

Zasada proporcjonalności a kryminalizacja. Rozważania o teorii i praktyce na kanwie wyroku Trybunału Konstytucyjnego SK 55/13.

Gniewomir Wycichowski-Kuchta

„Prawo karne to najcięższa broń jaką państwo ma w swoim arsenale” – to zdanie podzielane jest zarówno przez polskich karnistów przyjmujących postawę dogmatyczną¹, jak i anglosaskich filozofów prawa karnego². Ten egzotyczny konsens nie jest dla badaczy zdziwieniem. Jasnym wydaje się, iż żaden inny instrument prawny, sankcja żadnej innej gałęzi prawa, nie ingeruje w przestrzeń praw i wolności człowieka w tak intensywny oraz dotkliwy sposób. Dlatego też przepisy penalne powinny być tworzone w sposób przemyślany, odpowiedni i wyważony. Każdy ustawodawca ma swoją wizję polityki karnej, od wielu wieków prawo karne to prawo władcy *par excellence*, w którym najwyraźniej realizuje się polityczna agenda prawodawców, przybierając niekiedy formy zwyrodniałe, np. populizmu penalnego. Jest to powód, dla którego niezwykle istotne są gwarancje zabezpieczające jednostkę - zarówno na etapie projektowania i tworzenia przepisów karnych (poprzez normy dotyczące standardów procesu legislacyjnego, krępującego państwową reakcję karnoprawną), jak i mechanizmy, które umożliwiają obywatelom *ex post* kwestionować zasadność kryminalizacji w odpowiedniej procedurze niezależnej od organów ustawodawczych.

W polskim porządku prawnym wolność człowieka podlega ochronie prawnej na poziomie konstytucyjnym (art. 31 ust. 1 Konstytucji). Normy karnoprawne, które te wolność ograniczają podwójnie (zarówno normą sankcjonowaną, jak i normą sankcjonującą) powinny spełniać odpowiednie przesłanki wymienione w klauzuli limitacyjnej z art. 31 ust. 3. Rola istnienia kryteriów oceny kryminalizacji jest tak ważka, że słusznym wydaje się stwierdzenie K. Szczuckiego, który zauważa że: „Jeżeli ustrojodawca nie wprowadziłby do Konstytucji RP żadnej klauzuli limitacyjnej, to z pewnością zostałaby ona wypracowana w doktrynie i w orzecznictwie w praktyce stosowania ustawy zasadniczej”³. Niniejszy artykuł ma na celu zaprezentowanie jak doktryna postrzega zasadę proporcjonalności z art. 31 ust. 3 i jaką rolę postuluje dla niej w modelowym ujęciu procesu ustawodawczego mającego na celu kryminalizować i penalizować czyny. Opisana zostanie także kontrola konstytucyjności kryminalizacji dokonywana poprzez Trybunału Konstytucyjnego w oparciu o zasadę proporcjonalności, ze szczególnym uwzględnieniem wyroku z dnia 4 listopada 2014 roku o sygnaturze SK 55/13 dotyczącego zasadności kryminalizacji marihuany.

¹ A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego* [w:], red. T. Bojarski, *Źródła prawa karnego*, System Prawa Karnego, t.2, Warszawa 2011, s. 221.

² D. Husak, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford 2008, s. 95.

³ K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, s. 214.

„Kolizyjna” teoria kryminalizacji

Zagadnienia związane z nauką o kryminalizacji nie znajdują się w centrum refleksji rodzimej doktryny, mimo pewnej zmiany w podejściu do tego zagadnienia, szczególnie wśród młodszych pokoleń naukowców. Dlatego celowym wydaje się prezentacja i dowartościowanie refleksji na ten temat. W niniejszym fragmencie tekstu zostanie przedstawiona w zarysie jedna z najbardziej usystematyzowanych teorii, która oprócz swojego osadzenia w dorobku doktryny, opiera się również na szerokiej analizie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Jest to teoria „kolizji i harmonizacji kontekstu konstytucyjnego”⁴ P. Cychosza, oparta na modelu M. Królikowskiego i R. Zawłockiego⁵.

