

KWARTALNIK
PRAWO-SPOŁECZEŃSTWO-EKONOMIA
3/2018

(Numer specjalny)

**Konstytucyjne standardy w kontekście ich znaczenia dla
prawa karnego**

Studenckie Koło Naukowe Prawa Karnego
WPiA UMK w Toruniu

Kwartalnik Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia

NR 3/2018

ISSN 2392-1838

Czasopismo stanowi kontynuację Przeglądu Prawniczego, Ekonomicznego i Społecznego (ISSN 2084-0403)

Redaktor naczelny
Mikołaj Kondej

Z-cy redaktora naczelnego:
Katarzyna Mroczek, Anna Wilińska-Zelek, Juliusz Iwanicki, Maria Jędrzejczak

Redakcja:
Beata Krystkowiak, Sylwia Chudy, Norbert Delestowicz

Redaktor numeru:
Marta Bendig

Projekt okładki:
Stanisław Wiertelak

Redakcja:
Redakcja Kwartalnika Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia
Zakręt 10/1
60-351 Poznań

Wydawca:
Stowarzyszenie Mage.pl
Zakręt 10/1
60-351 Poznań

Druk i oprawa:
CONTACT
60-801 Poznań, ul. Marcelińska 18
tel. +48 61 861 57 99

© Copyright by Stowarzyszenie Mage.pl
Poznań 2018

Spis Treści

I. Artykuły

Dominika Bajwoluk

„Teoria kary jako komunikatu w myśli profesora Antony’ego Duff’a”. 5

Marta Bendig

Konstytucyjność działań operacyjnych służb ochrony państwa 13

Piotr Bernacki, Karolina Palka

Zjawisko memów internetowych propagujących kłamstwo oświęcimskie, a art. 256 k. k. 24

Buczek Łukasz

Warunek wykonalności zachowania się człowieka stawiany normowanemu przez prawo zachowaniu jako konsekwencja konstytucyjnej zasady proporcjonalności 36

Grudecki Michał

Tak zwane kontraty typy pozaustawowe a zasada określoności w prawie karnym 44

Korzeniak Mateusz, Plóciennik Wojciech

Ostatnie nowelizacje Kodeksu karnego w perspektywie konstytucyjnej zasady proporcjonalności 57

Kamil Łakomy

Wykładnia pojęć odbywania i wykonywania kary w prawie karnym na tle konstytucyjnego założenia o racjonalności prawodawcy. 69

Pena Agnieszka

Obowiązek respektowania przez ustawodawcę konstytucyjnej zasady określoności czynu zabronionego w świetle braku definicji zwrotu niedookreślonego „pod wpływem środka odurzającego” i wykorzystywania definicji pozakodeksowych 83

Natalia Woszczyk

(Nie)konstytucyjne przeciwdziałanie przestępczości na tle seksualnym wobec nieletnich 92

Gniewomir Wycichowski-Kuchta

Zasada proporcjonalności a kryminalizacja. Rozważania o teorii i praktyce na kanwie wyroku Trybunału Konstytucyjnego SK 55/13. 105

Słowo wstępu

Dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania prawa karnego (jako instrumentu pośrednio wpływającego na kształt stosunków międzyludzkich), koniecznym jest ustalenie i respektowanie uniwersalnych standardów wyznaczających reguły stosowania środków o charakterze penalnym. W przeciwnym razie generować to może różnego rodzaju nadużycia płynące ze strony np. polityków, którzy chcąc uczynić za dość przejściowym zapotrzebowaniom opinii publicznej, mogą zacząć w sposób koniunkturalny wykorzystywać prawo karne. W celu eliminacji tego typu zachowań polski ustawodawca wypracował (mające obligatoryjny charakter) standardy rangi konstytucyjnej, których poszanowanie powinno następować nie tylko na etapie tworzenia prawa ale również przy jego praktycznym stosowaniu. Między innymi dlatego niniejsze wydanie w znacznej części poświęcone zostało analizie konstytucyjnych standardów w kontekście ich znaczenia dla prawa karnego. W tym miejscu podkreślić trzeba, że ze względu na wielopłaszczyznowość i złożoność tychże standardów, zakwalifikowane do druku artykuły, szczególną uwagę poświęcają jedynie niektórym ich aspektom.

Z uwagi na zawężenie merytoryczne poszczególnych opracowań, a także ze względu na ich charakter (gdyż mamy do czynienia ze specyfiką artykułu naukowego, nie zaś opracowania monograficznego), pominięto kompleksowe rozważania na temat znaczenia Konstytucji jako ustawy zasadniczej. Zatem poza obszarem rozważań poszczególnych autorów znalazły się zagadnienia problematyki konstytucyjnej, irrelewantne z perspektywy prawa karnego materialnego, natomiast kwestie z zakresu nauki prawa konstytucyjnego istotne dla prawa karnego, zostały przybliżone tylko w kontekście ich znaczenia dla tej gałęzi prawa.

dr Agata Ziółkowska

Opiekun naukowy

Studenckiego Koła Naukowego Prawa Karnego

WPiA UMK w Toruniu

Teoria kary jako komunikatu w myśli profesora Antony'ego Duff'aDominika Bajwoluk

Zagadnienia wstępne

Nie budzi wątpliwości, iż współcześnie, tak jak i wiele lat wcześniej prawo karne jest instrumentem łatwo wykorzystywanym w celach politycznych. Największą pokusę stanowi dla rządzących chęć zmniejszenia skali przestępczości zarówno w Polsce, jak i innych państwach, co uwidacznia się w danych statystycznych. Narzędziem służącym do realizacji tego założenia jest najczęściej dokonanie nowelizacji kodeksu karnego w przedmiocie zwiększenia ustawowego zagrożenia karą za popełnienie danego typu czynu zabronionego. Stąd w perspektywie konstytucyjnej - gwarancji dla osoby, przeciwko której prowadzone jest postępowanie oraz domniemania niewinności istotnym jest sposób postrzegania pozycji oskarżonego, potem skazanego jako sprawcy. Perspektywa ta jest determinowana przyjętą w danym systemie prawnym koncepcją karania, a właściwie, co ważniejsze, uzasadnieniem tej koncepcji¹. Dlatego też przedmiotem mojego wywodu będzie ukazanie pozycji sprawcy czynu w ujęciu komunikacyjnej teorii kary prof. Antony'ego Duff'a.

Należy pokreślić, że tak jak przyjęta teoria kryminalizacji ukierunkowuje rozważania na temat sankcji za popełnienie danego czynu zabronionego, tak postrzeganie pozycji sprawcy wpływa na traktowanie popełniającego przestępstwo jako partnera, zależnie od koncepcji, a nie jedynie osobę odpowiedzialną za wyrządzenie zła, co pozwala zminimalizować stygmatyzację społeczną sprawcy, a zatem w sposób pełniejszy umożliwić sprawcy właściwą resocjalizację. Ta zależność występuje z tego powodu, że podstawą przyjęcia określonej koncepcji kryminalizacji pewnych czynów stanowi zawsze przyjęcie jakiejś lub jakichś filozoficznie uzasadnionych teorii. Uświadomienie sobie kryteriów dokonania kryminalizacji danego czynu przez ustawodawcę w ustawie karnej pozwala nie tylko orzec, że dany czyn jest czynem zabronionym. Ze względu na powód uznania go za zabroniony pośrednio decyduje się również o granicach ustawowego zagrożenia karą, czy znamionach danego typu czynu zabronionego. Dla przykładu przestępstwo zabójstwa ze względu na szczególną społeczną doniosłość tego czynu, a także wysoką jego naganność jest określone w ustawie karnej jako przestępstwo, które może być popełnione jedynie umyślnie, a dolna granica ustawowego zagrożenia karą wynosi 8 lat. Można by rzec, że określenie

¹ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s.26 i n.

kryteriów kryminalizacji wpływa na ustalenie kryteriów ustalania wysokości ustawowego zagrożenia karą, a więc poczynając od źródeł- uzasadnienia karania w ogóle².

Zagadnienie uzasadnienia procesu karania w ogólności jest niezwykle złożone. Stąd też należy wskazać, iż poczynione wyżej założenie jest pewnym uproszczeniem, które oczywiście jest prawdą, lecz wymagałoby szerszego omówienia. W ramach niniejszego artykułu należy jednak porzucić bogatą problematykę typologii kary oraz uzasadnienia kary, zwłaszcza w kontekście moralnym czy etycznym.

Przechodząc do omówienia komunikacyjnej teorii kary w wersji nakreślonej przez prof. Duff'a należy poczynić pewne uwagi wstępne. Komunikacyjna teoria kary zyskuje coraz większe znaczenie we współczesnej filozofii prawa karnego. Jednakże zarówno z rosnącą popularnością, ma ona coraz szersze grono zwolenników, jak i przeciwników. Koncepcja ta swoje korzenie ma już w kantowsko- heglowskim uzasadnieniu karania. Szczególnie w kontekście intersubiektywności zaczerpniętej z filozofii Hegla, związanej z pojęciem „uznania”³. Przestępca popełniając czyn zabroniony narusza nie tylko inną osobę jako podmiot prawa, ale także relację między zbiorowością, której sam jest częścią, a prawem. Właśnie ten stosunek, mający dla zbiorowości znaczenie fundamentalne, jest oparty o tzw. uznanie (prawo jako prawo)⁴. Celem kary jest więc przywrócenie uznania ze strony innych jednostek i tym samym stanie się pełnowartościowym członkiem zbiorowości. Jak widać już na przykładzie filozofii stanowiącej uzasadnienie współczesnego kształtu koncepcji kary jako komunikatu, główną zaletą koncepcji, a zarazem najbardziej problematycznym zagadnieniem jest skuteczna i efektywna resocjalizacja, a także mniejsza stygmatyzacja społeczna sprawcy⁵.

Teoria komunikacyjna kary wg. prof. Duff'a

Przedstawienie koncepcji jednego z czołowych tzw. nowożytnych retributywistów- prof. Antony'ego Duff'a oraz ukazanie, iż refleksja nad tą teorią, w świetle jej rosnącej popularności, jest istotna, ponieważ ta koncepcja tłumaczy nie tylko istotę kary, ale przede wszystkim, dlaczego kara jest konieczną konsekwencją przestępstwa nie jest zadaniem należącym do najłatwiejszych. Głównie z powodu silnych związków tej teorii z ujęciem retributywnym karania, a jednak odmiennym ujęciem niektórych aspektów teorii.

² Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s.340 i n.

³ B. Wojciechowski, *Hegla filozofia kary*, „Ius et Lex” nr 1, Warszawa 2005, s.17.

⁴ B. Wojciechowski, *Dyskursywno-etyczne uzasadnienie kary kryminalnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” z. 3, Poznań 2006, s.88 i n.

⁵ M. Peno, *O odpowiedzialności karnej w świetle koncepcji komunikacyjnej kary. Uwagi krytyczne*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” nr 835, Szczecin 2014, s. 156 i n.

Koncepcja komunikacyjna kary jest uważana za współczesną odmianę retrybutywizmu⁶. Dla wszystkich retrybutywistów jedną z najważniejszych zasad, jeżeli chodzi o wymierzanie kary, jest zaspokajanie przez prawo karne tzw. społecznego poczucia sprawiedliwości⁷. W takim ujęciu kara jest odpłatą za winę i polega na wyrządzeniu sprawcy przestępstwa zła, m.in. poprzez potępienie społeczeństwa⁸. Jednakże koncepcja komunikacyjna zakłada, iż kara jest nie tylko sprawiedliwą odpłatą za czyn, tak jak twierdzili klasyczni retrybutywiści, lecz także służy do realizacji zadania karania obywateli przez państwo⁹. Oczywiście można powiedzieć, iż w tym momencie pojawia się problem karania w ogóle, ponadto czy państwo może stosować przymus, jak jest to uzasadnione i czy jest moralne, aby wyrządzać cierpienie sprawcy, który spowodował zło. Jednakże jest to temat obejmujący inną płaszczyznę dyskusji¹⁰. W takim ujęciu kara ma nie tylko wymiar emocjonalny-zaspokojenia społecznego poczucia sprawiedliwości, lecz także narzędzie wykorzystywane przez państwo do realizacji określonych zadań. Do takich „obowiązków” kary można zaliczyć z pewnością tworzenie płaszczyzny porozumienia między społeczeństwem a władzą¹¹.

Kara jako komunikat jest środkiem komunikacji między wspólnotą a władzą. Społeczeństwo powinno oczekiwać ukarania pewnych sprawców oraz zostaje powiadomione za pośrednictwem procesu karania o systemie wartości danej wspólnoty. Kara przekazuje również komunikat od sprawcy do ofiary¹². Ofiara zostaje poinformowana, iż społeczeństwo, które zna system wartości danej wspólnoty, oczekuje ukarania sprawcy, który złamał obowiązujące wszystkich prawo, oraz że władza wymierzając tę karę wyraża poprzez to zachowanie naganę wobec sprawcy. Taki sam komunikat otrzymuje sprawca. Ponadto dolegliwość kary przymusza sprawcę do wysłuchania i zrozumienia przekazywanego komunikatu, co ma usprawnić proces jego skutecznej resocjalizacji¹³. Widać więc, iż sprawca po wysłuchaniu i przemyśleniu komunikatu ma powrócić na łono społeczeństwa ze zrozumieniem jakie wartości naruszył, dlaczego są one objęte ochroną oraz jak ma postępować by ich nie naruszyć. Komunikat ma celowo wzbudzić w sprawcy przestępstwa poczucie odpowiedzialności za wyrządzone zło¹⁴. Gdy tak się stanie cel kary zostanie osiągnięty a równowaga w społeczeństwie będzie przywrócona. Warunkiem skuteczności samego

⁶ M. Królikowski, *Komunikacyjne teorie kary jako współczesne retrybutywne uzasadnienia kary kryminalnej*, „Studia Iuridica” t. XLIII, Warszawa 2004, s.33-52.

⁷ J. M. Królikowski, *Komunikacyjne teorie kary jako współczesne retrybutywne uzasadnienia kary kryminalnej*, „Studia Iuridica” t. XLIII, Warszawa 2004, s.37. 215 i n.

⁸ M. Królikowski, *Komunikacyjne teorie kary jako współczesne retrybutywne uzasadnienia kary kryminalnej*, „Studia Iuridica” t. XLIII, Warszawa 2004, s.37.

⁹ A. von Hirsch, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retrybutywizmie*, „Ius et Lex” nr 1, Warszawa 2006, s.19 i n.

¹⁰ M. Peno, *Współczesne koncepcje uzasadnienia karania. Zarys typologii*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” nr 812, Szczecin 2014, s.130 i n.

¹¹ R.A. Duff, *Punishment, communication and community*, Oxford 2001, s.67 i n.

¹² Tamże, s. 80-82.

¹³ R.A. Duff, *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” no. 1, Warszawa 2006, s.21.

¹⁴ R.A. Duff, *Answering for crime*, Oxford 2007, s.79 i n.

procesu karania, a w konsekwencji resocjalizacji sprawcy jest to, iż kara jest wymierzana w konsekwencji naruszenia reguł, które są uzasadnione w przekonaniach moralnych wspólnoty i samego sprawcy, przez podmiot o odpowiednim autorytecie¹⁵. Jest to aspekt teorii poddawany szczególnej krytyce, ponieważ ukazuje jej słabość pod względem możliwości zastosowania tej koncepcji jedynie do określonego modelu ustrojowego¹⁶. Oznacza to, iż kara jest wymierzana przez państwo demokratyczne obywatelom, którzy są traktowani podmiotowo. Ponadto wspólnota w założeniu ma posiadać pewne wspólne wartości, które da się przełożyć na odpowiednie normy prawnokarne zakazujące określonych zachowań. Jeżeli społeczność jest podzielona stwarza to niebezpieczeństwo nieskuteczności kary, ponieważ sprawca nie zrozumie komunikatu, a więc nie będzie mógł się do niego zastosować. Klasyczne anglosaskie rozróżnienie na *mala per se* i *mala prohibita* nie daje rozwiązania tego problemu, ponieważ podział nie jest wyczerpujący oraz współcześnie w społeczeństwach wielokulturowych, homogenicznych trudno jest wskazać, które przestępstwa są złe z samej swej natury, a które tylko dlatego, iż tak uznał ustawodawca.

Warto również zwrócić uwagę na obowiązek ciążyący na sprawcy. W istocie jest on właściwie zobowiązany do naprawienia wyrządzonego zła, co ma umożliwić poniesienie odpowiedzialności karnej. Jak twierdzi prof. Duff jest to rodzaj świeckiej pokuty (the Secular Penance Theory)¹⁷. Sprawca winien zaakceptować i zrozumieć ciężar nałożonej na niego kary. Zadośćuczynienie sprawcy powinno być odzwierciedleniem rozmiaru krzywdy, przejawiać szacunek dla ofiary oraz wyrażać zrozumienie swojego nagannego zachowania przez sprawcę. Stanowi to pełne spełnienie założeń teorii.

Dla pełnego zrozumienia teorii należy zauważyć, iż kara może przekazywać różne komunikaty, zależnie od stopnia swej dolegliwości. Tak na przykład inny komunikat będzie wyrażać kara pozbawienia wolności a inny nakaz służby społecznej. Profesor Duff wskazuje, iż kluczowym elementem dla zrozumienia komunikatu, jaki przekazuje kara jest odróżnienie pojęć nagany oraz potępienia¹⁸. Poprzez ukaranie sprawcy udzielamy mu nagany lub potępiamy za wyrządzenie zła. Sam fakt karania stanowi udzielenie sprawcy przestępstwa nagany, bowiem jest to informacja, że dopuścił się on zła. Pojmowanie kary jako komunikatu obliuguje do wyróżnienia, o czym już wcześniej wspomniano, dwóch płaszczyzn oddziaływania komunikatu. Pierwsza to relacja między sprawcą a społeczeństwem, a druga to relacja między sprawcą a ofiarą¹⁹. W kontekście nagany, czy też potępienia istotnym jest, iż poprzez komunikat istniejący w relacji sprawca- ofiara społeczeństwo niejako publicznie angażuje się w ochronę wartości, które uważa za

¹⁵ R.A. Duff, *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” no. 1, Warszawa 2006, s.41.

¹⁶ M. Peno, *O odpowiedzialności karnej w świetle koncepcji komunikacyjnej kary. Uwagi krytyczne*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” nr 835, Szczecin 2014, s. 156 i n.

¹⁷ R.A. Duff, *Punishment, communication and community*, Oxford 2001, s.80-82.

¹⁸ Tamże, s.97.

¹⁹ J. Feinberg, *Harmless wrongdoing*, New York 1988, s.288 i n.

ważne, tym samym uznając wyrządzoną krzywdę za zło. Taki wymiar pojmowania kary może odgrywać różną rolę w poszczególnych normatywnych teoriach kary. Dla przykładu dla zwolenników koncepcji utylitarystycznej karania udzielenie nagany będzie nieodzowne, gdy nagana będzie służyć umocnieniu praworządności, służy dobru wspólnemu. Tak więc gdy udzielenie nagany będzie metodą użyteczną osiągnięcia wyżej wymienionych celów zostanie ona zastosowana²⁰. W takim przypadku nagana pełni niejako podwójną funkcję, ponieważ z jednej strony odwołuje się do samokrytyki sprawcy, a z drugiej do wywołania w nim, jako konsekwencji samokrytyki, wyrzutów sumienia, poczucia wstydu z powodu wyrządzonego zła. Poprzez karę zostanie wyrażona zatem publiczna reakcja na zło i nastąpi potępienie sprawcy. Potępienie oznaczać będzie szacunek dla krzywd doznanych przez ofiarę, dla wartości, które zostały naruszone, jak też państwa jako takiego²¹.

Znamienne w tym kontekście jest zdanie profesora zaczerpnięte z jednej z jego publikacji²²: „Kara jako nagana przemawia do sprawcy nie jak do poddanego, ale jak do obywatela, członka wspólnoty politycznej”. Obrazuje ono to, o czym wspomniano na samym początku wywodu, to jest zupełnie odmienne postrzeganie sprawcy przestępstwa, jego pozycji, mające na celu usprawnienie procesu jego resocjalizacji. Stanowi w pewnym sensie łagodzenie dystansu między władzą posługującą się przymusem państwowym w celu zapewnienia przestrzegania wiążącego jednostki prawa, a sprawcą zobligowanym do czynienia zadość swoim obowiązkom, do których należy właśnie przestrzeganie prawa. Łagodzenie to polega według profesora na dodawaniu w języku przymusu, jakim posługuje się władza elementu w postaci „języka społeczeństwa”, języka wartości²³. Te dwa elementy wspólnie przekazują sprawcy komunikat, z jednej strony udzielający mu nagany oraz potępienia, z drugiej, jednakże zapewniający o możliwym powrocie do społeczności, której jest częścią. Oczywiście po uświadomieniu sobie jakie wartości, wszystkim wspólne, naruszył oraz wyrażeniu w dostateczny sposób woli ich nienaruszania w przyszłości.

Podsumowanie

Podsumowując niniejsze rozważania, można rzec, iż teoria komunikacyjna kary stanowi współczesne uzasadnienie teorii retrybucyjnej kary. Postrzegana w ten sposób kara jest pewnego rodzaju symbolem, komunikatem mającym na celu doprowadzenie do potępienia sprawcy,

²⁰ M. Królikowski, *Sprawiedliwość retrybucyjna wobec sprawiedliwości naprawczej*, „Ius et Lex” nr 1, Warszawa 2006, s. 110-113.

²¹ M. Królikowski, *Komunikacyjne teorie kary jako współczesne retrybucyjne uzasadnienia kary kryminalnej*, „Studia Iuridica” t. XLIII, Warszawa 2004, s.45.

²² R. A. Duff, *Crime, Prohibition and Punishment*, „Journal of Applied Philosophy” nr 19, Hull 2002, s.80 i n.

