństwo. Przy czym generalizacja społecznego niebezpieczeństwa wynika z powtarzalności tego czynu. Np. kradzież jest zjawiskiem powtarzalnym, typowym, które nie tylko raz się wydarzyło, ale które dalej występuje w życiu społecznym, zagrażając ciągle określonym dobrom. Stąd ustawodawca, wciągając kradzież na listę przestępstw jako czyn przedstawiający groźbę dla określonych interesów, uogólnia zawartą w kradzieży cechę społecznego niebezpieczeństwa, odnosząc ją do wszystkich wypadków kradzieży. Z tego dalej wynika, że w wypadku konkretnej kradzieży, społeczne niebezpieczeństwo wprawdzie już urzeczywistniło się, ale niejako jednostkowo, bo kradzież »w ogóle« pozostaje nadal czynem przedstawiającym groźbę dla określonych stosunków międzyludzkich. Chcąc przeto uchwycić społeczne niebezpieczeństwo kradzieży jako ustawowego typu przestępstwa, ustawodawca musi zgeneralizować tę konkretną kradzież, wyjść poza konkretne zdarzenie i na zasadzie powtarzalności tego zjawiska kradzieży, uogólnić jego społeczne niebezpieczeństwo. W przypadku więc ustawowego typu przestępstwa, pojęcie społecznego niebezpieczeństwa czynu występuje w swoim właściwym znaczeniu, oznaczając jedynie