Ze względu na hierarchie aktów prawa i zasadę nadrzędności konstytucji każda norma prawnokarna musi zdać test konstytucyjności. P. Cychosz, powołując się na model kontroli konstytucyjności przez Trybunał Konstytucyjny, zauważa doniosłą rolę zasady proporcjonalności w analizie decyzji kryminalizacyjnych⁶. Stanowi ona regułę optymalizacyjną, którą ustawodawca musi wziąć pod uwagę przy rozstrzyganiu kolizji wartości istotnych dla społeczeństwa (przede wszystkim praw oraz wolności człowieka i obywatela). Taką kolizją jest dla P. Cychosza decyzja kryminalizacyjna, gdyż, jak stwierdza: „(...) norma prawa karnego udziela obowiązującej już w systemie normie merytorycznej sankcji. Wprowadzenie zatem już tej pierwotnej normy stanowi ustanowienie ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw w rozumieniu

⁴ Nazywam ją tak ze względu na perspektywę ustanowienia zakazu karnego jako ingerencji w sferę wolności i praw obywatelskich, a więc wystąpienie kolizji, między wartościami, którą każdorazowo ustawodawca karny musi rozstrzygnąć uwzględniając (harmonizując) kontekst konstytucyjny. P. Cychosz, *Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2017, s. 468.

⁵ „Analiza ta [decyzji kryminalizacyjnej przyp. GWK] wymaga:

1) określenia przez pryzmat norm konstytucyjnych dóbr prawnych, które uzasadniają ingerencję prawnokarną w wolność jednostki;

2) ustalenia wzorców kontroli zgodności z konstytucją przepisów prawa karnego, jak również oceny rodzaju wypowiedzi konstytucyjnej i wynikającego z niej stopnia związania ustawodawcy wypowiedzią ustrojodawcy (np. normą programową, normą gwarancyjną lub zakazem konstytucyjnym; (...); w końcu – oceny relacji, w jakiej te wzorce pozostają względem siebie;

3) uwzględnienia kolizji wartości konstytucyjnych i preferowanego przez ustrojodawcę sposobu jej rozwiązania (decyzja interpretacyjna odniesiona do norm konstytucji) dla oceny decyzji kryminalizacyjnej i wykładni znamion konkretnego typu przestępstwa;

4) oceny zasadności systemu represji karnej

(...) Dodatkowo, określenie podstaw zakresu kryminalizacji i odpowiedzialności karnej za objęte nią czyny wymaga wyznaczenia perspektywy oceny zakresu prawa karnego. W sposób uprawniony można dostrzec ją, biorąc pod uwagę równoważne, pozostające ze sobą w pewnej kolizji zasady:

1) subsydiarności (kryminalizacji i stosowania) prawa karnego;

2) ochrony wartości konstytucyjnych (dóbr prawnych);

3) wykładni otwartej na interes pokrzywdzonego.” M. Królikowski, [w:] red. M. Królikowski, R. Zawłocki)

Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31. Tom I., Warszawa 2015, Teza IA 5,6 we Wprowadzeniu, Legalis, dostęp: 20.08.2017 r.

⁶ P. Cychosz, *Konstytucyjny standard...*, s. 429.

art. 31 ust. 3 Konstytucji RP”⁷. Na tych założeniach oraz systemie zaproponowanym przez M. Królikowskiego i R. Zawłockiego autor konstruuje model oceny decyzji kryminalizacyjnej mogący zostać przedstawiony w następujący sposób⁸:

Po pierwsze P. Cychosz postuluje identyfikację kolizji dóbr - dobra prawnego, które ustawodawca decyzją o wprowadzeniu zakazu karnego ma chronić oraz dóbr w związku z tym ograniczanych, a także ich „ważenia”. Etap ten wymaga z jednej strony konkretyzacji chronionego dobra, a z drugiej wpisania go w jedną z klauzul generalnych wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Należy także rozważyć, czy typizowane zachowanie bezpośrednio atakuje dobro prawne, czy tylko stwarza ryzyko zagrożenia, co pozwoli ocenić na późniejszym etapie racjonalność samej typizacji, jak i surowość przewidywanej sankcji, a także ustalić relację i ewentualną hierarchię dóbr – chronionego i ograniczanego⁹. Określenie hierarchii oraz ważenie ma na celu ustalenie, czy ograniczenie praw i wolności związanych z kryminalizacją jest zgodne z Konstytucją (czy np. Konstytucja nie absolutyzuje jakiejś wartości) oraz ustalenie dopuszczalnego zakresu ingerencji¹⁰. Podkreślenia wymaga tutaj optymalizacyjny charakter tej reguły – nie narzuca ona ustawodawcy konkretnego rozstrzygnięcia realizacji, ale wymaga, aby pożądaný stan rzeczy (ochronę dobra) osiągnąć w jak największym stopniu, jak najmniejszym kosztem (ograniczenie dobra). Autor podkreśla, iż: „(...) mechanizm ten nie poddaje się algorytmizacji i pozostaje w znacznej mierze niedookreślony. Ma zatem charakter dyskursywny, argumentacyjny, nie zaś analityczny”¹¹.