²³ R.A. Duff, *Punishment, communication and community*, Oxford 2001, s.103.

wskazania wartości zasługujących na ochronę oraz poinformowania, iż wyrządzona krzywda stanowi dla społeczeństwa zło zasługujące na karę. Jest to płaszczyzna porozumienia i dialogu między władzą a społeczeństwem, w tym sprawcą. Co więcej społeczeństwu zostaje oznajmione, jakie wartości są godne ochrony, innymi słowy, jakie wartości uzasadniają ograniczenie naszej osobistej wolności względem innych, co oczywiście wiąże się z odwołaniem do ocen moralnych by ustalić, o których wartościach mowa²⁴. Umożliwia to uzasadnieniem zakresu, czy też w ogóle kryminalizacji, ponieważ są chronione wspólne, znane wszystkim wartości. Konsekwencją jest natomiast zwiększenie zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, a także zwiększenie świadomości społeczeństwa co do prawa, którego przestrzega, ponieważ się z nim utożsamia. Stąd też, co nie jest żadnym nowym odkryciem, lecz w tego rodzaju teorii zostaje uwypuklone, wykorzystywanie nowelizacji kodeksu karnego w przedmiocie podwyższenia ustawowego zagrożenia karą za dane przestępstwo samo w sobie jest niecelowe. Istotne jest uzasadnienie danej polityki karania, które może, w zależności od okoliczności i argumentacji, prowadzić do zwiększenia ustawowego wymiaru kary. Jednak nie można czynić z tego narzędzia instrumentu czystej retoryki politycznej, bowiem ma on do spełnienia istotne funkcje zarówno w wymiarze jednostkowego sprawcy, jak i ogólnospołecznym. Dlatego też wielką wagę należy przywiązywać do uzasadniania zmian wysokości zagrożeń karą, ponieważ jest to obowiązek ustawodawcy w stosunku do obywateli, mogących ponosić odpowiedzialność karną. Oczywiście jest, iż opisywana w niniejszym artykule sytuacja jest pewną wizją idealną. Nie bez znaczenia dla odniesienia sukcesu przez tę teorię jest poziom kultury prawnej danego społeczeństwa, czyli też władzy będącej jego częścią, a co za tym idzie zakres prawidłowego odczytania komunikatu. Nie ulega wątpliwości, iż w państwach, w których poziom zaufania obywateli do państwa i tworzonego przez nie prawa jest wyższy, komunikacja między stronami będzie bardziej efektywna, a więc idee kary, czyli resocjalizacja oraz mniejsza stygmatyzacja społeczna sprawcy będą w sposób pełniejszy osiągnięte. Nie da się ukryć, że jest to element teorii budzący krytykę, bowiem zakłada on pierwotne „wykształcenie” społeczeństwa, następnie zaś możliwość wdrożenia teorii komunikacyjnej kary. Jest to czynnik stanowiący znaczącą barierę, gdyż wymaga gruntownej analizy istniejących relacji między władzą i społeczeństwem, a także kultury prawnej danego społeczeństwa. By kolejno podjąć odpowiednie działania celem ich poprawy, finalnie osiągając stan idealnego modelu porozumiewania się stron. Nie należy jednak rezygnować z prób jego urzeczywistnienia.

²⁴ M. Peno, *Nowoczesna polityka kryminalna w świetle koncepcji polityki tworzenia prawa Jerzego Wróblewskiego*, w: (red.) T. Bekrycht, M. Zirk-Sadowski, *Wpływ teorii Jerzego Wróblewskiego na współczesne prawoznawstwo*, Warszawa 2011, s.67-74.

„Teoria kary jako komunikatu w myśli profesora Antony’ego Duff’a”

Dominika Bajwoluk

O autorze

Autorka jest studentką trzeciego roku na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Do zainteresowań Autorki można zaliczyć szeroko rozumiane prawo cywilne oraz filozofię prawa karnego. Działa ona w studenckim kole naukowym „Dobro wspólne” oraz w Studenckiej Poradni Pomocy Prawnej „Klinice Prawa” w sekcji karnej ofiar przemocy i dyskryminacji.

Streszczenie

W ostatnich latach pojawiły się koncepcje kary jako komunikatu dla społeczeństwa oraz sprawcy. Postrzegana w ten sposób kara jest pewnego rodzaju symbolem, komunikatem mającym na celu doprowadzenie do potępienia sprawcy, wskazania wartości zasługujących na ochronę oraz poinformowania, iż wyrządzona krzywda stanowi dla społeczeństwa zło zasługujące na karę. Celem mojego wywodu będzie zaprezentowanie koncepcji komunikacyjnej kary w ujęciu prof. Antony’ego Duff’a, a także analiza krytyki tej koncepcji.

Słowa kluczowe

kara, retrybutywizm, komunikat, Antony Duff

The theory of punishment as a communication in the view of Professor Antony Duff

Dominika Bajwoluk

Summary

Over the past few years the concept of a punishment as a communication between the society and the offender becomes more and more popular. From this perspective, a punishment is a symbol, some sort of a message which aim is to condemn the offender, to indicate the values which deserve a protection and to inform the society that harm, which has been caused, is wrong to the society and deserves a punishment. The purpose of my argument is to present the concept of a punishment as a communication in the view presented by professor Antony Duff and to analyse this concept's criticism.

Key words

punishment, retribution, communication, Antony Duff

Konstytucyjność działań operacyjnych służb ochrony państwaMarta Bendig¹

Organy służb ochrony państwa zostały powołane m.in. do podejmowania działań mających na celu zwalczanie i przeciwdziałanie przestępczości zorganizowanej, która w ostatnich latach rozwija się w zatrważającym tempie. Działania przestępców podejmowane są na szeroką skalę i przyjmują coraz bardziej wyszukane formy. Wynika to przede wszystkim z nieustannego rozwoju technologicznego i przemian społecznych. Sprawcy czynów zabronionych dążą do tego, aby prowadzona przez nich działalność przestępcza nigdy nie ujrzała światła dziennego, a organy ścigania nie uzyskały obciążających ich dowodów. Z tego względu do minimum starają się ograniczyć dostęp osób trzecich do informacji na ich temat. Państwo, aby skutecznie reagować na akty bezprawia – wykrywać, zwalczać oraz zapobiegać przestępczości, korzysta z różnego rodzaju metod i środków technicznych, prowadząc działania operacyjne. Coraz bardziej pożądanym źródłem informacji stają się przedstawiciele zawodów zaufania publicznego (zwłaszcza prawnicy i dziennikarze), którzy znajdują się w posiadaniu poufnych danych na temat jednostki. Spoczywający na nich obowiązek dyskrecji zawodowej jest gwarancją zapewnienia jednostce realizacji przysługujących jej praw i wolności konstytucyjnych. Z tego względu należy zastanowić się, w jaki sposób służby mogą ingerować w poszczególne wartości, oraz w jakim stopniu podejmowane przez nie działania mogą zagrażać prawidłowemu wykonywaniu czynności zawodowych przez podmioty upoważnione do zachowania tajemnicy zawodowej.

1. Metody pozyskiwania danych na temat jednostki

Służby „mundurowe” chcąc przeciwdziałać przestępczości zorganizowanej podejmują czynności operacyjno – rozpoznawcze, które zorientowane są na pozyskiwanie niezbędnych informacji na temat jednostki, weryfikowanie uzyskanych danych oraz ich dalsze wykorzystywanie. Przepisy ustaw szczególnych, które odnoszą się do sposobu organizacji i funkcjonowania określonych służb, przewidują różnego rodzaju metody umożliwiające realizację powierzonych im zadań. Wśród nich bardzo ważną rolę odgrywa kontrola operacyjna. W ramach przyznanych uprawnień organy mogą uzyskiwać i utrzymywać treści rozmów telefonicznych prowadzonych z wykorzystaniem dostępnych urządzeń telekomunikacyjnych, uzyskiwać i utrzymywać obraz bądź dźwięk, kontrolować treść korespondencji, zawartość przesyłek, jak również pozyskiwać dane

¹ Opracowanie odnosi się do wybranych zagadnień, przedstawionych szerzej przez autorkę w ramach pracy dyplomowej pt. „Karnoprawna ochrona tajemnicy zawodowej a uprawnienia służb ochrony państwa w zakresie czynności operacyjnych”, przygotowanej pod kierunkiem dr hab. Andrzeja Adamskiego, prof. UMK.

zawarte w nośnikach informatycznych². Katalog czynności podejmowanych w ramach kontroli operacyjnej jest katalogiem zamkniętym³, a prowadzone działania mają charakter niejawny. Przepisy w żaden sposób nie ograniczają ani rodzaju pozyskiwanych danych, ani też zakresu podejmowanych działań⁴. Uzyskiwane informacje mogą odnosić się zarówno do sfery życia prywatnego jednostki, jak i do podejmowanej przez nią aktywności zawodowej. Należy wyraźnie wskazać, iż ustawodawca nie wskazał dokładnie środków technicznych, które mogą być wykorzystywane przez służby, zatem mają one pod tym względem nieograniczone możliwości. Mogą więc korzystać m.in.: z urządzeń podsłuchowych, mikrofonów kierunkowych, urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk za pomocą metadanych lub nawigacji satelitarnej⁵. Bez znaczenia jest forma komunikowania się podmiotów między sobą czy wykorzystywany w tym celu nośnik informacji. Oznacza to, iż organy mają możliwość pozyskiwania treści nie tylko tych przekazywanych osobiście czy pisemnie, ale również w drodze komunikacji telefonicznej czy e – mailowej⁶.

Coraz częściej treść przekazywanych komunikatów przestaje być dla służb satysfakcjonującym źródłem informacji. Z tego też względu w ostatnich latach bardzo mocno wzrosła rola pozyskiwania danych od przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Służby, występując o udostępnienie danych abonenckich⁷, mogą wejść w posiadanie nie tylko informacji na temat danych osobowych abonenta, ale również uzyskać różnego rodzaju informacje na temat okoliczności związanych ze zrealizowanym połączeniem lub jego potencjalną próbą (chodzi tu szczególnie o datę połączenia, czas jego trwania, rodzaj połączenia, częstotliwość połączeń, położenie geograficzne urządzenia ruchomego umożliwiającego komunikację na odległość), jak również szczegółowe dane o przeglądanych stronach internetowych, czy informacje niezbędne dla ustalenia: zakończenia sieci, telekomunikacyjnego urządzenia końcowego, jak również użytkownika końcowego – zarówno inicjującego połączenie, jak i tego, do którego jest ono

² Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990r. o Policji, Dz. U. 1990, nr 30, poz. 179 ze zm., art. 19 ust. 6 pkt 1) – 5).

³ Zob. przepisy wybranych ustaw m.in.: ustawa z dnia 6 kwietnia 1990r. o Policji, Dz. U. 1990, nr 30, poz. 179 ze zm., art. 19 ust.6; ustawa z dnia 9 czerwca 2006r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz. U. 2006, nr 104, poz. 708 ze zm., art. 17 ust. 5; ustawa z dnia 12 października 1990r. o Straży Granicznej, Dz. U. 1990, nr 78, poz. 462 ze zm., art. 9e ust. 7; ustawa z dnia 24 sierpnia 2001r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz. U. 2001, nr 123, poz. 1353 ze zm., art. 31 ust. 5.

⁴ M. Szczepaniec, *Ochrona informacji poufnych w świetle standardów konstytucyjnych*, [w:] A. Adamski, M. Leciak (red.), *Krajowy model regulacji prawnej przetwarzania danych w obszarze monitorowania, wykrywania i zapobiegania przestępstwom (analiza i ocena po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 30 lipca 2014, K/11)*, Warszawa 2015, s. 115 – 116.

⁵ M. Tomkiewicz, *Stosowanie kontroli operacyjnej w toku postępowania karnego*, „Roczniki Nauk Prawnych”, tom XXVI, nr 4, Lublin 2016, s. 122; Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014r., sygn. K 23/11, OTK ZU A/2014, nr 7, poz. 80.

⁶ M. Rogalski, *Kontrola korespondencji*, Warszawa 2016, s. 10.

⁷ A. Staszak, *Prawne podstawy dopuszczalności żądania bilingów*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego”, nr 4, Warszawa 2011, s. 75; podobnie: postanowienie SN z dnia 25 marca 2010r., sygn. I KZP 37/09, Izba Karna, Baza Orzeczeń Sądu Najwyższego; M. Rogalski, *Udostępnianie danych telekomunikacyjnych sądom i prokuratorom*, „Prawo i Prokuratura”, nr 12, Warszawa 2015, s. 68.

kierowane⁸. Uzyskanie takich danych stanowi obecnie jeden z najprostszych sposobów uzyskania informacji na temat jednostki – służby nie mają obowiązku podawania powodu, dla którego występują o ujawnienie takich danych, a dostawca usług telekomunikacyjnych nie musi analizować, czy dane te są niezbędne dla toczącego się postępowania oraz jaki jest rzeczywisty cel ich pozyskiwania. Wystarczy więc, że funkcjonariusz złoży w tej sprawie odpowiedni wniosek, albo skieruje żądanie ustne, a wówczas przedsiębiorca ma obowiązek przekazać określone informacje, przy czym może udostępniać je również drogą elektroniczną⁹. Należy zauważyć, że tego rodzaju czynności operacyjne nie wymagają zgody organu nadrzędnego na ich realizację. Przepisy przewidują jedynie kontrolę *post factum* sądu okręgowego (w ramach której przyznają sądowi możliwość zapoznania się z materiałami, które uzasadniają podjęcie takich działań), jak też obligują służby do sporządzenia półrocznych sprawozdań z pozyskiwania tego rodzaju danych¹⁰. Regulacja ta wydaje się być jednak niepełna. Sporządzane przez służby sprawozdania ograniczają się wyłącznie do wskazania liczby przypadków sięgania po dane telekomunikacyjne, ich rodzaje oraz kwalifikacje prawną czynów uzasadniających występowanie po nie. Wydaje się, że sprawozdania te powinny zawierać dodatkowe informacje, odnoszące się m.in.: do niektórych okoliczności związanych ze sprawą, częstotliwości korzystania przez służby z takich metod oraz inne dane statystyczne. Część zawartych w sprawozdaniach informacji powinna zostać przekazana do wiadomości publicznej, aby społeczeństwo nie tylko miało świadomość podejmowania takich działań, ale przede wszystkim obraz korzyści, jakie z takiego wynikają, w kontekście zwalczania i zapobiegania przestępczości zorganizowanej. Wątpliwości budzi fakt, iż pozyskiwanie danych podlega jedynie kontroli następczej. Mając na względzie, iż w ten sposób organy silnie ingerują w prywatność jednostki, uzyskując na jej temat bardzo szczegółowe informacje, należałoby wprowadzić bardziej skuteczne gwarancje realizacji jej praw. Po pierwsze, przepisy powinny przewidywać obowiązek uzyskania obligatoryjnej zgody na podjęcie takich czynności, co pozwoliłoby ograniczyć ich podejmowanie jedynie do sytuacji, w których jest to naprawdę niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości. Z uwagi na stosowane środki, tego rodzaju kontrola miałaby szczególne znaczenie w przypadku podmiotów wykonujących zawody zaufania publicznego, na których spoczywa obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej. Mając na względzie fakt, iż zachowanie poufności we wzajemnych kontaktach jest jednym z podstawowych warunków wykonywania czynności zawodowych, pozwoliłoby to na bardziej skuteczną ochronę praw dysponenta informacji. Na ten moment przepisy nie precyzują sytuacji, które uzasadniałyby gromadzenie takich danych¹¹. Zawierają one bardzo ogólne stwierdzenia, które wskazują, że

⁸ Ustawa z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. 2004, nr 171, poz. 1800 ze zm., art. 179 ust. 3 pkt. 1 lit. a), art. 180c; M. Rogalski, *Kontrola korespondencji*, Warszawa 2016, s. 10; Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014r., sygn. K 23/11, OTK ZU A/2014, nr 7, poz. 80.

⁹ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz. U. 1990, nr 30, poz. 179 ze zm., art. 20ca ust. 2.

¹⁰ Ibidem, art. 20ca ust. 1, ust. 2.

¹¹ M. Kiziński, *Retencja danych telekomunikacyjnych*, „Prawo i Prokuratura”, nr 1, Warszawa 2016, s. 152.

służbom przysługuje prawo podejmowania takich działań w celu zapobiegania lub wykrywania przestępczości, bądź w celu ratowania życia lub zdrowia ludzkiego, wsparcia działań poszukiwawczych lub ratowniczych. Dlatego też zakres spraw uzasadniających występowanie przez organy o tego rodzaju dane jest ujęty bardzo szeroko¹², co też może prowadzić do nadmiernego wykorzystania przyznanych im w tym zakresie kompetencji.

2. Wpływ działań operacyjnych na prawa i wolności obywatela

W kontekście podejmowanych rozważań warto byłoby się zastanowić, w jaki sposób podejmowane przez służby czynności mogą wpływać na prawa i wolności jednostki, oraz czy stosowane metody mogą nadmiernie w nie ingerować. Czy działania te, aby na pewno będą realizować zasadę subsydiarności i stanowić swoiste *ultima ratio*? Jak zostało to już wcześniej wskazane, służby w toku wykonywanych przez siebie zadań mogą ingerować w prawo do prywatności jednostki¹³. Ponieważ przepisy nie definiują, czym jest prywatność, należy odnieść się w tej kwestii do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, który wskazuje, iż jest to „*autonomia informacyjna jednostki, oznaczająca prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby*”¹⁴. Realizując to prawo, jednostka ma możliwość „*samostanowienia o swym życiu osobistym w aspekcie przedmiotowym, podmiotowym oraz czasowym*”¹⁵, oraz sprawowania pełnej kontroli nad tym, komu ujawnia informacje na swój temat. Ponieważ prawo do prywatności nie ma charakteru bezwzględnego i podlega pewnym ograniczeniom¹⁶, aby zachować podstawowe granice ochrony danego dobra, przepisy muszą określać przesłanki przemawiające za podjęciem określonych działań w tym zakresie, jak również wyraźnie określać granice takiej ingerencji¹⁷. Z tego względu przepisy Konstytucji przewidują, iż obowiązek ujawnienia informacji na temat danej osoby może wynikać jedynie z przepisów ustawy¹⁸. Oznacza to, iż jednostka dalej może swobodnie decydować o przekazaniu przez nią informacji na jej temat, a konieczność ich ujawnienia w oparciu o przepisy ustawy nie może być traktowana w kategorii ograniczenia autonomii jej praw. Konstytucja przewiduje również, iż pozyskiwanie i gromadzenie informacji o jednostce musi następować w sposób zgodny z zasadą demokratycznego państwa prawa. Dlatego też konieczność zachowania przez organy państwa podstawowych standardów, może stanowić silną barierę przed bezpodstawnym żądaniem

¹² M. Rogalski, *Kontrola korespondencji*, Warszawa 2016, s. 226 – 227.

¹³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997r., Dz. U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., art. 47.

¹⁴ Wyrok TK z dnia 19 lutego 2002r., sygn. U 3/01, Dz.U. Nr 019, poz. 197.

¹⁵ Wyrok TK z dnia 25 lipca 2013r., sygn. K 41/02, OTK ZU 6A/2002, poz. 83.

¹⁶ A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 98.

¹⁷ Wyrok TK z dnia 20 listopada 2002r., sygn. K 41/02, OTK ZU 6A/2002, poz. 83.

¹⁸ Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997r. Dz. U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., art. 51 ust.1.

ujawnienia informacji na potrzeby działania organów ścigania¹⁹. Mimo, iż trudno jest ocenić, jakie informacje powinny być przekazywane organom władzy publicznej, to regulacji tej nie powinno się traktować jedynie w kategorii ograniczenia prawa jednostki do decydowania o tym, jakie dane na temat jej osoby powinny zostać ujawnione²⁰. Przepis ten należy bowiem interpretować w powiązaniu z regulacją wskazaną w art. 31 ust. 3 Konstytucji²¹, która wskazuje, iż prawa i wolności jednostki mogą podlegać pewnym ograniczeniom, jednakże, muszą one wynikać wyłącznie z przepisów ustawy i mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy jest to konieczne dla zapewnienia podstawowych praw ogółu – bezpieczeństwa, porządku publicznego, ochrony zdrowia, środowiska, moralności publicznej oraz praw i wolności innych osób. Ingerencja w prawa jednostki musi być niezbędna dla osiągnięcia określonych celów, jak również musi być w jak najmniejszym stopniu dolegliwa dla danego podmiotu. Dlatego też podjęcie działań przez służby wymaga dokonania oceny, czy udało się zachować konstytucyjną zasadę subsydiarności. Działania te powinny być bowiem podejmowane wyłącznie wtedy, gdy uprzednio stosowane środki okazały się bezskuteczne, oraz jeżeli istnieje ryzyko, że inne środki nie przyniosą oczekiwanych rezultatów²². Ważne, aby wykorzystywane środki były proporcjonalne do realizacji określonego celu. Organy mają obowiązek, aby utrzymać właściwą proporcję pomiędzy wartościami, jakie w tym przypadku podlegają ochronie prawnej – z jednej strony jest to interes prywatny jednostki, z drugiej konieczność zapewnienia bezpieczeństwa państwa i jego obywateli. Rozstrzygnięcie kolizji dóbr, jaka tutaj występuje wymaga rozpatrzenia sytuacji *in concreto*, bowiem nie da się przyznać na stałe pierwszeństwa któremukolwiek z nich. Bezspornym jest jednak, że zapewnienie bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego stanowi jedno z podstawowych zadań organów państwa. Dlatego też organy każdorazowo muszą uwzględnić, czy dla jego prawidłowej realizacji konieczna jest ingerencja w prawa jednostki, a jeśli tak, to w jakim stopniu ograniczenie to może mieć miejsce. Powinny wziąć pod uwagę również wynikające z tego korzyści²³.

Powyższe rozważania pozwalają zatem wysnuć wniosek, iż w aspekcie podejmowania działań operacyjnych nie można bezkrytycznie przyjąć, że organom przysługuje kompetencja do ingerowania w prawa jednostki²⁴. W rzeczywistości każdemu podmiotowi przysługuje prawo zachowania całkowitej swobody w korzystaniu z przyznanych mu praw, tyle, że w granicach, jakie wynikają z przepisów konkretnej ustawy. Decydując się na ich ograniczenie, organy władzy państwowej mają obowiązek, aby zapewnić jednostce należyte gwarancje materialne

¹⁹ Wyrok TK z dnia 20 listopada 2002r., sygn. K 41/02, OTK ZU 6A/2002, poz. 83.

²⁰ Wyrok TK z dnia 17 czerwca 2008r., sygn. K 8/04, OTK ZU 5A/2008, poz. 81.

²¹ Ibidem.

²² P. Pochodyła, S. Franc, *Kontrola operacyjna oraz zakres jej stosowania*, „Zeszyty Naukowe WSEI”, tom I, nr I, Lublin 2001, s. 205.

²³ Wyrok TK z dnia 25 lipca 2013r., sygn. K 41/02, OTK ZU 6A/2002, poz. 83.

²⁴ M. Rogalski, *Kontrola korespondencji*, Warszawa 2016, s. 6, za: wyrok TK z dnia 30 lipca 2014r., sygn. K 23/11, OTK ZU A/2014, nr 7, poz. 80.

i proceduralne, które pozwolą skutecznie realizować przyznane jej prawa. Aktualne przepisy przewidują wiele rozwiązań prawnych w tym zakresie, jednak zasadniczym problemem jest się tu pojawia, jest brak możliwości zakwestionowania podejmowanych wobec jednostki działań operacyjnych. Ustawodawca w art. 51 ust. 4 Konstytucji, przewidział możliwość żądania przez jednostkę sprostowania oraz usunięcia informacji, które są nieprawdziwe, niepełne lub zebrane w sposób sprzeczny z ustawą. Aby jednak skutecznie realizować to prawo, podmiot inwigilowany musiałby posiadać wiedzę o podejmowanych wobec niego działaniach. Na ten moment organy nie muszą informować o tym jednostki, jak również nie mają obowiązku udostępnienia jej zgromadzonych w toku czynności materiałów²⁵. Wyjątek dotyczy jedynie sytuacji, w której jednostka zdążyła dowiedzieć się o tym, iż podlegała inwigilacji i zostało wobec niej podjęte postępowanie sądowe²⁶. Brak gwarancji w postaci obligatoryjnego obowiązku informacyjnego (realizowanego chociażby *post factum*) uniemożliwia skorzystanie z ewentualnego środka zaskarżenia. Dlatego też należy stwierdzić, iż na ten moment jednostka nie ma możliwości skutecznego zakwestionowania zasadności bądź legalności²⁷ podjętych wobec niej działań operacyjno – rozpoznawczych, jak również dalszego wykorzystania pozyskanych materiałów w toku postępowania przed sądem.

3. Gwarancja dyskrecji zawodowej w świetle czynności operacyjnych

Prawo do prywatności silnie wiąże się z ochroną tajemnicy zawodowej, należy więc zastanowić się, jak plasuje się sytuacja między prowadzeniem działań operacyjnych, a zapewnieniem prawidłowości wykonywania czynności zawodowych. Obowiązek zachowania dyskrecji i poufności informacji umożliwia ochronę interesów jej dysponenta²⁸. W przypadku tajemnicy obrończej, to właśnie stosunek zaufania, jaki powstaje między pełnomocnikiem, a jego klientem sprawia, że klient staje się bardziej skłonny do współpracy i decyduje się na ujawnienie wszystkich okoliczności faktycznych sprawy. Gdyby obawiał się, że powierzone pełnomocnikowi informacje znajdują się w posiadaniu służb, mógłby przekazywać je bardzo wybiórczo, a niekiedy nawet wprowadzać obrońcę w błąd, co do stanu rzeczywistego. Dlatego też nagminne stosowanie urządzeń podsłuchowych lub innych form pozyskiwania informacji na temat jednostki, w przypadku tajemnicy obrończej może ograniczyć skuteczność działania pełnomocnika, a w oczach społeczeństwa być odebrane, jako stawające wbrew interesom klienta²⁹. Podobnie jest

²⁵ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990r. o Policji, Dz. U. 1990, nr 30, poz. 179 ze zm., art. 19 ust. 16.

²⁶ Postanowienie TK z dnia 25 stycznia 2006r., sygn. S 2/06, OTK ZU 2006/ 1A/13.

²⁷ M. Tomkiewicz, *Kontrola procesowa i operacyjna a ochrona praw podmiotowych osoby inwigilowanej w Polsce*, „Profilaktyka społeczna i resocjalizacja”, nr 25, Warszawa 2015, s. 17.

²⁸ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014r., sygn. K 23/11, OTK ZU A/2014, nr 7, poz 80.

²⁹ M. Rogalski, *Kontrola korespondencji*, Warszawa 2016, s. 11.

w przypadku tajemnicy dziennikarskiej. Uzyskanie przez dziennikarzy informacji od anonimowych informatorów często wiąże się z koniecznością zachowania w tajemnicy ich tożsamości. Ma to na celu nie tylko zapewnienie ochrony dziennikarskich źródeł informacji czy też praw i interesów osób trzecich, ale przede wszystkim zagwarantowanie wolności prasy³⁰. Dlatego też pozyskiwanie bilingów, podsłuchiwanie prowadzonych rozmów czy montowanie urządzeń audiowizualnych w redakcjach może stanowić poważne zagrożenie dla ochrony wzajemnych relacji między tymi podmiotami.

Ustawodawca, który dostrzegł konieczność uregulowania niniejszej kwestii, zdecydował się na wprowadzenie zróżnicowanego mechanizmu ochrony informacji stanowiących tajemnicę zawodową nie tylko w toku prowadzenia postępowania przed sądem, ale również w związku z prowadzeniem działań kontroli operacyjnej. Wprowadził odrębny tryb ochrony w przypadku informacji objętych tajemnicą obrończą i tajemnicą duchownego oraz tych, które obejmują inne rodzaje tajemnic zawodowych. Mając na względzie fakt, iż zgodnie z przepisami procesowymi, nie można wykorzystać w charakterze materiału dowodowego informacji, które stanowią tajemnicę o charakterze bezwzględnie, również w tym przypadku przyjęto rozwiązanie zgodnie z którym materiały te podlegają niezwłocznie komisyjnemu i protokolarnemu zniszczeniu³¹, co pozwala na ich skuteczną eliminację z obrotu prawnego. W sytuacji, gdy istnieje podejrzenie, że uzyskane wiadomości mogą stanowić treść tajemnic określonych w art. 180 § 2 k.p.k.³² tryb ten jest bardziej rozbudowany. W pierwszej kolejności materiały przekazywane są do prokuratury, skąd następnie kierowane są do sądu wraz z wnioskiem o dopuszczenie ich do ich dalszego wykorzystania. To sąd podejmuje decyzje, w której albo zezwala na ich wykorzystanie w toku postępowania (przy czym decyzja ja nie jest tożsama ze zwolnieniem z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej na etapie przesłuchania konkretnej osoby w charakterze świadka), albo też zwraca je organom służb nakazując ich niezwłoczne zniszczenie. Ustawodawca nie przewidział żadnych mechanizmów nadzorujących nad procesem niszczenia tego rodzaju danych, co oznacza, iż to służby mają uprawnienia decyzyjne w zakresie określenia wszelkich procedur w tym zakresie i nie podlegają pod tym względem żadnej kontroli z zewnątrz. Należy zwrócić uwagę na podstawowe problemy, jakie się tutaj pojawiają. Skoro to funkcjonariusz danej służby podejmuje decyzje o tym, czy materiały powinny być przekazane do dalszej analizy pod kątem zapewnienia należytej ochrony tajemnicy zawodowej, to czy jest to właściwa osoba do podejmowania tak poważnych decyzji, które ewidentnie wpływają na dalszy tryb postępowania z uzyskanymi materiałami? Wydaje się, że wszystkie materiały operacyjne powinny trafiać bezpośrednio pod ocenę organów sądowych. Brak precyzyjnego określenia terminu ich niszczenia, jak również wydłużenie toku postępowania

³⁰ I. Zielinko, *Tajemnica dziennikarska w prawie prasowym*, „Prawo i Prokuratura” nr 7 – 8, Warszawa 2009, s. 150.

³¹ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990r. o Policji, Dz. U. 1990, nr 30, poz. 179 ze zm., art. 19 ust. 15f pkt. 1).

³² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997r. Kodeks postępowania karnego, Dz. U. 1997, nr 89, poz. 555 ze zm., art. 180 § 2.

w sytuacji, gdy istnieje podejrzenie, że zebrane materiały mogą stanowić m.in.: tajemnicę dziennikarską, adwokacką czy radcowską, może prowadzić do bardzo poważnych skutków dla jednostki. Nieprawidłowe ich zabezpieczenie oraz zbyt długi czas przechowywania niewątpliwie zwiększa ryzyko zapoznania się z ich treścią przez osoby postronne – niezwiązane zupełnie ze sprawą, jak również na kwestie ich wykorzystywania w toku dalszych działań. Coraz częściej można dostrzec, że służby zmierzają do gromadzenia i przechowywania danych przez dłuższy okres czasu nawet wtedy, gdy nie mają one znaczenia dla danego postępowania i nie są związane z osobami podejrzanymi o prowadzenia działalności przestępczej. Wyraźnie należy jednak podkreślić, że działania operacyjne powinny być prowadzone jedynie dla konkretnego postępowania³³, dlatego też wszelkie dążenia ustawodawcy do prewencyjnego przechowywania danych wydają się być bardzo niepokojące i należy poddać je krytycznej ocenie. Jeżeli zgodnie z art. 51 ust. 2 Konstytucji, organy mogą pozyskiwać informacje na temat jednostki jedynie w granicach niezbędnych w demokratycznym państwie prawa, to skoro brakuje określenia celu ich pozyskiwania, to jednocześnie nie ma spełnionej cechy niezbędności działania³⁴. Wątpliwości budzi również fakt, iż w stosunku do przedstawicieli zawodów zaufania publicznego, ustawodawca nie ograniczył stosowanych w toku czynności operacyjnych środków technicznych. Warto byłoby, aby służby podejmując czynności operacyjno – rozpoznawcze w stosunku do podmiotów, na których spoczywa obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej stosowały wyłącznie takie środki, które do minimum ograniczą dostęp funkcjonariuszy do treści informacji.

4. Podsumowanie

Podejmowanie działań operacyjnych jest bez wątpienia słuszne, a wręcz niezbędne dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania państwa, szczególnie w związku z zapewnieniem bezpieczeństwa narodowego i porządku publicznego poprzez zwalczanie przestępczości zorganizowanej. Wykorzystywane środki pozwalają na bieżące monitorowanie aktywności życiowej jednostki w przestrzeni publicznej, a co za tym idzie pozwolą na skuteczne weryfikowanie podejrzeń w stosunku do osoby podlegającej kontroli. Dzięki temu organy mogą ukierunkowywać swoje dalsze działania, co też zwiększa skuteczność ich realizacji. Jednakże, jak potwierdziły dotychczasowe rozważania, zbieranie danych na temat jednostki, może stanowić naruszenie naczelných zasad funkcjonowania państwa, odnoszących się do zapewnienia jednostce prawa do prywatności, oraz wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się³⁵, co odgrywa szczególną rolę

³³ Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005r., sygn. K 32/04, OTK ZU 11A/2005, poz. 132.

³⁴ M. Tomkiewicz, *Kontrola procesowa i operacyjna a ochrona praw podmiotowych osoby inwigilowanej w Polsce*, Profilaktyka społeczna i resocjalizacja, nr 25, Warszawa 2015, s. 21.

³⁵ M. Rogalski, *Kontrola korespondencji*, Warszawa 2016, s. 229.

w sytuacjach, gdy komunikacja objęta jest ochroną tajemnicy zawodowej. Niewątpliwie problem ten został wreszcie dostrzeżony przez ustawodawcę, niestety jedynie w kontekście prowadzenia czynności kontroli operacyjnej. Zagadnienie to całkowicie pominięto w odniesieniu do pozyskiwania danych telekomunikacyjnych, co bez wątpienia stanowi poważną lukę w przepisach i wymaga uwzględnienia przez krajowego legislatora w przyszłości. Obecna regulacja również budzi poważne wątpliwości – jest niepełna i chaotyczna, pomija wiele istotnych problemów związanych z ochroną tajemnicy zawodowej, szczególnie w kontekście zachowania odpowiednich gwarancji dla jednostki. Należy bowiem pamiętać, że tajemnica zawodowa ma chronić poufność informacji, a nie osobę jej depozytariusza³⁶. Dlatego też stanowi ona jeden z podstawowych obowiązków, jakie spoczywają na nim z tytułu wykonywania określonego zawodu.

Warto byłoby uzupełnić obowiązujące przepisy o regulację, które w pewien sposób będą niejako różnicowały podejmowanie działań operacyjnych wobec przedstawicieli zawodów zaufania publicznego. Na pierwszy rzut oka wydawać by się mogło, iż w ten sposób ustawodawca naruszyłby jedną z fundamentalnych dla polskiego systemu prawnego zasad – zasadę równości wobec prawa. Ze stwierdzeniem tym nie można się jednak zgodzić. Naruszeniem niniejszej zasady byłoby raczej całkowite wyłączenie tej kategorii podmiotów spod podlegania działaniom operacyjnym. Mając zatem na względzie ich szczególną rolę w społeczeństwie, prestiż wykonywanego zawodu, oraz odpowiedzialność, jaka na nich ciąży ustawodawca powinien zapewnić im odpowiednie warunki wykonywania wybranego zawodu. Nadmierna inwigilacja może bowiem doprowadzić od sytuacji, w której druga strona utraci zaufanie niezbędne do wykonywania nałożonych na jednostkę obowiązków zawodowych. Wydaje się, że tylko w ten sposób możliwym jest skuteczne realizowanie przyznanych jednostce praw, a co za tym idzie prawidłowe jej funkcjonowanie w społeczeństwie. Na tle aktualnych problemów, wprowadzenie uprzedniej kontroli sądowej, obligatoryjnego obowiązku informacyjnego i ograniczenie katalogu przestępstw, których popełnienie uzasadnia możliwość podjęcia określonych działań, stanowi niezbędne minimum, jakie należy zagwarantować w kontekście zapewnienia ochrony tajemnicy zawodowej. Ustawodawca powinien jasno i wyraźnie określić przysługujące jednostce gwarancje. Tylko w ten sposób będzie mogła ona zachować pewność, co do tego, że państwo dąży do zachowania należytych standardów realizacji praw wynikających z ustawy zasadniczej.

³⁶ M. Rusinek, *Kontrola operacyjna a ochrona tajemnicy zawodowej w świetle wyroku TK z dnia 30 lipca 2014r.*, [w:] A. Adamski, M. Leciak (red.), *Krajowy model regulacji prawnej przetwarzania danych w obszarze monitorowania, wykrywania i zapobiegania przestępstwom (analiza i ocena po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 30 lipca 2014, K/11)*, Warszawa 2015, s. 124.

Konstytucyjność działań operacyjnych służb ochrony państwa

Marta Bendig

O autorze

Studentka V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, magistrantka w Katedrze Prawa Karnego, Wiceprezes Studenckiego Koła Naukowego Prawa Karnego.

Zainteresowania naukowe: prawo karne, prawa i wolności jednostki, bezpieczeństwo państwa

Streszczenie

Niniejsze opracowanie stanowi zasygnalizowanie niektórych problemów, jakie wiążą się z prowadzeniem czynności operacyjnych w związku z ochroną tajemnicy zawodowej. W pierwszej kolejności wskazano metody pozyskiwania informacji i wynikające z nich zagrożenia dla jednostki. W dalszej kolejności wskazano, które z wartości konstytucyjnych mogą podlegać ewentualnym ograniczeniom wskutek nadzbyt silnej ingerencji ze strony państwa, oraz wskazano, w jakim stopniu uzasadnionym będzie podejmowanie działań kontrolnych w kontekście ewentualnych zagrożeń dla bezpieczeństwa państwa. Meritum pracy koncentruje się na szczegółowej analizie przepisów odnoszących się do ochrony tajemnicy zawodowej z perspektywy prowadzenia przez służby ochrony państwa działań kontroli operacyjnej, wskazaniu problemów prawnych, jakie się z tym wiążą i proponowanych w tym zakresie rozwiązań.

Słowa kluczowe

inwigilacja, kontrola operacyjna, dane telekomunikacyjne, tajemnica zawodowa, prawo do prywatności

Constitutionality of operational activities of state protection services

Marta Bendig

Summary

This study is a signal to some of the problems associated with the conduct of operational activities in connection with the protection of professional secrecy. In the first place, the methods of obtaining information and the resulting threats to the individual were indicated. Subsequently, it was pointed out which of the constitutional values may be subject to possible restrictions as a result of overly strong state interference, and it was indicated to what extent it would be justified to undertake control activities in the context of possible threats to the security of the state. The work merit focuses on a detailed analysis of provisions relating to the protection of professional secrecy from the perspective of operating by the state security services, operational control, indication of legal problems that arise and solutions proposed in this regard.

Key words

surveillance, operational control, data telecommunications, professional secrecy, the right to privacy

Zjawisko memów internetowych propagujących kłamstwo oświęcimskie, a art. 256 k. k.

Piotr Bernacki, Karolina Palka

Wstęp

O kłamstwie oświęcimskim możemy mówić wyróżniając dwa rodzaje sytuacji, w których ono występuje: sensu stricto – będzie to pogląd opowiadający się za takim rozumieniem kłamstwa oświęcimskiego, zgodnie z którym dane liczbowe dotyczące Holocaustu są znacznie zawyżone albo kompletnie nieprawdziwe, co będzie łączyło się z jego zanegowaniem (doktryny te zwane są rewizjonizmem lub negacjonizmem) oraz sensu largo – w tych granicach rozumiane będzie jako zarówno mówienie o polskich obozach śmierci¹ jak i inne przejawy, mogłoby się wydawać łżejsze, negatywnego mówienia o Holocaustcie.

Pojęcie „mema”, z racji braku definicji legalnej, trzeba traktować w rozumieniu potocznym jako obrazek z napisem, który co do zasady powinien mieć charakter prześmiewczy. Jego twórca w większości przypadków chce za jego pomocą skrytykować negatywne zjawiska. Spotkać się można również z „memami” mającymi na celu przedstawienie jakiegoś zjawiska/osoby w pozytywnym świetle, przez – na przykład – zwrócenie uwagi na jakąś jego cechę. Może wystąpić również sytuacja w której autor ma na celu wywołanie negatywnych emocji wśród grupy odbiorców do których jest skierowany - a więc przybiera formę tzw. „trollingu” internetowego. Ściśle łączy się to z faktem, że ta forma ekspresji często ma na celu zmanipulowanie opiniami odbiorców. Właśnie ten ostatni typ „memów” – w negatywnym jego przejawie - jest przedmiotem niniejszych rozważań.

Pierwotnym przepisem penalizującym kłamstwo oświęcimskie jest art. 55 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu² (dalej: „ustawa o IPN”).

¹ Taki pogląd przedstawia np. Leon Kieres, były Prezes IPN. Instytut Pamięci Narodowej, *Przegląd mediów – 21 lipca 2004 r.*, <http://ipn.gov.pl/pl/dla-mediow/media-o-ipn/14078,PRZEGLAD-MEDIOW-21-lipca-2004-r.html>, [dostęp: 22.02.2018 r.].

² Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Dz. U. 2016, poz. 1575.

2. Szczególne problemy łączące się z zagadnieniem „mema” w kontekście art. 256 kodeksu karnego

Przedmiotem analizy poczyniliśmy artykuł 256 kodeksu karnego (dalej k.k.), co wynika z kilku względów. Po pierwsze: rodzi on wiele komplikacji, a w kontekście „memów” – autorzy znacznej części z nich będą sprawcami przestępstwa z art. 256 § 1 k.k., nie zaś art. 55 ustawy o IPN, gdyż często takie „memy” nie tyle zaprzeczają zbrodniom jako takim, ale dla przykładu pokazują wodza III Rzeszy – Adolfa Hitlera jako niewiedzącego o tym, co dzieje się z żydowskimi obywatelami zamieszkującymi tereny ówczesnej III Rzeszy czy Generalnego Gubernatorstwa.

W art. 256 k.k. mamy do czynienia z konfliktem kilku dóbr prawnych; z jednej strony prawem do wolności słowa, z drugiej wartościami konstytucyjnymi (w szczególności zasadą demokratycznego państwa prawnego³) a ochroną prawdy historycznej, istniejącego ładu⁴, porządku publicznego⁵. W prezentowanym aspekcie można przyjąć, że przepis chroni także pamięć ofiar zagłady.

Kwestia możliwości wystąpienia zbiegu przepisów pomiędzy art. 256 k.k. z innymi przepisami karnymi, czy to pochodzącymi z kodeksu karnego czy ustawy o IPN zostanie poruszona w dalszej części niniejszego opracowania.

Znamie „publicznie” interpretować należy tak jak na kanwie innych przepisów z kodeksu karnego, zwłaszcza jak na gruncie art. 255 k.k.⁶ tj.: przed nieokreśloną publicznością, nieoznaczonym kręgiem osób⁷. Jednakże przyjęcie niniejszej koncepcji zaczyna rodzić szereg problemów interpretacyjnych.

Pierwszym z nich jest kwestia publiczności występująca w Internecie, w szczególności w mediach społecznościowych. Przykładowo, w serwisie Facebook istnieją pewnego rodzaju grupy, w których społeczność gromadzi się i wymienia informacjami. Istnieją różne typy grup czy forów dyskusyjnych, wskutek czego możemy wyróżnić następujące trzy ich rodzaje:

-grupy otwarte – które każdy może przeglądać, nawet nie będąc ich członkiem;

-grupy zamknięte – które każdy może wyszukać, zobaczyć administratorów i znajomych, którzy są członkami;

³ K. Wiak (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1239.

⁴ A. Michalska-Warias (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny: część szczególna. T. II*, Komentarz: art. 222-316, Warszawa 2017, s. 363.

⁵ A. Lach (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1111.

⁶ Z. Cwiakalski (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny: część szczególna. Komentarz do art. 278-363 kodeksu karnego*, Warszawa 2016, s. 1385.

⁷ Tamże, s. 1370.

-grupy tajne – do których trzeba zostać zaproszonym albo dodanym przez innego członka⁸.

W momencie opublikowania treści mogących zostać zakwalifikowane jako propagowanie ustroju totalitarnego:

- w przypadku otwartych grup jest jasne, że popełnione zostaje przestępstwo, bo nie ma oznaczonego kręgu adresatów, którzy mogą dany „mem” zobaczyć,
- w przypadku grup zamkniętych i tajnych nie jest to już takie proste, ponieważ krąg adresatów jest co do zasady oznaczony, ale „mem” nie kończy swojego bytu w tym samym momencie, a do grupy dodawani są cały czas nowi członkowie, którzy mają do niego dostęp.

Z podobnym problemem zmierzył się Sąd Najwyższy. Na forum została wystawiona niesłuszna, zniesławiająca opinia. Pytanie prawne dotyczyło tego, kiedy dochodzi do popełnienia przestępstwa zniesławienia, ponieważ miało to wpływ na przedawnienie karalności. Sąd Najwyższy orzekł, że chwilą popełnienia przestępstwa z art. 212 § 2 k.k. polegającego na umieszczeniu w Internecie treści o charakterze zniesławiającym jest chwila dokonania wpisu, a nie jego usunięcia. Jest to przestępstwo o skutkach trwałych, a nie przestępstwo trwałe⁹.

Wydaje się, że w przypadku „memów” umieszczonych na grupach zamkniętych czy tajnych należy analogicznie rozwiązać problem. Wrzucenie „mema” propagującego ustrój totalitarny do grupy zamkniętej albo tajnej nie będzie wypełniało znamienia „publicznie”, ponieważ w momencie jego opublikowania krąg osób będzie oznaczony, a więc nie będzie to popełnienie przestępstwa z art. 256 § 1 k.k.