Kolejnym etapem ma być analiza dopuszczalności zastosowania reżimu karnego do ochrony dobra, przede wszystkim w perspektywie przesłanek ujętych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – konieczności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto*. Należy jednak wziąć pod uwagę szerszy kontekst konstytucyjny np. zasadę demokratycznego państwa prawnego oraz zasadę proporcjonalności (będącą zakazem arbitralności ustawodawcy) zakorzenionych w art. 2, czy ograniczenia zawarte pozostałych klauzulach limitacyjnych. Chodzi o ustalenie w pierwszej kolejności, czy w kategoriach konstytucyjnej poprawności ustawodawca spośród dostępnego mu instrumentarium w sposób adekwatny wybrał sankcję karną, a w drugiej kolejności czy zastosował ją w odpowiedni sposób, tj. zgodnie z wspomnianymi przesłankami z klauzuli limitacyjnej. W tych przesłankach, przede wszystkim „konieczności”, zawiera się wymóg zachowania zasady

⁷ Tamże, s. 491. Pogląd ten jest szeroko podzielany w doktrynie, na podobnym stanowisku stoją między innymi A. Zoll i J. Giezek, zob. A. Zoll, *Konstytucyjne...* s. 222; J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 162.

⁸ P. Cychosz, *Konstytucyjny standard...*, s. 468-469.

⁹ Tamże, s. 471.

¹⁰ Tamże, s. 500 i n.

¹¹ Tamże, s. 500.

subsydiarności prawa karnego¹², a więc stosowania reżimu prawnokarnego, tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla efektywnej ochrony dobra. Warty wspomnienia jest także wymóg wykazania na tym etapie społecznej szkodliwości czynu, gdyż, jak stwierdza autor zasada *nullum crimen sine periculo sociali* wynika z art. 2 Konstytucji RP¹³.

Do pełnej analizy decyzji kryminalizacyjnej konieczna jest ocena sposobu ujęcia warunków karalności oraz sankcji przewidzianej za dany czyn. Chodzi o zbadanie „głębokości ingerencji” prawnokarnej, gdyż zarówno kształt znamion typu czynu zabronionego, jak i rodzaj oraz surowość sankcji mają istotny wpływ na poziom intensywności ochrony dobra prawnego i ingerencji w dobra ograniczane. Istotnym jest przede wszystkim odpowiednie ukształtowanie znamion, tak aby zakres karalności nie był nadmiernie rozszerzony np. przez ich niewystarczające dookreślenie¹⁴. Autor wskazuje także, iż badanie *ex post* surowości sankcji nie powinno skupiać się tylko na jej ustawowej wysokości, ale też na praktykę jej stosowania przez organy państwowe¹⁵.

W perspektywie wyżej opisanych reguł oceniony zostanie wyrok Trybunału Konstytucyjnego dnia 4 listopada 2014 roku o sygnaturze SK 55/13.

Wyrok SK 55/13 w perspektywie zasady proporcjonalności

Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się na temat konstytucyjności kryminalizacji konopi innych niż włókniste w wyżej wspomnianym wyroku z dnia 4 listopada 2014 roku o sygnaturze SK 55/13. Judykat ten jest efektem skargi konstytucyjnej Ł. Polakowskiego w której kwestionował zgodność art. 62 oraz art. 63 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. 2005, nr 179, poz. 1485, ze zm.), a więc przepisów przewidujących sankcje karne za posiadanie środków odurzających lub substancji psychotropowych, a także uprawę maku, konopi i koki w zakresie, w jakim dotyczą konopi, z art. 31 ust. 3 w związku z art. 47, art. 53, art. 68 oraz art. 40 Konstytucji RP. Trybunał w sentencji wyroku stwierdził zgodność skarżonych przepisów z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a w pozostałym zakresie umorzył postępowanie. W uzasadnieniu wyroku Trybunał przeprowadził pełen test proporcjonalności, co w odniesieniu do oceny przepisów karnych zdarza się niezwykle rzadko, dlatego też to orzeczenie jest znakomitym

¹² Tamże, s. 521.