Warto jednak w tym kontekście zwrócić uwagę na fakt, że zamieszczenie takiego obrazku na grupie, nawet zamkniętej, w której znajduje się audytorium sięgające liczb rzędu 50-100 tysięcy użytkowników, osiągnie dużo szerszy krąg adresatów niż w przypadku np. umieszczenia go na blogu, który być może co do zasady ma charakter otwarty - skierowanego do nieoznaczonego kręgu osób - ale jest czytany przez dużo węższe audytorium. Do grup zamkniętych tych rozmiarów użytkownicy są zazwyczaj dodawani przez administratorów po prostu na życzenie zainteresowanego, zatem zaciera się swojego rodzaju różnica pomiędzy wpisaniem adresu bloga w przeglądarce internetowej, a kliknięciem „dołącz” do grupy (skoro i tak w pewnym sensie bezrefleksyjnie jest się dodawanym do niej przez jej administratora), na której zamieszczony został „mem” spełniający przesłanki z art. 256 § 1 k.k. W kontekście niniejszej publikacji jest to tylko

⁸ https://www.facebook.com/help/220336891328465?helpref=faq_content, [dostęp: 15.01.2018 r.].

⁹ Postanowienie SN z dnia 29 czerwca 2010 r., sygn. I KZP 7/10, Legalis nr 227214.

jeden z wielu problemów na które warto zwrócić uwagę w kontekście znamienia „publicznie” w odniesieniu do internetowych środków masowej komunikacji.

W kontekście problematyki znamion przestępstwa z art. 256 § 1 k.k. w odniesieniu do wrzucania internetowych „memów”, warto przytoczyć uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2002 roku¹⁰, w której uzasadnieniu przytoczył następujące stanowisko: *„propagowanie może, ale nie musi być połączone z pochwalaniem. Można bowiem coś publicznie pochwalać bez zamiaru propagowania, jak i propagować nie pochwalając tego, co się propaguje”*.

W doktrynie pojawiają się także sprzeczne informacje dotyczące znamienia „propagowania”.

Z jednej strony mamy stanowisko Sądu Najwyższego, który orzekł, iż „Propagowanie jest interpretowane jako zachowanie polegające na publicznym prezentowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju w zamiarze przekonania do niego”¹¹.

Za powyższym stanowiskiem opowiada się Stanisław Hoc, który uważa, że także prezentowanie gestów i symboli na widok publiczny to propagowanie¹². Zgoła inna jest opinia Sądu Okręgowego w Katowicach, który uznał, że noszenie kurtek z naszywkami przedstawiającymi swastykę nie wypełnia znamion przestępstwa z art. 256 kk¹³. Powyższy pogląd nie spotkał się z uznaniem w doktrynie¹⁴.

Naszym zdaniem należy się zgodzić z opinią wyrażoną w komentarzu pod redakcją prof. Gieźka, który za S. Hocem uznaje, że utożsamianie propagowania z prezentowaniem prowadzi do zbyt szerokiej interpretacji, która może ograniczać wolność słowa czy wolność badań naukowych¹⁵.

Mając na uwadze powyższe i wracając do problematyki „memów” – propagowania nie należy utożsamiać ani z przekonywaniem ani wyłącznie z prezentowaniem. Właściwe będzie stanowisko pośrednie, mianowicie: przedstawianie w pozytywnym świetle, zdradzającym pozytywne nastawienie do ustroju totalitarnego, co ważne – niezgodne z prawdą historyczną. Tak więc „mem” pokazujący Hitlera jako dowódcę wydającego olbrzymie pieniądze na zbrojenia, co zdaniem autora jest słuszne, a zarazem prawdziwe historycznie – nie będzie przestępstwem. Natomiast „mem” pokazujący Hitlera lub innych dowódców niemieckich, którzy martwią się o swoich obywateli wywożonych masowo do obozów koncentracyjnych – propagowaniem być

¹⁰ Uchwała SN z 28.03.2002 r., I KZP 5/02, OSNKW 2002/5–6, poz. 32.

¹¹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02, Legalis nr 52752.

¹² S. Hoc „Publiczne propagowanie faszyzmu: uchwała Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02 (w:) *Orzecznictwo Sądów Polskich*, z. 12/2002, s. 647-650.

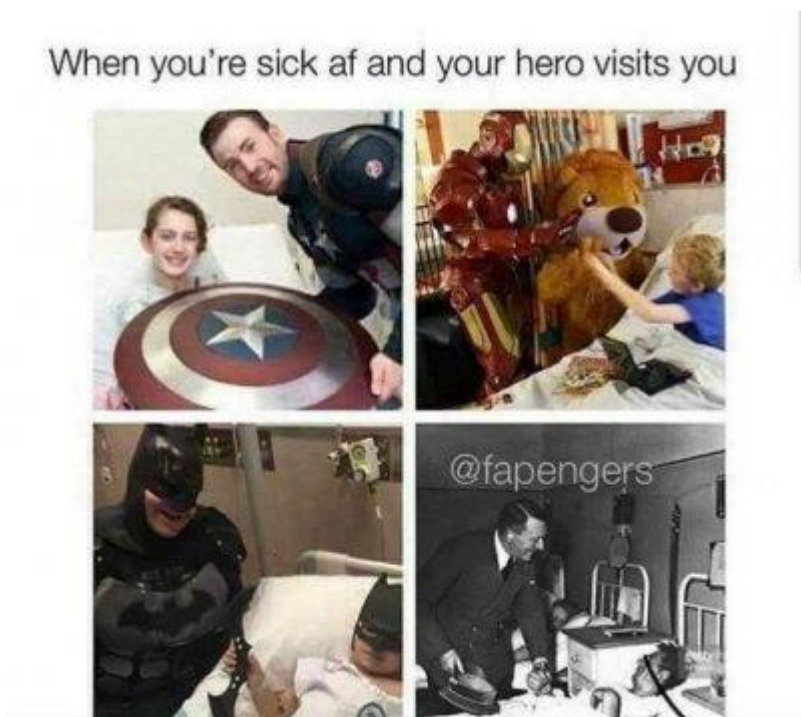
¹³ Wyrok z dnia 04.08.2005 r., II Aka 251/05, OSA w Katowicach 2005, nr 3, poz. 15.

¹⁴ Z. Ćwiąkalski, *dz. cyt.*, s. 1381.

¹⁵ D. Gruszecka (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny: część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 914.

może, bo nie jest on zgodny z faktami historycznymi i prezentuje nazistowski ustrój totalitarny w pozytywnym świetle, przez zaprzeczenie Holocaustu.

Rysunek 1.



Źródło: <https://www.instagram.com/p/BhttJpUF6ud/?taken-by=fapengers> / [dostęp: 17.07.2018 r.].

Tłumaczenie: Kiedy jesteś chory i odwiedza Cię Twój bohater

Ponadto należy zwrócić uwagę, że 256 § 1 k.k. penalizuje nie samo propagowanie faszyzmu, co ustroju faszystowskiego czyli działania państwa w określony sposób¹⁶. Dlatego też taki „mem”, aby spełnić znamiona przestępstwa, ma nie tyle pochwalać sam faszyzm, lecz właśnie ustrój faszystowski.

Odnosząc powyższe do strony podmiotowej, nie ulega wątpliwości, iż typ z art. 256 § 1 k.k. jest typem umyślnym popełnianym w zamiarze bezpośrednim¹⁷. W kontekście przytoczonej wcześniej uchwały SN dotyczącej znamienia „propagowania”, osoba udostępniająca „mema” niekoniecznie musi sama być pozytywnie do niego nastawiona. Do spełniania znamion strony podmiotowej wystarczy świadomość tego, że ów obrazek zaprzecza zbrodniczym aspektom ustroju totalitarnego czy wiedza, iż u odbiorcy może wywołać on pozytywne odczucia wobec takiego systemu. Sprawca wypełnia aspekt woluntatywny zamiaru bezpośredniego poprzez chęć tego, aby

16 D. Gruszecka, *dz. cyt.*, s. 916.

17 M. Kalitowski (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1146, A. Lach, *dz. cyt.*, s. 1111; Z. Cwiakalski, *dz. cyt.*, s. 526.

obrazek odbierany był jako propagowanie, co wywoła uczucie zdenerwowania bądź szoku u odbiorców – zachowanie kwalifikowane jako wspomniany wcześniej „trolling”. Niezasadny wydaje się tu kontrargument, iż dana osoba działała tylko w celach satyrycznych bądź prezentuje „tzw. czarny humor”. Dla przeciętnego internauty widzącego taki obrazek jasne będzie, że jest on formą propagowania i trudno obronić tezę, że twórca „mema” nie zdawał sobie z tego sprawy oraz nie chciał, aby został tak odebrany, w sytuacji w której – jak zostało wspomniane – sprawca często chce wywołać negatywne emocje u odbiorcy.

Wątpliwości mogą pojawić się również przy określaniu przesłanek ustroju totalitarnego.

I tu także spotkać się możemy z dwoma drogami interpretacyjnymi. Pierwsza, która idzie w kierunku ekspertyzy biegłego do określania tego czym ustrój totalitarny jest, a czym nie jest¹⁸.

Druga, która twierdzi, że jest to fakt notoryjny, znany sądowi z urzędu jako notorium sądowe. Wynika z tego, że nie powinno wymagać dowodzenia przed sądem, na mocy art. 168 k.p.k. zagadnienie, czy promowany ustrój może zostać uznany za totalitarny czy nie. W tym kontekście warto przywołać wyjątkowo ważne orzeczenie Sądu Najwyższego, który stwierdził, że ustrój totalitarny: „znamionują nie tyle (lub nie tylko) szowinizm, ile głównie stosowanie terroru policyjnego wobec przeciwników politycznych, istnienie jednej partii o charakterze wodzowskim, likwidacja wolności i praw obywatelskich”¹⁹. W tym samym wyroku SN wyraźnie przedstawił stanowisko, wedle którego zbyteczne są próby zdefiniowania pojęcia ustroju totalitarnego za pomocą opinii wydanej przez biegłego. Powyższe stanowisko zostało zaakceptowane w doktrynie, która również szeroko wskazuje na notoryjność faktów historycznych²⁰. Należy jeszcze raz podkreślić, że „mem” ma propagować ustrój, a nie samą ideologię.

Kolejnym problemem jest fakt, że „memy” mają mieć co do zasady charakter satyryczny. Może się to łączyć z próbą przyjęcia linii obrony przez sprawcę, która oparta będzie na argumencie, że nie należy karać za satyrę.

W kwestii memów dotyczących Holocaustu należy to uznać jednak za podejście błędne – nie powinno się przyzwalać na tworzenie satyry na temat śmierci milionów ludzi, a zwłaszcza odnoszącej się do szczególnie pokrzywdzonych przez zagładę narodów.

18 D. Gruszecka, *dz. cyt.*, s. 916

19 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2011 r., V KK 98/11, Legalis 424300

20 T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1-467. Komentarz*. Warszawa 2014, s. 569 oraz M. Kurowski (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom I*, Warszawa 2017, s. 623.

Rysunek 2.



Źródło: <https://imgflip.com/i/1fkvdc/> [dostęp: 17.07.2018 r.].

Tłumaczenie: Osoby próbujące w dzisiejszych czasach podążać za czystą energią powinny pamiętać, że Niemcy byli pierwszymi, którzy przekształcili śmieci swoje i większości Europy w biomasę już w latach '40

Nie sposób także pominąć art. 256 § 2 k.k. – również pobieranie „mema” i następnie przechowywanie go na dysku twardym lub innym nośniku informacji będzie popełnianiem tegoż przestępstwa.

Przepadek przedmiotów z § 4 omawianego artykułu, będzie dotyczył wyłącznie przedmiotów – „nośników” treści propagujących ustrój totalitarny z § 1, a więc przypadkowi będzie podlegał sam „mem” – tu trzeba się zastanowić jak tego dokonać. Najwłaściwszym rozwiązaniem byłoby po prostu jego usunięcie.

Z kolei art. 256 § 3 statuuje kontratyp – „mem” nie może być uznany za formę sztuki, nie jest także działalnością artystyczną, więc osoba, która go stworzy, a następnie zapisze na dysku twardym nie spełnia znamion przestępstwa.

Kłamstwo oświęcimskie jest penalizowane w większości krajów europejskich, także w Niemczech. Poza karnistyczno-prawnymi rozważaniami należy zauważyć, że coraz częstsze są także powództwa cywilne o naruszenie dóbr osobistych za użycie sformułowania „polskie obozy śmierci”²¹.

Z kolei większość państw arabskich uważa negacjonizm za swoją oficjalną doktrynę. Tam też siedzibę ma większość organizacji promujących tę fałszywą wersję historii, które w swoich oficjalnych stanowiskach albo negują istnienie zbrodni²² Holocaustu albo uważają, że fakty dotyczące zagłady są zmanipulowane i zawyżone. Również wśród europejskich pseudo-naukowców można spotkać się z takimi stwierdzeniami²³.

W odniesieniu do możliwości wystąpienia zbiegu przepisów w jego właściwej postaci należy zauważyć różne typy mogące powstać w jego wyniku przez opublikowanie „memów”. Najbardziej obrazowym przykładem może być stworzenie „mema” zawierającego treści z art. 256 § 1 k.k. lub/oraz przetrzymywanie go na dysku twardym, a następnie udostępnianie go w sposób publiczny przez Internet. Będziemy mieli wtedy do czynienia z kumulatywnym zbiegiem przepisów, określonym w art. 11 § 2 k. k.

Podobny zbieg nastąpi w przypadku w którym publikacja, poza propagowaniem ustroju totalitarnego, jednocześnie będzie mogła zostać uznana za spełniającą przesłanki z art. 257 k.k.²⁴. Zniwagę na gruncie tego przepisu należy rozumieć w ten sam sposób, co w art. 216 k.k., a zatem zachowanie, które w sposób obiektywny może zostać uznane w kontekście norm społecznych jako obelżywe, zarazem pozostając w ścisłym związku z motywacją dyskryminacyjną²⁵. Tytułem przykładu może być to „mem”, w którym sprawca, poza propagowaniem faszyzmu i prześmiewczym ukazaniem tragedii Holocaustu, posłużył się obraźliwym określeniem wobec osób wyznania żydowskiego.

Osobne rozważania należy poświęcić także możliwości wystąpienia zbiegu przepisów pomiędzy art. 256 § 1 k.k. oraz wspomnianemu na początku rozważań niniejszej publikacji art. 55 ustawy o IPN. Przepis ten konstruuje typ, w którym w skład znamion wchodzi zaprzeczanie wbrew faktom, istnieniu m. in. zbrodni nazistowskich czy komunistycznych dokonanych na osobach narodowości polskiej lub obywatelach polskich innej narodowości. Jakkolwiek kwestia możliwości

21 <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/sad-przeprosiny-za-polskie-obozy-zagłady-wystarcza> [dostęp: 22.02.2018 r.].

22 Sz. Weiss, *Banalizacja zła* (w:) *Wprost*, 5.03.2006, <https://www.wprost.pl/87311/-/>, [dostęp: 22.02.2018 r.].

23 Tak np. uważa David Irving, który za głoszenie tez promujących kłamstwo oświęcimskie został skazany na 3 lata więzienia, za: R. Elkins, *Irving gets three years' jail in Austria for Holocaust denial* [w:] *The Independent*, 21.02.2006, <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/irving-gets-three-years-jail-in-austria-for-holocaust-denial-346727.html> [dostęp: 22.02.2018 r.].

24 Z. Ćwiąkański, *dz. cyt.*, s. 528.

25 Tamże, s. 529.

wystąpienia zbiegu tych przepisów nie jest przedmiotem rozważań doktryny, należy z pewnością stwierdzić, że jest możliwe jego wystąpienie.

Przykładem może być „mem” (jak również jakakolwiek inna forma publikacji), który nie tylko prezentuje ustrój nazistowski w pozytywnym świetle, ale też neguje istnienie zagłady, która z całą pewnością była zbrodnią popełnioną w dużej mierze na m.in. obywatelach polskich narodowości żydowskiej. W takiej sytuacji do czynienia będziemy mieli z właściwym zbiegiem przepisów i na podstawie art. 11 k.k. łączyć się będzie z przyjęciem kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy. Ze względu na to, iż przepis art. 55 ustawy o IPN przewiduje karę surowszą, jaką jest do 3 lat pozbawienia wolności, to właśnie na jego podstawie należy wymierzyć karę. Warto zauważyć, że w przeciwieństwie do zastosowania wyłącznie art. 256 § 1 k.k., w tym wypadku obligatoryjne będzie podanie wyroku do publicznej wiadomości.

Rysunek 2.



Źródło: <https://paczaizm.pl/mein-gott-w-powiecie-oswiecimskim-smog-jak-diabli-czym-oni-tam-pala-w-tych-piecach-adolf-hitler/> [dostęp: 02.07.2018 r.]

Warto dla porządku zaznaczyć, że na moment pisania niniejszej publikacji nie weszła w życie nowelizacja ustawy o IPN uchwalonej w dniu 26 stycznia 2018 r., a podpisanej 6 lutego 2018 r. przez Prezydenta RP, zmieniająca treść art. 55 rzeczony ustawy, jak również nie jest znane stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wobec skierowania do niego tego projektu w trybie kontroli następczej; należy jednak zauważyć możliwość wystąpienia zbiegu art. 256 k.k., art. 55

oraz art. 55a ustawy o IPN, który mówi o rażącym pomniejszaniu odpowiedzialności rzeczywistych sprawców zbrodni nazistowskich²⁶.

3. Zakończenie

Niniejsze rozważania wskazują, że aktualnie obowiązujący kodeks karny nie do końca nadąża za rozwijającą się techniką i wzrostem Internetu na skalę ogólnopolską. Kluczowymi kwestiami wymagającymi jak najszybszego zareagowania ustawodawcy są: znamie publiczności oraz propagowania.

De lege ferenda słusznym postulatem rozwiązania ostatniej z wymienionych kwestii wydaje się dookreślenie niektórych zwrotów, np. propagowania – bezpiecznym rozwiązaniem jest, zaproponowane powyżej, podejście pośrednie.

Także znamie „publicznie” powinno być przystosowane do rozwijającej się techniki - w szczególności mediów społecznościowych. Przez ich sposób funkcjonowania i możliwości które oferują, takich jak np. możliwość „żonglowania” kręgiem adresatów, np. zmieniając grupę w łatwy sposób z zamkniętej na otwartą i vice-versa, wyznaczania zamkniętego, ale kilkudziesięciotysięcznego kręgu adresatów, ustawodawca winien odpowiedzieć na pytanie, czy chce obejmować kryminalizacją również propagowanie na grupach teoretycznie zamkniętych, ale faktycznie liczbą użytkowników przekraczającą liczbę mieszkańców średniego polskiego miasta.

²⁶ Ustawa z dnia 26 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, Dz.U. 2018 poz. 369.

***Zjawisko memów internetowych propagujących kłamstwo oświęcimskie, a
art. 256 k. k.***

Piotr Bernacki, Karolina Palka

O autorze

Karolina Palka - Studentka V roku prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim.

Piotr Bernacki - Student IV roku prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim, licencjat z zakresu nauk o bezpieczeństwie (UJ).

Streszczenie

Artykuł ma na celu analizę zjawiska „memów” internetowych, w sposób prześmiewczy ukazujących m. in. zbrodnię Holocaustu, w kontekście możliwości propagowania przez ich autorów ustroju totalitarnego, a w konsekwencji odpowiedzialności karnej na gruncie obowiązujących przepisów prawa.

Słowa kluczowe

Kłamstwo oświęcimskie, memy internetowe, wolność słowa w sieci, prawo karne a internet.

Propagation of Holocaust Denial through Internet memes in view of Article 256 of Polish Penal Code

Piotr Bernacki, Karolina Palka

Summary

The main point of this publication is to analyse if internet memes that presents crime of Holocaust in irreverent way, that may be perceived as propagation of totalitarian systems, and as consequence - their authors criminal responsibility on basis of polish penal law.

Key words

Kłamstwo oświęcimskie, memy internetowe, wolność słowa w sieci, prawo karne a internet.

Warunek wykonalności zachowania się człowieka stawiany normowanemu przez prawo zachowaniu jako konsekwencja konstytucyjnej zasady proporcjonalności

Łukasz Buczek

Nie ulega najmniejszej wątpliwości w obecnym stanie wiedzy o polskim prawie karnym, że jest ono – jako jedna z gałęzi rodzimego systemu prawnego¹ – normatywnie osadzone wśród regulacji o charakterze konstytucyjnym. Nie jest zbiorem norm o charakterze autarkicznym, a zbiorem, przy ustalaniu treści elementów którego należy baczyc na szczególną moc ustawy zasadniczej². Ta zaś ujawnia się między innymi na etapie wykładni tekstu prawnego na gruncie systemowych dyrektyw percepcyjnej fazy wykładni³, które zobowiązują interpretatora do ustalenia, czy treść wyinterpretowywanej przez niego normy prawnej (np. normy zakazującej określonego zachowania) jest zgodna z normami hierarchicznie wyższymi. Odmowa ich uwzględniania przez podmioty stosujące prawo jest godnym dezaprobaty przejawem zaprzeczenia realizacji zamierzeń prawodawcy. Prowadzi do niezasadnego przełamania właściwej pozytywizmowi prawniczemu oraz idei rządów prawa supremacji normotwórczej przynależnej legislaturze przez judykaturę⁴.

Mając powyższe na względzie, za cel niniejszego opracowania postawiono sobie zarysowanie słuszności twierdzenia, że doktrynalne aprobowanie warunku wykonalności zachowania się człowieka, stawianego normowanemu przez prawo zachowaniu, jest konsekwencją obowiązywania konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Skoro bowiem *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (łac. reguły nie tworzą prawa, lecz się z niego wywodzą), to nie sposób aprobować konsekwencji paremii *ad impossibilia nemo obligatur* (łac. nikt nie jest zobowiązany do rzeczy niemożliwych) – która leży u podstaw warunku będącego tematem niniejszego opracowania – jeśli w systemie prawnym nie można odszukać jej normatywnej podstawy. Zastrzec w tym miejscu należy, iż z uwagi na ograniczone ramy niniejszego opracowania traktować je należy bardziej jako przyczynek do skierowania dyskursu naukowego na tory poruszanej tematyki, aniżeli za kompleksowe opracowanie analizowanego zagadnienia.

¹ Na temat metod wyróżniania gałęzi prawa, a w tym i gałęzi o charakterze kompleksowym zob. S. Wronkowska, *System prawny a porządek prawny i ład społeczny*, [w:] S. Wronkowska, Z. Ziemiński (red.), *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 192-194.

² Jak trafnie przy tym wskazuje K. Szczucki: „Szczególna moc ustawy zasadniczej przejawiająca się w nadrzędności i bezpośredniości stosowania jej przepisów nie oznacza tylko zakazu uchwalania prawa niezgodnego z normami konstytucyjnymi. Wiąże się z nią nadto obowiązek takiego kształtowania rozstrzygnięć normatywnych, które będzie w możliwie najpełniejszym zakresie realizowało treść konstytucji” (K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, s. 17). Zastrzec należy, że niniejsze opracowanie opiera się jednak o nieco inne niż właściwe temu Autorowi rozumieniu wpływu ustawy zasadniczej na treść regulacji prawno-karnych. Słowem, opiera się ono o tzw. derywacyjną koncepcję wykładni prawa (zob. zwłaszcza M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017, *passim*) z wszelkimi jej konsekwencjami dyrektywnymi, a nie o autorstwa K. Szczuckiego tzw. wykładnię prokonstytucyjną dóbr chronionych w prawie karnym.