¹³ Autor poszukując normatywnego oparcia zasady *nullum crimen sine periculo sociali* wskazuje na art. 2 Konstytucji RP, zauważając jednocześnie, iż Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 9 października 2012 roku, P 27/11 nie podzielił tego poglądu uznając, że brak jest podstaw do zakwestionowania zgodności z Konstytucją kryminalizacji zachowania nie wiążącego się z zagrożeniem lub naruszeniem dobra prawnego z powołaniem art. 2 Konstytucji RP jako samodzielnego wzorca kontroli. P. Cychosz poddaje wyrażony przez Trybunał pogląd krytyce zob. Tamże, s. 518 -520.

¹⁴ Tamże, s. 528.

¹⁵ Tamże, s. 537.

materiałem do analizy, czy i jak narzędzia wypracowywane przez doktrynę stosowane są w praktyce.

Trybunał, zgodnie z teorią kolizji P. Cychosza, rozpoczął swój wywód od identyfikacji konkurujących dóbr prawnych. Jako że wyrok został wydany w trybie konkretnej kontroli konstytucyjności (procedurę wszczęto w następstwie złożenia skargi konstytucyjnej) Trybunał związany był wzorcem podanym przez skarżącego, w tym przypadku art. 47, gwarantującym jednostkom prawo do prywatności. Prywatność w doktrynie prawa konstytucyjnego określana jest (niejako w ślad za amerykańskimi prawnikami L. Brandiesem i S. Warrenem¹⁶) „prawem do bycia pozostawionym w spokoju”¹⁷. Wyznacza ono konstytucyjnie określony zakres życia jednostek, w który państwo zobowiązuje się z jednej nie ingerować, a z drugiej strony zapewnia stosowną ochronę w przypadku, gdy działania takie zostały już podjęte¹⁸. Trybunał kontynuując swój wywód, że zauważył prawo do prywatności nie jest absolutne i może być ograniczone ustawą, a kryteriami dopuszczalności ograniczenia są: wymóg formy ustawy, istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia, funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób), spełnienie przesłanek konieczności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* oraz zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności¹⁹.

Następnie Trybunał podjął trud wpisania *ratio legis* kwestionowanych przez skarżącego przepisów w wartości wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Operacja ta zawsze jest niezwykle trudna i kontrowersyjna, gdyż wartości te zostały ujęte w niezwykle pojemne znaczeniowo klauzule generalne²⁰, co sam sygnalizuje Trybunał w niniejszym wyroku²¹. Za najbliższe problemowi kryminalizacji narkotyków zostały wybrane ochrona zdrowia i porządku publicznego.

Porządek publiczny został przez Trybunał określany jako: „dyrektywa takiej organizacji życia publicznego, która zapewniać ma minimalny poziom uwzględniania interesu publicznego”²², co w niniejszej sprawie konkretyzuje się w: „taką organizację życia publicznego, dzięki której chroni się jednostki przed niepożądanym, niszczącym także struktury społeczne, zjawiskiem

¹⁶ S. Warren, L. Brandies, *The right to privacy*, „The Harvard Law Review”, z. 5, Cambridge (Massachusetts) 1890, s. 193.

¹⁷ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 246.

¹⁸ Wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2001 roku, sygn. SK 10/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 52, cz. III pkt 7.

¹⁹ Wyrok TK z 4 listopada 2014 roku, sygn. SK 55/13, OTK ZU 10A/2014, poz. 111, cz. III pkt 8.4.1.

²⁰ K. Grabowski, *O pewnych cechach szczególnych przestępstw narkotykowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, z. 2, Kraków 2014, s. 109.

²¹ Wyrok TK z 4 listopada..., cz. III, pkt 8.2.3.

²² Tamże, cz. III, pkt. 8.2.1.

narkomanii”²³. Widać wyraźnie, że Trybunał idzie innym tokiem rozumowania niż skarżący – ze względu na powyższe stwierdzenie posiadanie i uprawa konopi są problemami nie ze sfery prywatnej, a publicznej, zagrażającymi strukturom społecznym.