³ Zob. Tamże, s. 297 i n.

⁴ Por. podobnie zwłaszcza M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 170-173.

W literaturze naukowej stosunkowo sporo miejsca poświęcono warunkowi wykonalności zachowania się człowieka stawianemu normowanemu przez prawo zachowaniu⁵. Oddając jego istotę wspomnieć warto, że za jego uzasadnienie w literaturze teoretycznoprawnej wskazuje się względy natury racjonalnej⁶, nawiązujące do racjonalności ustawodawcy, dążącego przez ustanowienie norm do osiągnięcia pożądanych przez siebie stanów rzeczy⁷. Sens, jak wskazuje T. Kaczmarek „(...) działalności prawotwórczej nie polega jedynie na szufladkowaniu faktów, ale na opracowaniu takich zasad, których wprowadzenie do systemu prawa obowiązującego, stałoby się przyczyną pożądanych skutków dla interesów społecznych⁸. Rozróżnia się przy tym niewykonalność czynu ze względów natury empirycznej (dynamicznej) oraz niewykonalność czynu ze względów natury logicznej (pojęciowej)⁹. Uznaje się przy tym, że niewykonalne w ujęciu obiektywnym¹⁰ zachowanie się człowieka – a więc takie, którego nie potrafił on wykonać w danym czasie – winno być rozpatrywane jako nieskutkujące ponoszeniem za nie odpowiedzialności karnej. Fundamentalnym bowiem podłożem rozpatrywania możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności, zarówno w odniesieniu do zakazanych przez prawo działań jak i zakazanych przez prawo zaniechań działania¹¹, jest ustalenie potrafienia wykonania danego zachowania – nie sposób bowiem przekroczyć normy sankcjonowanej, zakazującej określonego działania albo zaniechania danego działania, zachowaniem niemożliwym do wykonania¹².

⁵ Por. zwłaszcza L. Nowak, *Próba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa*, Poznań 1968, s. 33 i n.; Z. Ziemiński, *Analiza pojęcia czynu*, Warszawa 1972, s. 50 i n.; L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975, s. 77; W. Patryas, *Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*, Poznań 1993, s. 42 i n.; Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w polskim prawie karnym*, Poznań 2007, s. 68 i n. wraz z przytaczanymi w wymienionych pozycjach innymi źródłami.

⁶ Zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, dz.cyt., s. 69. Autor ten przytacza przy tym wypowiedź C. Znamierowskiego o treści następującej: „(...) żaden człowiek nie może stanowić, iż wykona rzecz, o której wie, że jej wykonać nie może (...)” (C. Znamierowski, *Z rozmyślań teoretyki prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, z. 2, Poznań 1929 s. 179).

⁷ Zob. zwłaszcza przytaczaną przez Ł. Pohla (Ł. Pohl, *Struktura...*, dz.cyt., s. 69-70) wypowiedź Z. Ziemińskiego: „(...) racjonalnie działający normodawca ustanawia normę nakazującą jej adresatowi zrealizowanie czy niezrealizowanie określonego stanu rzeczy dlatego, iż chce, aby przez odpowiednie zachowanie danej jednostki powstał taki, a nie inny stan rzeczy. Jeśliby wiedział, że zrealizowanie danego stanu rzeczy jest w taki czy innym sensie >>niemożliwe<<, to działałby nieracjonalnie, ustanawiając normę (...)” (Z. Ziemiński, *Analiza...*, dz.cyt., s. 50-51). Zob. podobnie K. Opalek, *Prawo podmiotowe. Studium z teorii prawa*, Warszawa 1957, s. 349, wskazujący, że w normach prawnych zawarta jest dążność „(...) do nadania pewnym określonym zjawiskom i stosunkom w społeczeństwie sprecyzowanego kierunku i przebiegu przez wskazanie osobom, do których zwracają się normy, jakiegoś sposobu zachowania się, aprobowanego przez czynniki formułujące te normy”.

⁸ T. Kaczmarek, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu i jego bezprawność jako dwie cechy przestępstwa*, Wrocław 1966, s. 49.

⁹ Zob. zwłaszcza Ł. Pohl, *Struktura...*, dz.cyt., s. 70 i n.

¹⁰ Zaakcentowana obiektywność bazuje na ustaleniu, że dany podmiot miał wszelkie ku temu względy natury pozaintelektualnej oraz pozawolincjonalnej, aby wykonać dane zachowanie. Por. W. Patryas, *Zaniechanie...*, dz.cyt., s. 41; Ł. Pohl, *Struktura...*, dz.cyt., s. 73 i n.; Tenże, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 95. Nieco odmiennie zob. jednak m.in. K. Paprzycka, która wskazuje, że dany podmiot potrafił wykonać dany czyn jedynie wówczas, gdy miał ku temu stosowne zdolności natury intelektualnej, tzw. wiedzę praktyczną („wiedzę, jak”) (por. K. Paprzycka, *Uwagi o W. Patryasa koncepcji zaniechania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, z. 3, Poznań 1995, s. 145), wraz z jego zasadną, krytyką – W. Patryas, *Odpowiedź na „Uwagi o W. Patryasa koncepcji zaniechania”*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, z. 1, Poznań 1996, s. 137 i n.; Ł. Pohl, *Struktura...*, dz.cyt., s. 73 i n.

¹¹ Por. L. Kubicki, *Przestępstwo...*, dz.cyt., s. 77.

¹² Por. zwłaszcza Ł. Pohl, *Struktura...*, dz.cyt., s. 77 i n.

Pozostając przy takim scharakteryzowaniu analizowanego warunku, bez zagłębiania się w szersze rozważania z uwagi na ograniczone ramy opracowania, wypada podkreślić dość istotną kwestię. Przydawanie mu rudymen tarnej dla możliwości pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej roli zdaje się, że nie powinno opierać się li tylko o względy natury racjonalnej. Choć już w pierwszym odczuciu interpretacyjnym podmiot stosujący prawo wie, że pewne sytuacje nie powinny rodzić odpowiedzialności karnej – gdyż zachowania, będącego przedmiotem zainteresowania normy sankcjonowanej rozważanej do przypisania jako przekroczonej, dany człowiek nie potrafił w danym czasie wykonać – należałoby wskazać stosowną podstawę o charakterze prawnym, a nie doktrynalnym, uwolnienia go od odpowiedzialności karnej.

Taką podstawą w krajowym systemie prawnym jawi się zawartość normatywna art. 31 ust. 3 Konstytucji RP¹³.

W przepisie tym zawarta została tzw. ogólna klauzula ograniczająca, określająca w sposób generalny przesłanki dopuszczalności ograniczania konstytucyjnych praw i wolności jednostki¹⁴. Jest ona adresowana do wszystkich trzech władz – ustawodawczej, wykonawczej i sędziowskiej. W przypadku tej ostatniej, szczególnie nas interesującej wskazuje się, że sądy „(...) orzekając w sprawach indywidualnych muszą mieć stale baczenie na to, by ani same nie dokonywać, ani też nie dozwalać na taką ingerencję w konstytucyjne prawa i wolności jednostek, które nie spełniałyby wymogów przewidzianych w art. 31 ust. 3. Sądy powinny zatem przestrzegać wymogów z komentowanego przepisu zarówno wówczas gdy wykonują ustawową kompetencję do samodzielnego ingerowania w określone stosunki prawne związane z prawami i wolnościami jednostek (...), jak też gdy są ustawowo powołane do orzekania o legalności ograniczeń praw i wolności jednostek ustanowionych przez inne władze”¹⁵. Opierając się przede wszystkim na wyrażonym w wymienionym przepisie prawnym wymogu szeroko pojmowanej „konieczności” wprowadzanych ograniczeń, w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego¹⁶ oraz w doktrynie¹⁷

¹³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483, ze zm.). Przepis ten stanowi, że: „Ograniczenia 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”.

¹⁴ Por. choćby L. Bosek, M. Szydło, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, Warszawa 2016, Legalis, teza 56 i n. do art. 31.

¹⁵ Tamże, teza 64 do art. 31. Zetknąć można się jednak z poglądem, w świetle którego adresatem regulacji zawartej w art. 31 ust. 3 jest li tylko ustawodawca – reprezentatywnie dla tego stanowiska zob. M.J. Lubelski, *Kwestia odwołań do konstytucyjnej zasady proporcjonalności przy stanowieniu i wykładni norm prawa karnego*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa 2012, s. 183.

¹⁶ Zob. m.in. wyrok TK z 1 czerwca 1999 r., SK 20/98, Legalis nr 43541; wyrok TK z 9 października 2001 r., SK 8/00, Legalis nr 50911; wyrok TK z 8 lipca 2003 r., P 10/02, Legalis nr 57525; wyrok TK z 22 listopada 2004 r., SK 64/03, Legalis nr 65778; wyrok TK z 29 czerwca 2005 r., SK 34/04, Legalis nr 69110; wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., K 32/04, Legalis nr 71527; wyrok TK z 11 października 2006 r., P 3/06, Legalis nr 77036; wyrok TK z 10 lipca 2007 r., SK 50/06, Legalis nr 83418; wyrok TK z 5 lutego 2008 r., K 34/06, Legalis nr 92688.

podnosi się potrzebę uwzględniania przy ograniczaniu praw lub wolności jednostki odpowiedniego wyważenia wagi interesu publicznego, któremu to ograniczenie ma służyć oraz wagi interesów przez nie naruszonych. Wymieniona szeroko pojmowana „konieczność” jest zaś synonimem „proporcjonalności”¹⁸, która w ujęciu normatywnym postrzegana jest jako norma-zasada, a więc norma prawna o szczególnej doniosłości¹⁹.

Tak szeroko pojmowana konieczność (synonimicznie określana jako zasada proporcjonalności) zobowiązuje do ustalenia – jak wiadomo – czy dana regulacja spełniać może trzy wymogi: 1) przydatności (czy jest ona w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków), 2) konieczności (czy jest ona niezbędna dla ochrony interesu publicznego, któremu ograniczenie interesów jednostki ma służyć) i 3) proporcjonalności *sensu stricto* (czy waga interesów, którym ma służyć, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone)²⁰. Ustalenie wskazanych okoliczności zwane jest w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przeprowadzaniem testu proporcjonalności i ma celu ustalenie, czy dana regulacja spełnia wymóg szeroko pojmowanej konieczności w systemie prawnym. Istotne jest przy tym to, czy wszystkie powyższe wymogi zostały spełnione łącznie. Ustalenie już choćby tego, że dana regulacja jest nieprzydatna, bo nie jest w stanie doprowadzić do zakładanych skutków, choćby była i regulacją konieczną i przy tym proporcjonalną *sensu stricto*, prowadzi do konstatacji, że nie jest to regulacja dochowująca wymogowi szeroko pojmowanej konieczności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP²¹.

Już na gruncie wymogu przydatności²² ujawnia się normatywna podstawa warunku wykonalności zachowania się człowieka stawianego normowanemu przez prawo zachowaniu. Nie ulega jednak wątpliwości, że katalog typów czynów prawnokarnie zabronionych zawiera zachowania przez ustawodawcę zakazane. Z mocy obowiązujących przepisów zachowania te zostają wyłączone z katalogu zachowań dozwolonych w systemie prawnym oraz zagrożone

¹⁷ Zob. choćby K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, z. 2, Kraków 1999, s. 33-34; A. Łabno, *Istota zasady proporcjonalności*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, Warszawa 2010, s. 22 i n.; L. Bosek, M. Szydło, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja...*, dz.cyt., teza 109 i n. do art. 31.

¹⁸ Zob. zwłaszcza wyrok TK z 22 września 2005 r., Kp 1/05, Legalis nr 70208; wyrok TK z 22 września 2009 r., P 46/07, Legalis nr 169902.

¹⁹ O normach-zasadach w ujęciu teoretycznoprawnie skondensowanym zob. M. Zieliński, *Wykładnia...*, dz.cyt., s. 34 i n., O. Bogucki, M. Zieliński, *Zasady prawa z perspektywy ogólnej teorii prawa*, [w:] P. Wiliński (red.), *System Prawa Karnego Procesowego. Tom III cz. 1. Zasady Procesu Karnego*, Warszawa 2014, s. 43 i n., a zaś w ujęciu konstytucyjnym zob. J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Szczecin 2009, s. 216 i n.

²⁰ Por. choćby wyrok TK z 11 kwietnia 2000 r., K 15/98, Legalis nr 47025; wyrok TK z 29 czerwca 2001 r., K 23/00, Legalis nr 50572; wyrok TK z 11 kwietnia 2006 r., SK 57/04, Legalis nr 73540; wyrok TK z 26 marca 2007 r., K 29/06; wyrok TK z 23 kwietnia 2008 r., SK 16/07; wyrok TK z 29 września 2008 r., SK 52/05, Legalis nr 106639; wyrok TK z 20 kwietnia 2017 r., SK 3/16, Legalis nr 1581135; wyrok TK z 12 grudnia 2017 r., Legalis nr 1695383; wyrok TK z 16 marca 2017 r., Kp 1/17, Legalis nr 1575565.

²¹ Por. wyrok TK z 14 grudnia 2017 r., K 17/14, Legalis nr 1695681.

²² Szerzej o nim zob. choćby L. Bosek, M. Szydło, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja...*, dz.cyt., teza 112 i n. do art. 31.

poniesieniem odpowiedzialności karnej w przypadku ich powzięcia. Ograniczenie możliwości przedsięwzięcia określonego zachowania nie jest niczym innym jak ograniczeniem wolności zachowywania się w określony sposób. Ma ono na celu ochronę istotnie ważkich – w ocenie ustawodawcy – dóbr prawnych, uzasadniających kryminalizację godzącego w nie zachowania. Leży zatem w zakresie zainteresowania regulacji normatywnej z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a w tym wymogu przydatności. Nie jest zaś przydatnym ustanawianie takich prawnokarnych zakazów obchodzenia się z dobrem prawnym, które nie byłyby w stanie uchronić go przed niepożądanym działaniem albo zaniechaniem określonego działania. Bez cienia wątpliwości uznać zaś wypada, że nie są w stanie uchronić danego dobra prawnego przed jego narażeniem na niebezpieczeństwo, czy naruszeniem takie zakazy, które dotyczą zachowań obiektywnie niewykonalnych. Ani nie są one w stanie sprzyjać jego ochronie, ani tej ochrony ułatwić. Wprowadzenie zakazu niewykonalnego zachowania nie może spełnić funkcji sugestywnej, gdyż w żadnym razie nie wpłynie na adresata tego uregulowania i w konsekwencji nie doprowadzi do pożądanego przez ustawodawcę stanu rzeczy. Działanie ustawodawcy, zmierzające w kierunku wprowadzenia do systemu prawnego norm, które dla ich adresatów jawią się jako awykonalne, z góry ocenić należy za skazane niepowodzenie.

Tytułem przykładu nakreślić można, że nie jest w stanie wpłynąć na zobowiązanego do świadczeń alimentacyjnych taki prawnokarny obowiązek, który zakazywałby mu pod groźbą kary nieuiszczenia należności alimentacyjnych na rzecz osoby uprawnionej w czasie, w którym obiektywnie nie jest on w stanie tych należności uiścić. Nie każde zatem nieuiszczenie świadczenia alimentacyjnego jest przedmiotem zainteresowania prawa karnego²³; jest nim bowiem jedynie takie nieuiszczenie świadczenia alimentacyjnego, które miało miejsce w czasie, gdy podmiot zobowiązany do jego uiszczenia miał obiektywną możliwość jego uiszczenia²⁴. Dość wyraźnie – w mojej ocenie – dostrzec zatem można, że zasada proporcjonalności ma wpływ już na etapie ustalania treści norm prawnych wyłączających określone zachowania z katalogu zachowań prawnokarnie dozwolonych, co jest istotne z punktu widzenia dogmatyki prawa karnego, akcentującej znaczenie wymienionej zasady z jednej strony na etapie tu pomijanego sędziowskiego wymiaru kary²⁵, a z drugiej na etapie forsowanej wykładni norm prawnokarnych²⁶. Wykładnia

²³ Gdzie przez prawo karne mam tu na myśli w szczególności jako zawartość normatywną art. 209 § 1 k.k., który stanowi: „Kto uchyla się od wykonania obowiązku alimentacyjnego określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem albo innym organem albo inną umową, jeżeli łączna wysokość powstałych wskutek tego zaległości stanowi równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo jeżeli opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosi co najmniej 3 miesiące, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”.

²⁴ Por. akcentujące warunek wykonalności w aspekcie przestępstwa niealimentacji postanowienie SN z dnia 7 listopada 2017 r., II KK 211/17, Legalis 1706407, wraz z przytaczaną nim szerzej linią orzecznictwa.

²⁵ O takim znaczeniu wskazanej zasady zob. choćby M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005, s. 120 i n.

²⁶ Zob. szerzej M. Królikowski, *Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zasada...*, dz.cyt., s. 39 i n.

tekstu ustawy karnej, uwzględniająca znaczenie normatywne warunku wykonalności zachowania się człowieka, jaki stawiany jest normowanemu przez prawo zachowaniu, polegać w konsekwencji winna na takim wyinterpretowywaniu norm sankcjonowanych, które zawężane są w swej warstwie treściowej o sytuacje, w których nie sposób od adresata danej normy wymagać określonego przez prawo zachowania (zawężenie hipotezy wyinterpretowywanej normy sankcjonowanej) lub o takie zachowania w określonych przez ustawodawcę okolicznościach, które są niemożliwe do wykonania (zawężenie dyspozycji wyinterpretowywanej normy sankcjonowanej). Zatem to tylko taka treściowo norma sankcjonowana będzie możliwa do zaakceptowania, której przedmiotem zainteresowania uczynione zostanie zachowanie możliwe do wykonania w niej wskazanych okolicznościach sytuacyjnych. Każdy inny sposób jej pojmowania uznany zaś musi zostać za niespełniający standardu konstytucyjności określonego w art. 31 ust. 1 Konstytucji RP.

Tytułem podsumowania niniejszego opracowania wypada wskazać, iż warunek wykonalności zachowania się człowieka stawiany normowanemu przez prawo zachowaniu jawi się jako konsekwencja zasady proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zasada ta stawia bowiem regulacji ograniczającej wolność lub prawa jednostki wymóg, aby była to regulacja przydatna w systemie prawnym, a więc taka, która jest w stanie doprowadzić do preferowanych przez ustawodawcę skutków społecznych, a w tym zabezpieczeniu istotnego dla ustawodawcy dobra prawnego przed jego naruszeniem lub narażeniem na niebezpieczeństwo. Zasada ta, jako norma prawna o szczególnej doniosłości, powinna być uwzględniana w trakcie procesu interpretacji tekstu prawnego, czego dostrzegalnym rezultatem winno być ustalanie treści norm sankcjonowanych, które nie zabraniają niewykonalnego w danych okolicznościach zachowania i w konsekwencji niepociąganie do odpowiedzialności karnej za zachowania powzięte w sytuacjach, w których dany podmiot nie mógł zachować się w określony – zasadniczo przez ustawodawcę zabroniony – sposób.

Warunek wykonalności zachowania się człowieka stawiany normowanemu przez prawo zachowaniu jako konsekwencja konstytucyjnej zasady proporcjonalności

Buczek Łukasz

O autorze

Łukasz Buczek jest asystentem w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego oraz aplikantem aplikacji prokuratorskiej w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury.

Zainteresowania naukowe: prawo i postępowanie karne

Streszczenie

Celem niniejszego opracowania uczynione zostało wykazanie, że doktrynalne aprobowanie warunku wykonalności zachowania się człowieka, stawianego normowanemu przez prawo zachowaniu, jest nieuświadomianą sobie przez doktrynę konsekwencją obowiązywania konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Skoro bowiem *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (łac. reguły nie tworzą prawa, lecz się z niego wywodzą), to nie sposób aprobować konsekwencji paremii *ad impossibilia nemo obligatur* (łac. nikt nie jest zobowiązany do rzeczy niemożliwych) – która leży u podstaw warunku będącego tematem niniejszego opracowania – jeśli w systemie prawnym nie można odszukać jej normatywnej podstawy.

Słowa kluczowe

zasada proporcjonalności, warunek wykonalności zachowania się człowieka

The condition of the feasibility of human behavior, imposed on law-regulated behavior, as a consequence of the constitutional principle of proportionality

Buczek Łukasz

Summary

The aim of this study was to demonstrate that the doctrinal approval of the condition of the feasibility of human behavior, set by the behavior prescribed by law is, unaware of the doctrine, consequence of the constitutional principle of proportionality. Since non-regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat (Latin: rules do not form law, but derive from it), then it is impossible to approve the consequences of paremii ad impossibilia nemo obligatur (Latin: no one is obliged to do anything impossible) – which underlies the condition that is the subject of this study – if the legal system cannot find its normative basis.

Key words

the principle of proportionality, the condition of the feasibility of human behaviour

Tak zwane kontratypy pozaustawowe a zasada określoności w prawie karnym

Michał Grudecki

Kontratypy, będące okolicznością usprawiedliwiającą zachowania przekraczające normę sankcjonowaną, dzięki którym czyn realizujący formalnie znamiona typu przestępnego jest wtórnie legalny, podobnie jak typy cechują się określonością¹. W ich przypadku określoność ta jest opisem zezwolenia na poświęcenie dobra posiadającego wartość społeczną w konkretnym wypadku kolizji co najmniej dwóch takich dóbr². Problem rodzi ustalenie źródła tej określoności – czy musi nim być wyłącznie ustawa, czy może także je stanowić doktryna lub orzecznictwo sądowe?

W piśmiennictwie i orzecznictwie wyróżnia się bowiem tak zwane kontratypy pozaustawowe, których znamiona nie są scharakteryzowane w akcie prawnym³. Przedstawiciele doktryny przyjmują w większości, że z powodu działania na korzyść osób znajdujących się w sytuacji kontratypowej (podmiotów godzących w cudze dobra prawne lub im zagrażających), okoliczności wyłączające bezprawność nie muszą być objęte gwarancjami wynikającymi z zasady *nullum crimen sine lege*⁴. W oparciu o ten właśnie pogląd uzasadnia się możliwość kreowania tak zwanych kontratypów pozaustawowych⁵. Poruszona kwestia nie jest jednak taka oczywista i budzić może wiele wątpliwości⁶. Podstawowym zarzutem, który można postawić tak zwanym kontratypom pozaustawowym jest fakt, że nie mając podstawy w przepisach prawa karnego, wyłączają one lub ograniczają prawnokarną ochronę oraz tym samym usprawiedliwiają naruszenia często istotnych dóbr prawnych⁷. Czy brak egzemplifikacji owych "kontratypów" w ustawie powoduje, że godzą

¹ Posiadają swój zestaw znamion.