W kontekście zdrowia publicznego, które uznane zostało za główny powód ograniczenia prawa do prywatności, Trybunał wybrał ustaloną linię orzeczniczą traktującą ten termin ekstensywnie, tj. zarówno w aspekcie indywidualnym, czyli w odniesieniu do zdrowia osoby, której prawa są ograniczane, jak i ogólnym, dotyczącym innych osób w obszarze tego samego społeczeństwa, poprzez takie ukształtowanie ram normatywnych, by usuwać zarówno zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki (np. opieka zdrowotna, która eliminuje choroby zakaźne działając prewencyjnie, oraz *ex post*), jak i eliminować pokusy skłaniające jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia²⁴. W tym kontekście, co podkreśla również w swojej teorii P. Cychosz, istotne jest zbadanie związku typizowanego czynu i naruszenia chronionego dobra prawnego. Bezpośredniość tego związku decydować będzie nie tylko o stopniu surowości sankcji, ale także (o ile atak lub zagrożenie dobra będzie wysunięte na przedpole lub nawet abstrakcyjne)²⁵, o samej dopuszczalności zastosowania sankcji karnej. Oś argumentacyjna Trybunału opiera się na „skokowym” założeniu, iż posiadanie i uprawa poprzedza konsumpcje oraz dystrybucje²⁶, które z kolei prowadzą do uzależnienia, nawet od ciężkich narkotyków, gdyż marihuana ma charakter eskalacyjny, co różni ją od tytoniu i alkoholu i uzasadnia różnice w regulacjach tych substancji²⁷. To z kolei, w ocenie Trybunału, nigdy nie jest tylko i wyłącznie sprawą osobistej wolności i sfery prywatnej jednostki. Jak stwierdza: „Wiąże się to z uzasadnionym przekonaniem, że używanie narkotyków (przez poszczególne jednostki) łączy się z konsekwencjami społecznymi. Narkomania nie jest problemem wyłącznie indywidualnym. Jest problemem społecznym, ponieważ z reguły konsekwencje zażywania narkotyków przez daną osobę ponosi najbliższe otoczenie i zostaje zakłócone prawidłowe funkcjonowanie całego społeczeństwa: pojawia się w związku z tym szereg

²³ Tamże.

²⁴ Tamże, cz. III, pkt 8.2.2; Zob. Wyrok TK z 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 108 i podane tam orzecznictwo.

²⁵ „Przestępstwa abstrakcyjnego zagrożenia uznawane są za obszar prawa karnego najbardziej wysunięty na przedpole naruszenia dóbr prawnych. Autorzy analizujący przestępstwa tego rodzaju wskazują, że przyczyną ich wprowadzenia do systemu prawnego jest to, że określone w nich zachowanie, nawet jeśli w konkretnej sytuacji nie oddziałuje bezpośrednio na przedmiot ochrony, może jednak stosunkowo łatwo przekształcić się w konkretne zagrożenie, a nawet w naruszenie chronionych dóbr. Szacowane wysokie prawdopodobieństwo takiego przekształcenia jest ustawodawczym motywem ustanowienia regulacji abstrakcyjnego zagrożenia. Wystąpienie rzeczywistego zagrożenia dobra prawnego nie należy w takim przypadku do znamion czynu zabronionego – i w związku z tym nie podlega ustalaniu w konkretnych okolicznościach.” E. Hryniewicz, *Przestępstwa z abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*, Warszawa 2012, s.7.

²⁶ Wyrok TK z 4 listopada..., cz. III, pkt 8.4.2.

²⁷ Tamże, cz. III, pkt 8.2.4.

negatywnych skutków i kosztów. Używanie narkotyków nie może więc być nigdy kwestią społecznie obojętną”²⁸.

By rzetelnie rozważyć tak przedstawioną argumentację należy odnieść się nie tylko do sfery prawnej, ale i faktycznej, co zauważa sam Trybunał²⁹. Jednakże, dane i ustalenia, które przytoczone są w uzasadnieniu niniejszego wyroku nie są ani spójne, ani przekonywujące, a najpełniej podsumowuje je sformułowanie: „Jak wynika z przytoczonych wypowiedzi z piśmiennictwa czy raportów dotyczących problemów narkomanii, skala zjawiska (w jakim stopniu konopie mogą prowadzić do uzależnienia od <<twardych narkotyków>>) jest ciągle sporna. (...) Dostępne materiały badawcze pozwalają jednak sformułować wniosek, że używanie marihuany nie pozostaje bez wpływu na organizm zażywającej ją osoby oraz jego określone funkcje życiowe.”³⁰. Trybunał, więc nie ma przekonywujących dowodów za szkodliwością marihuany w wymiarze publicznym, tj. jej eskalacyjnego charakteru, na którym to opierał się główny prokryminalizacyjny argument. Jedynym wnioskiem do jakiego dochodzi jest stwierdzenie, iż marihuana „nie pozostaje bez wpływu na organizm zażywającej ją osoby” - jak właściwie każda substancja na świecie. W istocie więc Trybunał nie przedstawił wystarczających racji za utrzymaniem kryminalizacji i, tym samym, nie wykazał pierwszej z przesłanek testu proporcjonalności - konieczności. Należy uznać to za poważne uchybienie i niespełnienie wymogów wynikających wprost z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jak stwierdza P. Cychosz: „To konieczność wprowadzenia prawno-karnego reżimu odpowiedzialności musi zostać wykazana”³¹. Skoro argument ten nie wytrzymuje ciężaru dowodu przeprowadzonego przez sam Trybunał, wydaje się, że zarzut naruszenia zdrowia publicznego w aspekcie ogólnym musi zostać odrzucony.