² A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 124. Autor nazywa krąg znamion kontratypu, tworzony przez okoliczności usprawiedliwiające, określonością zezwolenia. Oczywiście zgodnie z przyjętymi zasadami kontratypizacji, poświęcenie jednego dobra w wyniku owej kolizji musi być społecznie opłacalne.

³ Przykładowo chociażby J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 313. Zob. także podział M. Cieślaka na kontratypy skodyfikowane i nieskodyfikowane – tenże, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 217-218. Autor wyróżnia te, które zostały skodyfikowane (wyrażone w przepisach prawa) oraz nieskodyfikowane (wynikające ze zwyczaju lub sformułowane przez przedstawicieli doktryny i zaaprobowane w orzecznictwie).

⁴ Z. Jędrzejewski, *Kontratypy a zasada nullum crimen sine lege* [w:] L. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2016, s. 150 i tamtejsze odesłania. W starszej literaturze twierdzi tak W. Wolter: "Zasada *nullum crimen sine lege* nie posiada jednak odpowiednika na terenie kontratypów i posiadać go nie może." – tenże, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 134. We współczesnym piśmiennictwie pogląd niniejszy podziela m.in. M. Mozgawa: "Należy mieć na uwadze to, że zakres typów przestępstw jest zamknięty (z uwagi na zasadę *nullum crimen sine lege*), zaś zakres kontratypów pozostaje otwarty (z uwagi na materialne określenie przestępstwa)". – tenże, *Okoliczności wyłączające bezprawność*, [w:] tenże (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2016, s. 257.

⁵ Z. Jędrzejewski, *Kontratypy...*, s. 150. I nie tylko. Cytowany autor słusznie zauważa, że pogląd ten usprawiedliwiać może ponadto stosowanie analogii rozszerzającej granice kontratypu oraz działanie kontratypu z mocą wsteczną.

⁶ Tamże, s. 150.

⁷ Z. Jędrzejewski, *Kontratypy...*, s. 150.. W najnowszej literaturze M. Królikowski i R. Zawłocki wprost nie stawiają tego zarzutu, aczkolwiek uważają, że "[...] okoliczności wyłączające bezprawność czynu muszą mieć podstawę normatywną, co do zasady ustawową lub wynikającą z innego obowiązującego powszechnie źródła prawa". – ciż, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 249. Cytowani autorzy dopuszczają jednak wyjątek w postaci zwyczaju, który ich

one tym samym w zasadę *nullum crimen sine lege scripta*, szczegółową regułę wynikającą z zasady określoności, która nakazuje, aby prawo karne było "[...] prawem pisanym i zawartym w ustawie"?⁸ Celem niniejszego artykułu jest próba dokonania oceny słuszności owego zarzutu. Nie będzie to możliwe bez wcześniejszego omówienia zasady określoności (zwłaszcza szczegółowej reguły *nullum crimen sine lege scripta*).

1. Istota zasady określoności (*nullum crimen sine lege*) oraz katalog źródeł prawa karnego

Zasada określoności, którą inaczej można nazwać zasadą wyłączności ustawy⁹, jest jedną z fundamentalnych zasad prawa karnego¹⁰. Niektórzy autorzy upatrują jej genezę w czasach bardzo odległych, sięgając do prawa rzymskiego, angielskiej *Magna Charta Libertatum* z 1215 r. czy na ziemiach polskich do przywileju Władysława Jagiełły *neminem captivabimus nisi iure victum* z 1433 r.¹¹ Poglądy te są krytykowane, gdyż zasadniczo dopiero od epoki oświecenia nastąpił czas kodyfikacji prawa, jak również powstały koncepcje polityczne, które legły u podstaw konstruowania omawianej zasady¹². Podstawową myślą filozoficzno-polityczną, która wpłynęła na ukonstytuowanie się zasady *nullum crimen sine lege* była idea umowy społecznej¹³. Zgodnie z tą

zdaniem może znosić negatywną ocenę społeczną danego postępowania. Nie tłumaczą jednak, na czym wpływ ten polega i gdzie należy go pomieścić w strukturze przestępstwa (wydaje się, że w karygodności). H. Rajzman zauważa zaś, że "tylko ustawa poręcza bezpieczeństwo prawne, zapewnia równość wobec prawa, ochrania wolność. Ona może ustanawiać zarówno «typy» przestępstwa, jak i «kontratypy»". - tenże, *Analogia in bonam partem i zasada legalizmu w prawie karnym*, "Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska", vol. XIII, Lublin 1966, s. 47. Zdecydowanie przeciwko pozaustawowym kontratypom jako naruszającym zasadę określoności opowiada się także O. Sitarz, *Okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną. Brak bezprawności*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2016, s. 172.

⁸ Tak definiuje w skrócie ową zasadę L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 14.

⁹ Tak nazywa ją A. Barczak-Oplustil, *Obowiązywanie zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, "Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych", z. 3, Kraków 2013, s. 5.

¹⁰ Tak R. Dębski, *Zasada nullum crimen sine lege i postulat wyłączności ustawy*, "Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica", nr 50, Łódź 1992, s. 99. To stwierdzenie stanowi truizm, aczkolwiek dobrze oddaje istotę przedstawianego w podrozdziale 2.4. problemu i ukazuje wagę zarzutów stawianych "kontratypom pozaustawowym". Z. Pinkalski nadaje jej jeszcze większe znaczenie, ponieważ traktuje ją jako posiadającą "[...] najwyższą rangę w polskim systemie prawa karnego". - tenże, *Konstytucyjność terminu "utwór" w świetle przepisów karnych w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, "Prace z Prawa Własności Intelktualnej", nr 2, Warszawa 2012, s. 17.

¹¹ T. Bojarski, *Typizacja przestępstw i zasada nullum crimen sine lege (wybrane zagadnienia)*, "Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska", vol. XXIV, Lublin 1977, s. 147; R. Dębski, *Zasada...*, s. 101.

¹² Patrz T. Bojarski, *Typizacja...*, s. 147-148; R. Dębski, *Zasada...*, s. 101-102. R. Dębski zwraca jednak uwagę, że źródeł zasady *nullum crimen sine lege* można także dopatrywać w doktrynie absolutyzmu oświeconego. Cytowany autor pisze, że w celu umożliwienia sprawnego kierowania państwem, "[...] nadmierna swoboda sędziowska (dowolność rozstrzygnięć) powinna być zredukowana przez jasne i – na ile to możliwe – precyzyjne ustawy wskazujące na wolę suwerena. [...] Zgodnie z tym stanowiskiem genezy interesującej nas zasady należałoby upatrywać nie tyle w idei zagwarantowania sfery wolności obywateli przez samowolą sędziowską, ile raczej w chęci zapewnienia postulatu państwa wobec władzy i możliwości sprawnego kierowania państwem (za pomocą ustaw)". - tenże, *Zasada...*, s. 102. R. Dębski nie aprobuje tej ciekawej tezy, gdyż następnie stwierdza, że korzenie zasady określoności znajdują się w nurtach myśli politycznej oświecenia. Wydaje się jednak słusznym uznać przedstawione przez niego argumenty za przekonujące i postawić tezę, iż rzeczywiście zasada *nullum crimen sine lege* ma częściowo swoje źródło w absolutyzmie oświeconym. Owe argumenty wskazują ponadto na jedną z jej funkcji, która ma znaczenie także w czasach współczesnych – spisane, jasne i zrozumiałe prawo karne ułatwia sprawne rządzenie państwem, gdyż zapewnia w nim należyłą ochronę dóbr prawnych.

¹³ T. Bojarski, *Typizacja...*, s. 148; R. Dębski, *Zasada...*, s. 103.

ideą "[...] ustawa będąca odzwierciedleniem rozsądku zbiorowego wyłączać winna samowolę państwa w zakresie karania jako sprzeczną z tym rozsądkiem, naruszającą przysługujące każdemu naturalne i nienaruszalne prawo do wolności"¹⁴. Sama zasada pierwszy raz została pośrednio sformułowana przez A. Feuerbacha w 1801 r., choć jej wyraz można znaleźć już wcześniej – w konstytucjach północnoamerykańskich z końca XVIII w., austriackiej ustawie karnej (*Constitutio Criminalis Josephina* z 1787 r.), francuskim Code Pénal z 1810 r., jak również w Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r.¹⁵ Od tamtego czasu zasada określoności stopniowo została przyjmowana początkowo przez kraje europejskie i amerykańskie, a z początkiem XX wieku stała się powszechnie obowiązującą niemal na całym świecie¹⁶. Obecnie wyrażona w wielu normach różnych aktów prawa międzynarodowego, stanowiących część polskiego porządku prawnego, konstytuuje jedno z praw człowieka¹⁷.

W naszym prawie krajowym zasada *nullum crimen sine lege* wyrażona została w przepisach art. 42 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 1 § 1 i art. 4 § 1 k.k.¹⁸ Zanim Konstytucja z 1997 r. wyraziła ją wprost w normie art. 42 ust. 1, była wyprowadzana przez Trybunał Konstytucyjny z zasady demokratycznego państwa prawnego¹⁹. Oznacza to, że jest ona jej nieodłącznym elementem, a dokładniej rzecz ujmując – składnikiem zasady zaufania obywatela do państwa i tworzonych przez nią praw²⁰. Jak zauważa G. Koksanowicz, z zasady zaufania obywatela do państwa wypływa możliwość żądania, aby prawo było pewne, czyli umożliwiające jednostce podjęcie postępowania "[...] na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania

¹⁴ R. Dębski, *Zasada...*, s. 102.

¹⁵ T. Bojarski, *Typizacja...*, s. 148-149; R. Dębski, *Zasada...*, s. 102-103. A. Feuerbach uzasadnia jej istnienie faktem, że kara stanowi konsekwencję ustawy wydanej w celu zapewnienia porządku w państwie. Wymierzenie kary poprzedzone musi być wydaniem ustawy. Zaś przesłanką wymierzenia kary jest, zdaniem Feuerbacha, istnienie zagrożonego działania (każdy czyn zabroniony musi być związany z ustawowo określoną karą). Oznacza to, jak tłumaczy T. Bojarski, "[...] że punkt wyjściowy tego rozumowania stanowi koncepcja przymusu psychologicznego, wiążąca z ustawowym zagrożeniem karą nadzieję na jej odstraszające oddziaływanie. Dlatego kary muszą być określone w ustawie, a w związku z tym niezbędne jest także określenie zabronionych działań". - tenże, *Typizacja...*, s. 149. Zgodnie z poglądem Feuerbacha, to zasada *nulla poena sine lege* jest źródłem zasady *nullum crimen sine lege*, a nie odwrotnie. R. Dębski wskazuje, że to dopiero od Feuerbacha wymóg określoności czynu przekształcił się z zagadnienia polityczno-ustrojowego, dotyczącego ograniczenia swobody w karania jednostek przez państwo, w fundamentalną zasadę prawa karnego. - tenże, *Pozastawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 18.

¹⁶ A. Grześkowiak, *Nullum crimen, nulla poena sine lege anteriori*, [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991, s. 505-506.

¹⁷ Art. 11 ust. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela, rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A (III) przyjęta i proklamowana w dniu 10 grudnia 1948 r.; art. 15 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. 1977, nr 38, poz. 167; art. 7 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2, Dz. U. 1993 nr 61, poz. 284; art. 22 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, Dz. U. 2003, nr 78, poz. 708; art. 49 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz. U. UE 2012/C 326/02.

¹⁸ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, tj. Dz. U. 2016, poz. 2204 ze zm.

¹⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] T. Bojarski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego*, Warszawa 2011, s. 254.

²⁰ Jednoznaczności, bezpieczeństwa i pewności prawa. - patrz też J. Marcinkowska, *Pojęcie utworu w świetle konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa*, [w:] P. Kostański i in. (red.), *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Treple*, Warszawa 2017, s. 294.

organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą"²¹. Rozstrzygnięcia organów stosujących prawo muszą być w związku z tym maksymalnie przewidywalne²². Dlatego można też stwierdzić, że omawiana zasada jest również "[...] wyrazem poszanowania godności ludzkiej przez władze publiczne"²³.

Choć Konstytucja z 1952 r.²⁴ w przeciwieństwie do Konstytucji z 1921 r.²⁵ i Konstytucji z 1935 r.²⁶ nie artykułowała zasady określoności bezpośrednio, to była ona pomieszczona w art. 1 kodeksu karnego z 1969 r.²⁷ (tak samo w kodeksie z 1932 r.²⁸). Wyeksponowanie omawianej zasady w ustawie zasadniczej jest jednak konieczne, gdyż dzięki temu tworzy się wzorzec do badania zgodności z nią aktów prawnych przez Trybunał Konstytucyjny²⁹.

Zasada określoności posiada dwóch adresatów – ustawodawcę oraz interpretatora, a ściślej mówiąc – stosującego przepisy prawa. Składa się ona bowiem z czterech podzasad: *nullum crimen sine lege scripta*, *nullum crimen sine lege certa*, *nullum crimen sine poenali anteriori*, *nullum crimen sine lege stricta*. Trzy pierwsze zasadniczo dedykowane są prawodawcy, a ostatnia stosującemu prawo³⁰. Z tych podzasad wypływa gwarancja dla człowieka, pozwalająca mu, jak trafnie zauważa A. Grześkowiak, "[...] bez obawy narażenia się na odpowiedzialność karną [...] czynić wszystko, co nie jest sprzeczne z normami prawa karnego, co nie jest zakazane w momencie

²¹ G. Koksanowicz, *Zasada określoności przepisów w procesie stanowienia prawa*, "Studia Iuridica Lublinensia" 2014, 22, s. 472.

²² Tamże, s. 473. Tym samym przewidywalne i obliczalne powinny stać się skutki prawne własnych zachowań obywateli. - R. Dębski, *Pozaustawowe...*, s. 26.

²³ L. Bosek, *Prawo podstawowe do godności ludzkiej w Konstytucji RP*, [w:] P. Kardas i in. (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom I*, Warszawa 2012, s. 85.

²⁴ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy 22 lipca 1952 r., Dz. U. nr 33, poz. 232.

²⁵ Art. 98 ustawy z 17 marca 1921 r. - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. nr 44, poz. 267: „Nikt nie może być pozbawiony sądu, któremu z prawa podlega. Sądy wyjątkowe są dopuszczalne tylko w wypadkach, oznaczonych ustawami, wydanymi przed popełnieniem czynu karygodnego. Ściganie obywatela i wymierzenie mu kary jest dopuszczalne tylko na zasadzie obowiązującej ustawy. Kary, połączone z udręczeniami fizycznymi, są niedozwolone i nikt takim karom podlegać nie może. Żadna ustawa nie może zamykać obywatelowi drogi sądowej, dla dochodzenia krzywdy i straty”.

²⁶ Art. 68 ust. 4 Ustawy Konstytucyjnej z 23 kwietnia 1935 r., Dz. U. nr 30, poz. 277: „Nikt nie może być pozbawiony sądu, któremu z prawa podlega, ani karany za czyn, niezabroniony przez prawo przed jego popełnieniem, ani też zatrzymany bez nakazu sądu dłużej niż czterdzieści osiem godzin”. R. Dębski zwraca uwagę na niefortunny zwrot "przez prawo" zamiast "przez ustawę". - tenże, *Pozaustawowe...*, s. 12.

²⁷ Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. - Kodeks karny, Dz. U. nr 13, poz. 94.

²⁸ Rozporządzenie Prezydenta RP z 11 lipca 1932 r., Dz. U. nr 60, poz. 571.

²⁹ A. Zoll, *Konstytucyjne...*, s. 255. Umieszczenie zasady *nullum crimen sine lege* w akcie prawnym, znajdującym się najwyżej w hierarchii, przydaje jej, jak zauważył W. Wolter, rangę przepisu podstawowego. - tenże, *Problemy prawa karnego w ramach Konstytucji kwietniowej*, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny", z. 1, Poznań 1937, s. 52.

³⁰ Pierwsze trzy podzasady nie są jednak dedykowane wyłącznie ustawodawcy, co na przykładzie podzasady *nullum crimen sine lege scripta* będzie podlegało udowodnieniu. Zdaniem R. Dębskiego pomieszczenie zasady określoności w Konstytucji świadczy o jej adresowaniu do ustawodawcy, by odpowiednio określał znamiona typu czynu zabronionego i nie korzystał z retroakcji, zaś *nullum crimen sine lege* z art. 1 k.k. skierowana jest do sądu, aby ten nie pociągał od odpowiedzialności bez podstawy ustawowej i nie stosował analogii na niekorzyść sprawcy. - tenże, *Pozaustawowe...*, s. 13. Autor wskazuje, że w nauce niemieckiej postulat *nullum crimen sine lege stricta* i *nullum crimen sine lege scripta* kierowane są do sędziego, zaś *nullum crimen sine lege praevia* oraz *nullum crimen sine lege certa* do ustawodawcy, zaś w piśmiennictwie polskim podkreśla się, że adresowanie do ustawodawcy nakaz maksymalnej określoności typów przestępstw wraz z typizacją wyłącznie w drodze ustawy. - tenże, *Pozaustawowe...*, s. 20.

[...] zachowania"³¹. Każdy człowiek, podejmując określone zachowanie, chce poznać jego skutki, w tym wynikające z postanowień prawa³². Zasada określoności jest więc wyrazem funkcji gwarancyjnej prawa karnego, będąc jak zauważa A. Zoll, "[...] wielką kartą wolności tych, którzy przestępstw nie popełniają"³³.

Zasada określoności w najprostszym ujęciu oznacza, że nie ma przestępstwa i kary bez ustawy, dlatego też należy zgodzić się z A. Grześkowiak, że "[...] jedynym źródłem prawa karnego może być tylko ustawa, co wyłącza poza nawias źródeł zarówno zwyczaj, jak i orzecznictwo sądowe i doktrynę"³⁴. Powyższe zdanie wynika z podzasady *nullum crimen sine lege scripta*. Oznacza ona zakaz stosowania prawa zwyczajowego lub opartego na judykatach i poglądach doktryny³⁵. Skoro, jak już zostało wspomniane, tak zwanym kontratypom pozaustawowym zarzuca się brak egzemplifikacji ustawowej, eo ipso względu na tematykę opracowania, to właśnie ta podzasada podlegać będzie dalszej analizie. Prowadzone rozważania dotyczyć będą rodzajów przepisów prawnokarnych, które muszą być określone w akcie rangi ustawowej, by uczynić zadość zasadzie określoności³⁶.

W związku z powyższym koniecznym staje się przedstawienie katalogu źródeł prawa karnego³⁷. W piśmiennictwie znaleźć można odmienne poglądy. Zdaniem pierwszej grupy autorów omawiana zasada zobowiązuje wyłącznie do typizacji czynu zabronionego (określenia ustawowych znamion) oraz określenia kary w drodze ustawy³⁸. Druga grupa zaś uważa, że w ustawie muszą być

³¹ A. Grześkowiak, *Nullum...*, s. 504. Istotę zasady *nullum crimen sine lege*, którą cytowana autorka oddała w jednym zdaniu warto rozwinąć o stwierdzenie, że te normy prawa karnego muszą być spisane w ustawie, sformułowane jak najbardziej precyzyjnym i niebudzącym wątpliwości językiem, niepodlegające wykładni rozszerzającej oraz stosowaniu per analogiam na niekorzyść sprawcy.

³² R. Dębski, *Pozaustawowe...*, s. 26. Oznacza to, jak ujmuje L. Gardocki, że "najważniejszą funkcją zasady *nullum crimen sine lege* jest danie obywatelom możliwości zorientowania się, za jaki czyn grozi im odpowiedzialność karna". - idem, *Typowe zakłócenia funkcji zasady nullum crimen sine lege*, "Studia Iuridica", nr 10, Warszawa 1982, s. 45.

³³ A. Zoll, *Konstytucyjne...*, s. 241. Zupełnie odwrotnie, choć *de facto* o tej samej funkcji zasady określoności, związanej z umieszczaniem przepisów karnych w ustawie, pisze Z. Jędrzejewski: "Kodeks karny jest więc *magna charta* przestępcy, która chroni nie ogół, lecz występującą przeciwko ogółowi jednostkę i gwarantuje mu, że ukarany zostanie tylko na podstawie ustawowych przesłanek oraz tylko w granicach wyznaczonych przez ustawę. Ustawa karna stawia więc celowej działalności w zwalczaniu przestępczości granice, które w interesie indywidualnej wolności nie mogą zostać przekroczone". - tenże, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 93. Zdaniem A. Zolla funkcja gwarancyjna prawa karnego jest sformułowana bezpośrednio w art. 42 ust. 1 Konstytucji – przepisie, który zdaniem tegoż autora "[...] jednoznacznie wyraża podstawową zasadę gwarancyjną *nullum crimen sine lege poenali anteriori*." - tenże, *Konstytucyjne...*, s. 241. Tak samo brzmiący art. 1 k.k. również formułuje ową funkcję już nie na gruncie konstytucyjnym, ale ustawowym.

³⁴ A. Grześkowiak, *Nullum...*, s. 506.

³⁵ Tak Z. Jędrzejewski, konstatując, że "[...] prawo karne musi być prawem pisanym i zawartym w ustawie [...]". - tenże, *Nullum crimen sine lege i kontratypy a zasada jednności porządku prawnego (jednolitej bezprawności)*, "Ius Novum", nr 1, Warszawa 2011, s. 7.

³⁶ Autor celowo pomija inne kwestie związane z interpretacją zasady *nullum crimen sine lege scripta*, m.in. dotyczące dopuszczalności stanowienia przepisów prawa karnego w aktach podustawowych, konieczności należytej publikacji aktów prawnych, właściwego *vacatio legis*. Nie są one bowiem istotne w świetle przedmiotowych badań dotyczących problematyki "pozaustawowej kontratypizacji".

³⁷ W rozumieniu formalnym, czyli jako akty prawne i inne zdarzenia prawne, kształtujące treść norm prawa karnego. - patrz W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 93.

³⁸ Ustawy albo aktu prawa pisanego jej równorzędnego lub wyższego w hierarchii. A. Grześkowiak, *Nullum...*, s. 506; R. Dębski, *Zasada...*, s. 107. Autor ten nieco inaczej wypowiada się w późniejszej publikacji, twierdząc, że "[...] za

spisane nie tylko same typy oraz kary, ale wszystkie struktury normatywne prawa karnego (przesłanki odpowiedzialności karnej)³⁹. U niektórych autorów widać zaś pewną niekonsekwencję. Na przykład L. Gardocki pisze, że prawo karne musi być prawem spisanym w ustawie, a współczesne prawo zwyczajowe nie może być źródłem norm prawnokarnych⁴⁰. Przyznaje, że zwyczaj i normy obyczajowe mogą być tylko pomocne do interpretacji przepisów karnych⁴¹. Jednocześnie zaś wyróżnia on w podrozdziale zatytułowanym "Kontratypy" między innymi zwyczaj czy karcenie małoletnich jako pozaustawowe okoliczności uchylające przestępność czynu⁴². Niejednolitość, a wręcz całkowita sprzeczność poglądów w tym zakresie świadczy o rozbieżnym rozumieniu zasady *nullum crimen sine lege scripta*, co będzie rzutowało na stosunek poszczególnych przedstawicieli doktryny prawa karnego do problemu źródeł określoności kontratypów oraz występowania tak zwanych kontratypów pozaustawowych. Zagadnienie to zostanie przedstawione w dalszej części publikacji.

2. Tak zwane kontratypy pozaustawowe versus zasada określoności

Na bazie powyższych ustaleń, warto przedstawić poglądy przedstawicieli nauki, którzy zdecydowali odnieść się bezpośrednio do stosunku "kontratypów pozaustawowych" wobec zasady określoności. Ci, którzy tego nie zrobili, milcząco aprobują ich występowanie, nie widząc jednocześnie naruszenia przez ową instytucję omawianej w tej części artykułu zasady. Część autorów stoi zatem na stanowisku, że zasada *nullum crimen sine lege* statuuje wymóg zamkniętego

zasadne uznać należy wyprowadzanie z niej [zasady *nullum crimen sine lege* – MG] postulatu wyłączności ustawy w zakresie określania przestępstw i **przesłanek karalności** [wyróżnienie własne - MG] [...]" - tenże, *Pozaustawowe...*, s. 29. Nieco dalej autor ów pisze odnośnie zasady określoności, że "w szczególności za wiążący należy uznać postulat wyłącznej właściwości ustawy w zakresie określania warunków (**pozytywnych**) [wyróżnienie własne – MG] odpowiedzialności karnej". - tenże, *Pozaustawowe...*, s. 34. Tym samym jest niekonsekwentny. Patrz także T. Bojarski, *Typizacja...*, s. 150; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lublin 2012 (reprint z 1932 r.), s. 49; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 39; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990, s. 68; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 37, 40; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 50-51; J. Giezek, *Podstawowe zasady prawa karnego*, [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2017, s. 45; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 116-118. Autor ten dozwala stosowanie zwyczaju jako źródła rozstrzygnięć zapadających na korzyść sprawy. - tamże, s. 138. Por. ponadto Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 27.

³⁹ Ustawie albo akcie prawa spisanego jej równorzędnym lub wyższym w hierarchii. Np. I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki piszą, że jedynym i wyłącznym źródłem prawa karnego (czyli wszelkich struktur normatywnych) Polski Ludowej są ustawy. - ciż, *Prawo karne Polski Ludowej. Zarys wykładu części ogólnej*, Warszawa 1950, s. 60. Natomiast W. Wolter, K. Buchała uważają, że źródłem prawa karnego może być tylko ustawa albo akt jej równoważny, aczkolwiek czynią zastrzeżenie odnośnie zwyczaju, uważając, że może stanowić okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną, gdyż ten katalog nie jest ustawowo zamknięty. - ciż, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r. Część I. Część ogólna*, Kraków 1979, s. 13, 17. *Zdecydowanie za wyłącznością ustawy jako jedynego źródła prawa karnego opowiada się W. Świda*, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 59. *Patrz także T. Dukiet-Nagórska*, *Źródła prawa karnego, jego normy i ich wykładnia*, [w:] *taż (red.)*, *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2016, s. 58, 60-61; A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 57; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 94, 99; R. Góral, *Kodeks karny*, Warszawa 2007, s. 12.

⁴⁰ L. Gardocki, *Prawo...*, s. 15.

⁴¹ Tamże.

⁴² Tamże, s. 135, 138-140.

kręgu wyłącznie typów czynów zabronionych, nie tyczy się jednak kontratypów, dlatego dopuszczalny jest otwarty katalog kontratypów⁴³. Jakie argumenty przedstawiane są za tą tezą?

Przede wszystkim eksponowany jest fakt, że zasada określoności wymaga, ich zdaniem, wyłącznie określania ustawowych znamion przestępstwa, co nie oznacza, by czynić tak odnośnie znamion kontratypów, ponieważ te nie konstytuują pozytywnej odpowiedzialności karnej⁴⁴. Podnosi się ponadto argument z materialnego określenia przestępstwa według którego niedopuszczalne jest karanie za czyn wypełniający cechy typowości, który jednak nie posiada cechy społecznej szkodliwości, w sytuacji, gdy "[...] brak cechy społecznej szkodliwości nie znalazł wyrazu w jakimś kontratypie występującym w [...] zamkniętym kręgu"⁴⁵.

⁴³ W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, "Państwo i Prawo", nr 10, Warszawa 1963, s. 505: "Zasada ustawowego zamknięcia odnosi się jednak jedynie do typów, a nie do kontratypów, których krąg ustawowy może być węższy lub szerszy, jednak zawsze bez pretensji do wyczerpania pełnego zakresu". A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 7; W. Mąciór, *Negatywne znamiona istoty czynu*, "Państwo i Prawo", nr 5-6, Warszawa 1964, s. 863; W. Wolter, *Funkcja...*, s. 134; W. Wolter, K. Buchała, *Wykład...*, s. 161; I. Andrejew, *Polskie...*, s. 169-170; tenże, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 128; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, s. 203-204; A. Opar, *Filozoficzno-metodologiczne aspekty teorii negatywnych znamion czynu przestępnego*, "Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych", z. 2, Kraków 2006, s. 13; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 346; Ł. Pohl, *Prawo...*, s. 239-240; M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo...*, s. 249 – autorzy zasadniczo opowiadają się za wyłącznie normatywną podstawą okoliczności wyłączających bezprawność, ale dopuszczają zwyczaj jako "ocenę znosząc negatywną ocenę postępowania". Patrz także J. Warylewski, *Prawo...*, s. 313; M. Mozgawa, *Okoliczności...*, s. 257.

⁴⁴ Tak W. Wolter, K. Buchała, *Wykład...*, s. 161; J. Warylewski, *Prawo...*, s. 313. Według W. Woltera, "zasada *nullum crimen sine lege poenali* zakazuje jedynie uznać jako czyn zabroniony taki czyn, który nie wykazuje ustawowych znamion czynu zabronionego, z czego naturalnie nie wynika, by ustawa musiała również «określać» te okoliczności, które spełniają tę samą funkcję, jaką wykonują ustawowe kontratypy; wystarczyć tu musi sam priorytet elementu merytorycznego w stosunku do elementu formalnego, jakim jest ustawowy zakaz". - tenże, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 164. Zdaniem cytowanego autora zakres kontratypów nie jest ustawowo zamknięty, a w Kodeksie karnym uregulowane są tylko "najbardziej reprezentatywne kontratypy". Według W. Woltera nie oznacza to, że "kontratyp pozaustawowy" jest "nieokreślony", a jedynie fakt, iż jest on nieokreślony w drodze ustawy. - tenże, *O kontratypach...*, s. 505. Autor dopuszcza też możliwość rozszerzenia kontratypów w drodze analogii, ponieważ jego zdaniem nie koliduje to z zasadą *nullum crimen sine lege*. - tamże, s. 506. Zaś według K. Buchały i A. Zolla, "ich funkcja [kontratypów pozaustawowych] – MG], polegająca na wyłączeniu bezprawności zachowania realizującego wszystkie znamiona typu czynu zabronionego, nie wymaga z przyczyn gwarancyjnych ustawowej określoności, gdyż przyjęcie kontratypu prowadzi jedynie do wyłączenia, a nie do uzasadnienia odpowiedzialności karnej". - ciż, *Polskie...*, s. 203. Zdaniem A. Zolla, "nie bez racji podkreśla się jednak, że zasada *nullum crimen sine lege* pełni przede wszystkim funkcję gwarancyjną, chroniąc obywatela przed samowolą władzy sądowniczej i przede wszystkim samowolą władzy wykonawczej, nie pozwalając nikogo, kto nie popełnił czynu opisanego w ustawie jako zabronionego pod groźbą kary, pociągnąć do odpowiedzialności karnej jedynie na podstawie swobodnego uznania orzekającego sądu. Jako taka nie ma mieć ona zastosowania do wypadków, w których uznanie sędziowskie, nieoparte na wyraźnej wypowiedzi ustawodawcy, uwalnia sprawcę czynu opisanego przez ustawodawcę jako zabronionego pod groźbą kary od odpowiedzialności karnej. Trudno zaprzeczyć, że zasada *nullum crimen sine lege* nie odnosi się do wypadków pozaustawowych okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną". - tenże, *"Pozaustawowe" okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy*, [w:] L. Leszczyński i in. (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 426. W innym miejscu ów autor pisze, że "zamknięcie katalogu kontratypów nie jest jednak uzasadnione względami gwarancyjnymi. Ich funkcja polegająca na wyłączeniu bezprawności zachowania realizującego znamiona ustawowej określoności czynu zabronionego nie wymaga z przyczyn gwarancyjnych opisu ustawowego, gdyż może prowadzić jedynie do wyłączenia, a nie uzasadnienia odpowiedzialności karnej". - tenże, *Okoliczności...*, s. 126.

⁴⁵ W. Wolter, *Funkcja...*, s. 134. W. Wolter twierdził, że istnienie "kontratypów pozaustawowych" unaocznia zwycięstwo materialnej treści przestępstwa nad formalizmem, który "[...] prowadziłby tu na zupełnie oczywiste manowce". - tenże, *O kontratypach...*, s. 505. Patrz ponadto M. Mozgawa, *Okoliczności...*, s. 257.

Zdecydowana mniejszość autorów uznaje, że instytucja "kontratypów pozaustawowych" narusza zasadę określoności⁴⁶. Zdaniem tej grupy przedstawicieli nauki, tylko ustawa może ustanawiać zarówno typy, jak i kontratypy, gdyż jako akt prawny "[...] poręcza bezpieczeństwo prawne, zapewnia równość wobec prawa, ochrania wolność"⁴⁷.

Najważniejszym argumentem przemawiającym za tezą, że "kontratypy pozaustawowe" naruszają zasadę *nullum crimen sine lege*, są słowa O. Sitarz, która uważa, iż "brak ustawowych granic okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną oznacza, że brak jest ustawowych granic bezprawia. To oznacza, że brak ustawowych okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną może więc działać na niekorzyść oskarżonego i naruszać funkcję gwarancyjną prawa karnego sensu largo"⁴⁸. Skoro ustanowiony został przez ustrojodawcę wymóg umieszczania w ustawie karnej opisów abstrakcyjnych i zgeneralizowanych zabronionych zachowań, to powinien dotyczyć on w takim samym stopniu pomieszczania w niej również opisów abstrakcyjnych i zgeneralizowanych zachowań, będących okolicznościami usprawiedliwiającymi dokonanie tych czynów zabronionych (kontratypów)⁴⁹. Nie realizuje więc należycie funkcji gwarancyjnej prawa karnego postulat określenia wyłącznie pozytywnych przesłanek odpowiedzialności karnej i to zasadniczo zawężanych dodatkowo do opisu znamion typu. Pełną wiedzę dotyczącą tego, jakim czynem i w jakich warunkach popełnionym, można narazić się na ponoszenie odpowiedzialności karnej, daje pomieszczenie w ustawie karnej albo innym równorzędnym bądź wyższym akcie prawa zarówno pozytywnych, jak i negatywnych przesłanek owej odpowiedzialności⁵⁰. Mówiąc o przesłankach pozytywnych, trzeba mieć na względzie ich szerokie pojmowanie, obejmujące nie tylko ustawowy opis znamion (typizację), ale i wszystkie elementy normatywne wpływające na

⁴⁶ H. Rajzman, *Analogia...*, s. 47; A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Prawo...*, s. 167; O. Sitarz, *Okoliczności...*, s. 172. A. Opar tezę W. Woltera, aprobującą otwarty i nienaruszający zasady *nullum crimen sine lege* katalog kontratypów, traktuje z wielką ostrożnością jako sformułowaną "[...] w innych warunkach ustrojowych, gdzie Konstytucja była tylko deklaracją polityczną i brak było konstytucyjnego sformułowania tejże zasady, jak i zasady państwa prawa". - *taż*, *Filozoficzne...*, s. 19.

⁴⁷ H. Rajzman, *Analogia...*, s. 47. Por. także A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Prawo...*, s. 167; O. Sitarz, *Okoliczności...*, s. 172.

⁴⁸ O. Sitarz, *Okoliczności...*, s. 172; O. Sitarz, *Materialne prawo wykroczeń. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 88. Słowa autorki wskazują, że jest ona zwolenniczką poglądu o charakterze kontratypów jako wypowiedzi ograniczających zakres zastosowania normy sankcjonowanej.

⁴⁹ A. Zoll, *Problem okoliczności wyłączających bezprawność czynu w okresie politycznej zmiany systemu*, "Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych", z. 1, Kraków 1997, s. 98; W. Wolter, *O kontratypach...*, s. 504.

⁵⁰ Przyjmuję tutaj gwarancyjną istotę w rozumieniu J. Wessela, obejmującą jego zdaniem, na co wskazuje R. Dębski, "[...] ogół warunków karalności, w tym również bezprawność i winę". - J. Wessel, *Strafrecht*, A. T., Heidelberg, 1987, s. 32 – cyt. za R. Dębski, *Pozaustawowe...*, s. 93. Jak słusznie zwraca uwagę autor, "[...] warunki ujęte w ustawie nie mogą być zmienione na niekorzyść sprawcy przez stosowanie analogii lub prawa zwyczajowego [...]". - *tamże*. Owa gwarancyjna istota nie powinna odnosić się tylko do zespołu znamion czynu jak u Wessela, ale do ogólnego modelu przestępstwa, jako prawnej konstrukcji, określającej przesłanki, warunkujące ponoszenie odpowiedzialności karnej. - patrz odnośnie definicji przestępstwa P. Zawiejski, *Pojęcie przestępstwa i podziały czynów zabronionych*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2016, s. 79. Warto przytoczyć także słowa H. Rajzmana, który zauważa, że pomieszczenie kontratypów w Kodeksie karnym stanowi wyraz troski ustawodawcy "[...] o zachowanie wymagań praworządności w każdym kierunku, jednak dokładnych w stanowieniu *in malam, co in bonam partem*". - *tenże*, *Zagadnienie «kontratypów» w projekcie kodeksu karnego PRL*, "Państwo i Prawo" 1963, nr 3, s. 513.

możność pociągnięcia obywatela do odpowiedzialności karnej takie, jak statuujące formy stadialne, formy współdziałania przestępnego, odpowiedzialność za granicą. Negatywne przesłanki odpowiedzialności karnej (kontratypy, okoliczności wyłączające winę oraz okoliczności wyłączające karalność) również winny być pomieszczone w ustawie, ponieważ wyznaczają one zakres odpowiedzialności karnej, dopełniając ten pozytywny, wynikający z formalnego elementu bezprawności, którym jest ustawowa określoność typizacji. Osoba fizyczna będzie miała dopiero wtedy pewność, które zachowania może podejmować i w jakich sytuacjach, aby nie narazić się na odpowiedzialność karną, gdy należycie pozna między innymi okoliczności wtórnie legalizujące naruszenie zakazów przewidzianych przez prawo. Inaczej jej wiedza o tym, co jest zakazane, a co dozwolone będzie niepełna. Nawet wyodrębniający tak zwane kontratypy pozaustawowe L. Gardocki zauważa, że "[...] ich ujęcie [okoliczności wyłączających bezprawność – MG] ustawowe bądź pozaustawowe ma znaczenie z punktu widzenia określenia sfery penalizacji, co jest istotne z punktu widzenia gwarancyjnej funkcji prawa karnego"⁵¹.

Trafnie zwraca uwagę B. Kunicka-Michalska, że aby zasada *nullum crimen sine lege* należycie pełniła swoją gwarancyjną funkcję, przepisy prawa muszą być w sposób łatwy dostępne dla ogółu⁵². Obywatel musi posiadać możliwość zapoznania się z jasnymi, stałymi i spisnymi regułami dotyczącymi ponoszenia odpowiedzialności karnej. Naturalnie będzie miał dużo większą trudność z ustaleniem znamion "kontratypów pozaustawowych" niż przy ich rekonstrukcji na gruncie ustawy⁵³. Oznacza to, że wyłączanie bezprawności czynu na zasadzie tak zwanego kontratypu pozaustawowego, niewątpliwie osłabia i to znacząco funkcję gwarancyjną prawa karnego⁵⁴.

W związku z tym, co zostało napisane powyżej warto zwrócić uwagę, że funkcja gwarancyjna we współczesnym prawie karnym nie powinna odnosić się wyłącznie do oskarżonego, ale również do pokrzywdzonego, ażeby w należyтым i równym ze sprawcą stopniu zabezpieczać

⁵¹ L. Gardocki, *Pozaustawowe...*, s. 49.

⁵² B. Kunicka-Michalska, *Zasada nullum crimen, nulla poena sine lege w projekcie kodeksu karnego w świetle norm międzynarodowych*, [w:] S. Waltoś i in. (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 63.

⁵³ W. Wolter zauważył, że już samo zamieszczenie kontratypów w innej niż Kodeks karny ustawie, może utrudnić posługiwanie się przepisami w praktyce. - tenże, *O kontratypach...*, s. 505. Zaś J. Wyrembak słusznie twierdzi, że "niewątpliwie państwo ma prawo zakładać, że adresatowi uchwalonej ustawy znane są normy wynikające z jej prawidłowo ogłoszonego tekstu. Sądzę jednak, że adresat ma tak samo ważne prawo, by oczekiwać, że będzie mógł zrekonstruować wiążące go normy prawne na podstawie elementów tekstowych ustawy, bez uciekania się do badań stanowiska doktryny, analizy historyczno-prawnej, myślenia w kategoriach funkcjonalnych czy też studiów porównawczoprawnych. Wydaje się, że obrona tego prawa staje się szczególnie ważna wówczas, gdy przedmiotem analizy stają się normy wyznaczające granice kryminalizacji i idącej za nią represji karnoprawnej. [wyróżnienie całego fragmentu tekstu przez J. Wyrembaka – MG]. - tenże, *Zasadnicza wykładnia znamion ustawowych przestępstwa*, [w:] P. Winczorek (red.), *Teoria i praktyka wykładni prawa, Materiały konferencji naukowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego odbytej w dniu 27 lutego 2004 r.*, Warszawa 2005, s. 308.

⁵⁴ Wskazał na to A. Zoll, *Materiałne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*, [w:] S. Waltoś i in. (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 86. Autor użył określenia "funkcja ochronna", lecz niewątpliwie miał na myśli funkcję gwarancyjną w rozumieniu przyjętym przez niniejszą publikację.

jego interesy⁵⁵. Dlatego też należy całkowicie przyznać rację P. Zawiejskiemu, który podnosi, że "nie ma powodu, by wymagając ustawowej określoności typu (przede wszystkim w interesie oskarżonego), nie domagać się tego samego od kontratypu (przede wszystkim w interesie pokrzywdzonego)"⁵⁶.

Ponadto, na co zwraca uwagę R. Dębski, postulat *nullum crimen sine lege scripta* jest kierowany także w stronę sędziego, aby ten nie orzekał na podstawie prawa zwyczajowego⁵⁷. Oznacza to zakaz stosowania przez judykaturę instytucji prawnokarnych, nie mających swojego umocowania w akcie prawa spisanego. Źródłem wszystkim norm prawnokarnych winna więc być tylko i wyłącznie ustawa lub akt prawa pisanego równy bądź wyższy w hierarchii źródeł prawa, określonych w art. 87 Konstytucji. Kontratypy zezwalają przecież na naruszanie dóbr chronionych prawem, dlatego też, jak zauważa A. Zoll, powinny zostać ograniczone do niezbędnych wypadków⁵⁸. Przypadki te powinien konstruować wyłącznie ustawodawca, oceniając poświęcenie których dóbr jest w danym momencie społecznie opłacalne. W żadnym wypadku prawa do tego nie można pozostawiać judykaturze⁵⁹.

3. Słowem zakończenia

Rekapitulując, należy przyznać, że określenie przesłanek pozytywnych, jak i negatywnych odpowiedzialności karnej winno stanowić wyłączną domenę ustawy, a instytucja "kontratypów pozaustawowych" narusza zasadę *nullum crimen sine lege*. Pozostawienie możliwości kreacji okoliczności wyłączających bezprawność w rękach doktryny oraz przede wszystkim orzecznictwa jest nie do pogodzenia z funkcją gwarancyjną, którą powinno realizować prawo karne w demokratycznym państwie prawa. Zarówno sprawca, jak i pokrzywdzony winni dokładnie wiedzieć, kiedy czyn naruszający normę sankcjonowaną nie jest bezprawny, a więc znać znamiona kontratypów. Najlepszą tego gwarancję daje ich pomieszczenie w ustawie.

Kontratyp winien być zatem, na co zwraca uwagę A. Zoll, "[...] opisany w dwóch przepisach; w przepisie określającym sytuację wyjątkową, uzasadniającą zezwolenie na naruszenie dobra stanowiącego wartość społeczną, oraz w przepisie typizującym zachowanie naruszające

⁵⁵ P. Zawiejski, *Przestępstwo działania na szkodę spółki (art. 585 Ksh)*, Katowice 2011, s. 212, materiał niepublikowany, znajduje się w Bibliotece Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

⁵⁶ Tamże.

⁵⁷ R. Dębski, *Pozaustawowe...*, s. 30.

⁵⁸ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 113.

⁵⁹ Bardzo trafnie skonstatował to H. Rajzman, pytając "[...] kto i gdzie przekazał nauce uprawnienia do «kontratypizowania», do arbitralnego stanowienia norm, wiążących obywatela, przekreślających bezprawność krzywdzącego go czynu, uznaną w ustawie, która czyn ten opisuje jako przestępstwo pewnego typu". - tenże, *Analogia...*, s. 47.

wartość społeczną"⁶⁰. W przepisach, czyli stanowiących samodzielną całość redakcyjną fragmentach ustawy, opublikowanej w Dzienniku Ustaw, a nie w normach interpretowanych z innych niż prawo spisane źródła⁶¹.

⁶⁰ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 75.

⁶¹ Z. Ziemiński, *Przepis prawny a norma prawna*, "Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny", nr 1, Poznań 1960, s. 105; tenże, *Teoria prawa*, Warszawa-Poznań 1978, s. 31.