Pozostaje aspekt indywidualny, którego Trybunał niestety nie rozwija. Glosatorzy zwrócili uwagę na dwa sposoby w jaki można poddać krytyce judykat opierający się na tym argumencie. J. Kulesza stwierdził, iż Trybunał, tak jak nie przedstawił faktu szkodliwości marihuany w aspekcie ogólnym w sposób wystarczający dla uzasadnienia reżimu karnego, tak zawiódł wykazując szkodliwość indywidualną³². Powołując się na art. 2 i 31 ust. 3 Konstytucji stwierdza: „Wydaje się, że wobec tych wątpliwości TK mógł rozważyć ewentualnie jedynie kolizję ochrony zdrowia jednostki oraz jej prywatności, zastosować regułę *in dubio pro libertate* i stwierdzić finalnie niewypełnienie wymogów art. 31 ust. 3 Konstytucji. Reguła *in dubio pro libertate*, wyprowadzana wprost z art. 2 oraz 31 ust. 3 Konstytucji wydaje się uzyskiwać pierwszeństwo przed zasadą domniemania konstytucyjności badanych norm w sytuacjach wątpliwych, sformułowaną i potwierdzoną przez

²⁸ Tamże, cz. III, pkt 8.2.

²⁹ Tamże, cz. III, pkt 8.4.4.

³⁰ Tamże, cz. III, pkt. 8.2.4.

³¹ P. Cychosz, *Konstytucyjny standard...*, s. 522.

³² J. Kulesza, Glosa do wyroku TK z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13, „Państwo i Prawo”, z.11, Warszawa 2016, s. 135.

Trybunał w licznych judykatach.”³³. A. Jezusek przedstawił inną krytykę orzeczenia, opierając się na niemożliwości penalizacji czynów sprowadzających zagrożenie dla własnych dóbr prawnych. Autor ten zauważa, iż przyjmując logikę Trybunału uzasadnione byłoby kryminalizowanie usiłowania samobójstwa³⁴, czy nawet spożywania niektórych pokarmów lub uprawiania sportów, które są ryzykowne dla zdrowia³⁵.

Marginalnym z perspektywy wyводу orzeczenia (jednakże kluczowym dla oceny prawidłowości zastosowania zasady proporcjonalności) jest, zauważone przez J. Kuleszę, powołanie się przez Trybunał na moralność publiczną jako jedną z przesłanek ograniczenia prawa do prywatności, a następnie pominięcie jej w samym teście konieczności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto*³⁶. W wyroku czytamy: „Przebieg prac parlamentarnych dowodzi, że ustawodawca uwzględnił postulat aksjologiczny, oparty na obiektywnie akceptowalnych wartościach moralnych (...)”³⁷. Trybunał więc, odnosząc się do wartości moralnych, wprowadził do swojej argumentacji jedną z przesłanek zawartych w klauzuli limitacyjnej – moralności publicznej. Trudno uzasadnić pominięcie jej przy rozstrzyganiu kolizji z prawem do prywatności. Należy uznać, że Trybunał nie widzi moralności publicznej jako argumentu za utrzymaniem kryminalizacji posiadania i uprawy marihuany. W takim wypadku trzeba zakwalifikować powołanie się na tę przesłankę jako zabieg retoryczny, mający na celu wzmocnić uzasadnienie lub jako poważne niedopatrzenie. Żadne z tych rozwiązań nie świadczy dobrze o jakości wyvodu w komentowanym orzeczeniu.

Podsumowanie

Powyższa analiza pozytywnie zweryfikowała operatywność wypracowanej przez P. Cychosza teorii kryminalizacji. Jej niewątpliwą zaletą jest podwójny rodowód – opiera się ona nie tylko na ustaleniach doktryny (ze szczególną rolą zasady proporcjonalności wywodzącą się z art. 31 ust. 3 Konstytucji), ale bazuje również orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Z tego względu staje się ona znakomitym probierzem do oceny zarówno planowanych kryminalizacji, jak i typów co do których został zastosowany reżim prawnokarny. Jest to, jak wspomniane zostało na wstępie, niezwykle istotne z punktu widzenia praw i wolności jednostki. W niniejszym artykule poddany został krytycznej analizie judykat Trybunału, w którym oceniano zasadność kryminalizacji poprzez

³³ Tamże, s. 136 i powołana tam literatura.

³⁴ A. Jezusek, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4.11.2014 r. (SK 55/13)*, „Przegląd Sądowy”, z.11-12, Warszawa 2015, s. 201.

³⁵ Tamże, s. 203-204.

³⁶ J. Kulesza, *Glosa...*, s. 136.

³⁷ Wyrok TK z 4 listopada..., cz. III, pkt 8.4.2.

badanie konstytucyjności ograniczeń w sferze prawa do prywatności. Ujawnił się również podkreślany wcześniej dyskursywny charakter tak samej zasady proporcjonalności, jak i teorii kolizji. Klauzule generalne z art. 31 ust. 3, mają charakter ocenny i w kwestii ważenia wymagają odwołania się do płaszczyzny zarówno prawnej, jak i faktycznej, co może wywoływać kontrowersje. Niezależnie od materialnych wniosków i skutków komentowanego orzeczenia, niewątpliwie pozytywnie należy ocenić samo stosowanie przez Trybunał Konstytucyjny zasady proporcjonalności oraz podkreślanie jej istotności przy ocenie zasadności stanowienia i utrzymywania przepisów penalnych. Przed doktryną stoi wyzwanie bieżącego komentowania, często krytycznego, poczynić tak prawodawców, jak i organów odpowiedzialnych za weryfikację oraz stosowanie prawa, by wywrzeć pozytywny wpływ i systematycznie podnosić jakość prawa.

Zasada proporcjonalności a kryminalizacja. Rozważania o teorii i praktyce na kanwie wyroku Trybunału Konstytucyjnego SK 55/13

Gniewomir Wycichowski-Kuchta

O autorze

Autor jest studentem prawa i filozofii w ramach Kolegium MISH Uniwersytetu Warszawskiego. Członek zarządu Koła Naukowego Filozofii Prawa Karnego „Dobro Wspólne”.

Zainteresowania naukowe: prawo karne, proces karny

Streszczenie

Artykuł opisuje jak doktryna postrzega i jaką rolę postuluje dla zasady proporcjonalności z art. 31 ust. 3 w modelowym ujęciu procesu ustawodawczego mającego na celu kryminalizować i penalizować czyny (Cychosz), a także prezentuje jak wygląda sprawdzanie konstytucyjności kryminalizacji na podstawie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, ze szczególnym uwzględnieniem wyroku z dnia 4 listopada 2014 roku o sygnaturze SK 55/13 dotyczącego zasadności kryminalizacji marihuany. Podejście to umożliwia w sposób kompleksowy, a jednocześnie zwięzły zaprezentowanie głębokości relacji pomiędzy prawem konstytucyjnym a prawem karnym.

Słowa kluczowe

Kryminalizacja, zasada proporcjonalności, konstytucyjność, Trybunał Konstytucyjny, narkotyki, Przemysław Cychosz

Principle of proportionality and criminalization. Remarks on theory and practice based on Constitutional Tribunal's judgment SK 55/13

Gniewomir Wycichowski-Kuchta

Summary

Article presents views on the role of principle of proportionality placed in article 31 par. 3 of Polish Constitution in ideal type of the legislative process which intends to criminalize types of acts and to describe how judicial review of constitutional legitimacy of criminalization look like. Article is based on analysis of case-law of Polish Constitutional Tribunal, with particular emphasis on judgment from 4th of November 2014 sign. SK 55/13, which refers to validity of marijuana criminalization. This approach is very useful and shows how deep relations between criminal and constitutional law are.

Key words

Criminalization, proportionality principle, judicial review, Constitutional Tribunal, drugs, Przemysław Cychosz