Tak zwane kontraty typy pozaustawowe a zasada określoności w prawie karnym

Michał Grudecki

O autorze

Michał Grudecki - doktorant stacjonarny II roku w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii WPiA UŚ; uczestnik licznych ogólnopolskich konferencji prawniczych oraz interdyscyplinarnych; autor wielu publikacji z zakresu szeroko rozumianego prawa karnego materialnego; laureat Nagrody im. prof. Oktawii Górniok za wybitną pracę magisterską z zakresu prawa karnego materialnego obronioną w UŚ w roku akademickim 2015/2016.

Zainteresowania naukowe: szeroko rozumiane prawo karne materialne, struktura przestępstwa (zwłaszcza bezprawność, społeczna szkodliwość), przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu.

Streszczenie

W niniejszym przedłożeniu Autor porusza problematykę tak zwanych kontratypów pozaustawowych z perspektywy zasady *nullum crimen sine lege*. Na początku przedstawieniu podlega historia oraz charakterystyka tej zasady. Głównym zadaniem badawczym opracowania jest dokonanie oceny zgodności tak zwanych pozaustawowych kontratypów z zasadą *nullum crimen sine lege*. Zagadnienie to zrodziło liczne rozbieżności w piśmiennictwie. Autor dokonuje tej oceny w oparciu o przepisy prawa polskiego oraz zagranicznego ze szczególnym uwzględnieniem funkcji, które ma do spełnienia prawo karne w demokratycznym państwie prawa.

Słowa kluczowe

prawo karne, tak zwane kontraty typy pozaustawowe, zasada *nullum crimen sine lege*, funkcja gwarancyjna

So called non statutory countertypes from the principle of determinacy perspective

Michał Grudecki

Summary

In the paper the Author describes issue of so-called non statutory justifications from the *nullum crimen sine lege* principle perspective. Firstly, the history and characterisation of this principle is presented. The main research aim of this study is to make an assessment of coherency between so-called non statutory justifications and the *nullum crimen sine lege* principle. That problem has caused many discrepancies in the literature. The Author makes this assessment using Polish and international law with special considerations on the criminal law function in the democratic state of law.

Key words

criminal law, so-called non statutory justifications, principle *nullum crimen sine lege*, guarantee function

Ostatnie nowelizacje Kodeksu karnego w perspektywie konstytucyjnej zasady proporcjonalności

Mateusz Korzeniak, Wojciech Płóciennik

Zarysowanie problemu

Problematyka poruszana w ramach niniejszego opracowania odnosi się do oceny roli jaką pełni konstytucyjna zasada proporcjonalności w stanowieniu i stosowaniu prawa karnego. W ostatnim czasie wszyscy jesteśmy świadkami wielu zamian jakie dokonywane są w obowiązującej ustawie karnej, której jednak nie mając charakteru systemowego, ale punktowy, jak chociażby słynna już nowelizacja wprowadzająca do kodeksu karnego przestępstwo „zbrodni VATowskiej”¹ czy dość kreatywna transpozycja przepisów unijnych² w postaci konfiskaty rozszerzonej³. W przeciągu ostatnich dwóch lat zmieniono również wiele przepisów karnych zazwyczaj poprzez zwiększenie ich stopnia punitowności podnosząc tym samym stopień represyjności uregulowań kodeksu karnego.

Już sama porównawcza i pobieżna lektura nowych uregulowań w konfrontacji z przepisami nadal funkcjonującymi pozwala już *prima facie* na stwierdzenie daleko idącej dysproporcji w kształtowaniu stopnia reakcji karnej na konkretne ludzkie zachowanie relewantne z punktu widzenia odpowiedzialności karnej. Dla samego tylko przykładu można wskazać, iż w rozdziale poświęconym ochronie wiarygodności dokumentów jakkolwiek powszechnie występuje kara pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym lat 5 to w bezpośrednim sąsiedztwie tychże przepisów pojawiają się uregulowania pozwalające na orzeczenie wobec sprawcy kar o eliminacyjnym charakterze, zarezerwowanych dotychczas dla najpoważniejszej kategorii przestępstw o niezwykle wysokim stopniu społecznej szkodliwości. W perspektywie oceny nowych uregulowań mających ograniczyć funkcjonowanie w obrocie nierzetelnych faktur należy mieć jeszcze poniższe okoliczności - fałszowanie tej specyficznej kategorii dokumentów mogących stanowić podstawę zwrotu odpowiednich należności publicznoprawnych, jakkolwiek jest zachowaniem społecznie nieakceptowanym, to nie stanowi przestępnego celu samego w sobie. Nikt bowiem nie wystawia faktury z zawyżoną kwotą lub faktury dokumentującej czynność fikcyjną dla samego faktu złamania określonych norm zakazujących takich działań⁴. Celem jest uzyskanie realnych korzyści majątkowych co stanowi znamień przestępstwa oszustwa lub odpowiedniego

¹ Ustawa z dnia 10 lutego 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2017 poz. 244.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r., Dz. Urz. UE L 127z 29.04.2014.

³ Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2017 poz. 768.

⁴ J. Duży, *Zorganizowana przestępczość podatkowa w Polsce. Zwalczanie przestępnego nadużywania mechanizmów podatków VAT i Akcyzowego*, Warszawa 2013, s. 43 - 49.

oszustwa skarbowego gdzie reakcja karna kształtuje się na niższym poziomie - maksymalnie można orzekać karę pozbawienia wolności w wysokości do 10 lat. Mamy więc sytuację gdzie za czyn popełniony niejako na przedpolu właściwego działania sprawcy grozi znacznie wyższa sankcja karna niż za czyn, który stanowi rzeczywisty cel działania sprawcy.

Podobne wątpliwości można wywieść w stosunku do art. 180a⁵ Kodeksu karnego, który statuuje odpowiedzialność karną w postaci kary pozbawienia wolności do lat 2, która grozi za zachowanie sprawcy polegające na prowadzeniu pojazdu mechanicznego w ruchu pomimo cofnięciu uprawnień. Wystarczy skonfrontować ten nowy typ czynu zabronionego z doskonale znanym wcześniej funkcjonującym wykroczeniem opisanym w art. 94 Kodeksu wykroczeń, który obejmuje zakresem swojej regulacji zachowanie polegające na prowadzeniu pojazdu bez uprawnień, aby nabrać uzasadnionych wątpliwości co do stopnia prawnokarnej reakcji za zachowanie wypełniające znamiona tego nowego typu czynu zabronionego.

Kolejnymi niebezpiecznymi i wątpliwymi z punktu widzenia reguł konstytucyjnych są regulacje dotyczące nowych rodzajów przepadku. Autorzy mają tu na myśli niespotykaną w innych krajach europejskich instytucję przepadku przedsiębiorstwa⁶ należącego do osoby fizycznej w przypadku gdy można było podejrzewać iż przedsiębiorstwo służyło do popełnienia przestępstw przynoszących korzyść majątkową. Kontrowersyjnym z punktu widzenia aksjologii prawa karnego jak i jego reguł gwarancyjnych jest również instytucja tak zwanego przepadku rozszerzonego, w szczególności w stosunku do osób innych niż sprawca, w oparciu o, sprzeczny z istotą odpowiedzialności karnej, odwrócony ciężar dowodu i możliwość orzekania przepadku w przypadku braku wyroku skazującego⁷. Tak ukształtowane przywołane przepisy prawa represyjnego mogą stanowić istotne zagrożenie dla wolności gospodarczej i spowodować w sferze wolnorynkowej gospodarki swoisty „efekt mrożący”.

Mając na uwadze wskazane dysproporcje w reakcji karnej na poszczególne typy zachowań oraz wskazane wyżej wątpliwości godzące zarówno w aksjologię prawa karnego jak i jego funkcję gwarancyjną koniecznym wydaje się próba ich oceny z perspektywy konstytucyjnej zasady proporcjonalności i rekonstruowanego z jej treści testu proporcjonalności.

⁵ Ustawa z dnia 20 marca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 541.

⁶ Na swoistą innowacyjność instytucji przepadku przedsiębiorstwa rozumianego jako zorganizowany zespół składników majątkowych zwraca uwagę sam projektodawca w uzasadnieniu. Tekst uzasadnienia dostępny na stronie internetowej Sejmu RP:

<http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?documentId=C4429F535A936943C125809D004C3C7C>.

⁷ P. Kardas, *Determinanty ciężaru dowodu i ciężaru (obowiązku) dowodzenia w procesie karnym*, [w:] W. Jasiński, J. Skorupka, *Ciężar dowodu i obowiązek dowodzenia w procesie karnym*, Warszawa 2017, s. 118 - 120.

II. Konstytucyjna zasada proporcjonalności jako standard tworzenia i stosowania norm prawa karnego.

Próbie ewaluacji wskazanych, nowych przepisów karnych w oparciu o zasadę proporcjonalności należy rozpocząć od etapu ich stanowienia⁸. Już sam przebieg prac legislacyjnych budzi poważne wątpliwości. W ich trakcie w żadnym z uzasadnień lub analiz projektów ustaw wprowadzających omawiane zmiany kwestia zasady proporcjonalności nie została bowiem w żaden sposób poruszona. W związku z tym, skoro nie dokonuje się testu proporcjonalności niejako *apriori*, czyli na etapie tworzenia norm, należy się do niego odnosić niestety nie w momencie stanowienia prawa ale w czasie procesu jego praktycznej aplikacji. Mając na uwadze to, iż niezawisły i niezależny sąd w hermeneutycznym cyklu przenikania się wykładni przepisów prawa i ich subsumcji pod określony i odpowiednio zrekonstruowany stan faktyczny⁹, tworzy, w wydany przez siebie wyroku, prawo między stornami to z uwagi na zasadę nadrzędności Konstytucji oraz multcentryczny charakter systemu prawa¹⁰ brak apriorycznej oceny tworzonych regulacji może skutkować odmową ich zastosowania w konkretnej sprawie. Podstawowe ramy prawne takiego zabiegu tworzy art. 8 Konstytucji, gdzie ustrojodawca nadał normatywny kształt zasadzie jej bezpośredniego stosowania oraz wynikająca z hierarchicznie ukształtowanego katalogu źródeł prawa powszechnego, nadająca prymat regulacjom wyrażonym w ustawie zasadniczej, nigdy niezakwestionowana zasada *lex superior derogat legi inferiori*. Mając na uwadze powyższe kategorycznie stwierdzić należy, iż sądowi powszechnemu w rozstrzyganej *in concreto* sprawie oczywiście nie przysługuje żadna kompetencja derogacyjna danego, konstytucyjnie wątpliwego uregulowania a jedynie uprawnienie do odmowy zastosowania przepisu prawnego ze względu na jego niekonstytucyjny charakter. Wkomponowany w treść art. 8 ust 2 Konstytucji RP mechanizm pozwala sądowi na pro - obywatelskie stosowanie prawa w zgodzie z rekonstruowaną z zasad konstytucyjnych aksjologią¹¹. Należy jeszcze wskazać, iż domniemanie konstytucyjności konkretnych regulacji nie oznacza nie możliwości ich sprawdzenia w toku sądowego przekształcenia norm generalno - abstrakcyjnych w konkretno - indywidualne a jedynie stanowi wskazówkę interpretacyjną mającą na celu nakazanie organowi stosującemu prawo poszukiwanie takiego znaczenia przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, aby były one zgodne z przepisami i aksjologią wyrażoną w Konstytucji¹². Tylko bowiem wtedy, przy sądowej świadomości kompetencji do dokonywania rozproszonej kontroli konstytucyjności, najwyższy akt

⁸ T. Dukiet - Nagórska, *Znaczenie zasady proporcjonalności dla wykładni przepisów prawnokarnych*, [w:] T. Dukiet - Nagórska, *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, Warszawa 2010, s. 159.

⁹ M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 434.

¹⁰ K. Pleszka, *Paradygmat interpretacyjny w multcentrycznym systemie prawa*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa 2012, t. I, s. 646 - 649.

¹¹ M. Gutowski, P. Kardas, *Konstytucja z 1997 r. a model kontroli konstytucyjności prawa*, „Palestra”, nr 4, Warszawa 2017 r., s. 29.

¹² M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania konstytucji*, „Palestra”, nr 4, Warszawa 2016 r., s. 19.

prawny obowiązujący w Rzeczypospolitej Polskiej będzie aktem normatywnym *sensu stricto*, który będzie odgrywał istotną rolę w kształtowaniu całego systemu prawnego.

Opisana w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada proporcjonalności nie jest zasadą ściśle związaną z prawem karnym, jak choćby zasada *nullum crimen sine lege*. Przedmiotowa zasada określa dopuszczalność ingerencji w status wolności i praw jednostki, co czyni ją w zasadzie regułą o uniwersalnym zastosowaniu dla każdej gałęzi prawa. Ma, a może trafniej powinna mieć, również niebagatelny wpływ na kształt przepisów określających odpowiedzialność karną, gdyż jest to ta sfera prawa, która najdalej ingeruje w prawa i wolności przysługujące jednostce, w związku z czym, przepisy prawa karnego, jak się wydaje powinny być tworzone z jej szczególnym uwzględnieniem. Tym samym zasada proporcjonalności pełni kluczową rolę dla określania rodzaju i rozmiaru sankcji karnej.

Na treść zasady proporcjonalności składają się trzy elementy konstrukcyjne¹³:

- 1) Zasada przydatności - ocena czy używane środki nadają się do realizacji celu,
- 2) Zasada konieczności - najłagodniejszego środka, najmniej uciążliwego dla jednostki,
- 3) Zasada proporcjonalności *sensu stricto* - ocena stopnia uciążliwości regulacji w stosunku do wartości dobra chronionego tą regulacją.

Dla stwierdzenia, że dana regulacja jest zgodna z wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasadą, konieczne jest przesądzenie spełnienia kumulatywnie wszystkich jej wyżej wskazanych aspektów.

Szczegółowe omówienie wszystkich instytucji prawnokarnych budzących uzasadnione wątpliwości na gruncie konstytucyjnej zasady proporcjonalności znacząco przekracza ramy niniejszego opracowania, dlatego na jego łamach ograniczamy się tylko do zasygnalizowania konstytucyjnych wątpliwości jakie budzą wskazane we wstępie uregulowania Kodeksu karnego.

III. Nowe regulacje prawnokarne w perspektywie zasady proporcjonalności

Zacząć warto od art. 270a k.k., oraz art. 271a k.k. postrzeganych nie tyle samodzielnie co z perspektywy odpowiednio ich kwalifikujących regulacji art. 277a § 1 k.k. Jak było już wskazywane, jest to niezwykle ciekawy z perspektywy przedmiotu niniejszego opracowania

¹³ J. Bojke, *Rola zasady proporcjonalności w wykładni przepisów prawa karnego materialnego*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ”, nr 1, Kraków 2015 r., s. 108.

przykład działalności ustawodawcy. Zgodnie bowiem z treścią drugiego z przywołanych przepisów, za podrobienie lub przerobienie faktury lub używanie takiej faktury jako autentycznej, jeżeli wartość wyrażona na fakturze przekracza 10 milionów złotych (a więc dziesięciokrotność wielkiej wartości) możliwe jest orzekanie kary pozbawienia wolności w wymiarze 25 lat. Próbuąc dokonać oceny wskazanych regulacji należy mieć na względzie, iż prawo karne ma stanowić *ultima ratio*. Sięganie do instrumentów polityki prawnokarnej powinno być poprzedzone wprowadzeniem szeregu innych regulacji o mniej dolegliwym charakterze i dopiero wtedy, gdy one okażą się nieskuteczne z perspektywy zakładanego do osiągnięcia celu, możliwe jest wprowadzanie bardziej represyjnych regulacji¹⁴. W odniesieniu do przestępstw fakturowych wydaje się, iż nie poczyniono nic, aby przeciwdziałać tym patologicznym zjawiskom w sposób inny niż przy pomocy przepisów karnych. Wystarczy w tym miejscu wskazać na opublikowany w kwietniu 2016 roku raport Najwyższej Izby Kontroli w zakresie zwalczania wprowadzania do obrotu faktur dokumentujących czynności fikcyjne - w jego końcowej fazie wskazano na konieczność wprowadzenia systemu zabezpieczeń opartych o normy prawa administracyjnego oraz odpowiednio skonstruowane systemy monitorujące i rejestrujące¹⁵. Mimo istnienia tych zaleceń polski ustawodawca postanowił postąpić inaczej reagując prawnokarnie poprzez wprowadzenie do obowiązującej ustawy karnej nowe typy przestępstw. Wprowadzenie do porządku prawnego rozwiązań opartych, jak się wydaje tylko i wyłącznie na prewencji generalnej, a więc zwykłego odstraszenia potencjalnych sprawców od popełniania przestępstw, grożącą za nie wysoką sankcją, zdaje się całkowicie chybione i oderwane od długoletniego dorobku światowej i krajowej doktryny kryminologicznej¹⁶, prawo karnej i karnoskarbowej¹⁷.

Jak było już wskazywane, nowe przepisy będą w wielu przypadkach znajdowały zastosowanie w kwalifikacji kumulatywnej z art. 286 k.k., który będzie stanowił rozwinięcie przestępczej działalności – do wyjątków należeć będą bowiem sytuacje, w których sprawca będzie ograniczał się jedynie do podrobienia lub przerobienia faktury, nie decydując się na wykorzystanie jej w celu uzyskania nienależnego należności publicznoprawnej, co może być oceniane jako działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej¹⁸. Dochodzimy więc do sytuacji, w której jeżeli przerobiona lub podrobiona faktura jest wystawiona na wystarczająco wysoką kwotę, sam ten fakt powoduje możliwość orzeczenia wobec sprawcy przestępstwa kary nawet 25 lat pozbawienia

¹⁴ M. Dąbrowska– Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012 r., s. 157 - 158.

¹⁵ Tekst wskazanego raportu dostępny na stronie <https://www.nik.gov.pl/plik/id,10427,vp,12756.pdf>.

¹⁶ T. Kaczmarek, *Racjonalny ustawodawca wobec opinii społecznej a populizm penalny*, [w:] Z. Sienkiewicz i R. Kokot, *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce - materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Prawa Karnego, Szklarska Poręba 24 - 27 września 2008 r.*, Wrocław 2009 r., s. 34.

¹⁷ J. Cholewicki, *Restrykcyjność polskiego modelu karnego skarbowego*, „Prokuratura i Prawo”, nr 4. Warszawa 2014 r., s. 83.

¹⁸ P. Kardas [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy komentarz*, Warszawa 2017 r., s. 825 - 827.

wolności, a najniższy możliwy wymiar kary wynosi 5 lat, podczas gdy realizacja celu przestępnego dla którego wystawiona została faktura nierzetelna obwarowane jest sankcją w wolności do 10 lat pozbawienia wolności. Należy zaakcentować, iż autorzy o ile nie kwestionują konieczności prawnokarnej ochrony wiarygodności dokumentów o publicznoprawnym charakterze to nie jest dla nich do zaakceptowania fakt, iż nieprawidłowe bądź nierzetelne wystawienie faktur rodzi odpowiedzialność surowszą niż realizacja celu dla którego się je przygotowuje. O ile bowiem tworzenie nowych typów przestępstw w oparciu o teorię kryminalizacji uproszczonej¹⁹ jest zjawiskiem powszechnym i w zasadzie akceptowalnym, to typy czynów zabronionych penalizujące poszczególne etapy bardziej złożonych pod względem znamion strony przedmiotowej, jak i podmiotowej przestępnych zachowań, muszą być karane mniej dolegliwie niż realizacja przestępnego celu. Doskonałym przykładem takiego zjawiska jest porównanie treści i sankcji zachowań karalnych opisanych w art. 297 i 298 k.k. w porównaniu do treści art. 286 k.k. Oszustwo kredytowe jak i oszustwo ubezpieczeniowe stanowią formy kryminalizacji uproszczonej w stosunku do typu statuującego odpowiedzialność karną za oszustwo, przesuwając zakres reakcji karnej już na etap wprowadzania w błąd²⁰. Owa prostota na płaszczyźnie kryminalizacji skutkuje nie tylko swoistą redukcją znamion strony podmiotowej i przedmiotowej oszustwa ale także znajduje odzwierciedlenie na płaszczyźnie sankcji jakie grożą za popełnienie tych typów czynów zabronionych. Niestety ta proporcjonalność w reakcji karnej została w omawianym przypadku pominięta.

Koniecznym jest również wskazanie, iż w polskim systemie prawa represyjnego rozumianego *in toto* istnieje już typ czynu zabronionego mający zastosowanie w większości przypadków, w których zrealizowane będą znamiona nowo wprowadzonych typów przestępstw, chodzi tu o regulacje opisane w art. 62 § 2 k.k.s., który mówi o wystawieniu nierzetelnej faktury lub posługiwanie się takową. Nie może chyba budzić najmniejszych wątpliwości, że przerobiona lub podrobiona faktura w całą pewnością jest fakturą nierzetelną, stanowisko to jest w prezentowane w zasadzie przez większość przedstawicieli doktryny²¹. Wydaje się natomiast, że ze względu na podlegające ochronie dobro prawne, jakim jest interes podatkowy państwa, prawidłową kwalifikacją powinien stanowić jedynie art. 62 § 2 k.k.s. Ustawa karna skarbową pozostaje bowiem w specjalnym stosunku do norm powszechnego prawa karnego, a jej *ratio legis* jest ochrona interesów fiskalnych państwa²². Sytuację związaną ze zbiegiem norm prawa karnego powszechnego skarbowego w opinii autorów komplikuje całkowicie nietrafna uchwała składu 7 sędziów Sądu

¹⁹ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990 r., s. 66 - 67.

²⁰ M. Klubińska, *Przestępstwo oszustwa gospodarczego z art. 297 k.k.*, Warszawa 2014 r., s. 295.

²¹ T. Sroka [w:] W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212 - 277d*, Warszawa 2017 r., s. 758.

²² L. Wilk, *Prawo karne skarbowe jako instrument egzekwowania podatków*, „Palestra” nr 3, Warszawa 2010, s. 9 - 23.

Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r. o sygn. I KZP 19/12²³, w którym najwyższa instancja sądowa stwierdziła, iż pozaustawowe ale powszechnie uznawane w prawoznawstwie reguły wyłączania wielości ocen, mają zastosowanie jedynie w przypadku zbiegu przepisów tej samej ustawy, odmówił więc stosowania reguły *lex specialis derogat legi generali*²⁴ w przypadku zbieg przepisów k.k. i k.k.s. Orzeczenie to zostało poddane powszechnej krytyce doktryny²⁵, gdyż może w nieuzasadniony sposób prowadzić do nadużywania wyrażonej wprost w ustawie karnoskarbowej instytucji idealnego zbiegu przestępstw co może powodować nieuzasadnioną multiplikację przestępstw poprzez multiplikację ocen²⁶ nabudowanych na jedno prawnokarnie wartościowane zachowanie sprawcy. Warto w tym miejscu wskazać też na szereg wypowiedzi przedstawicieli doktryny jakie powstały przy analogicznym przypadku rozstrzygnięcia problemu konkurencji przepisów określających odpowiedzialność karną za przestępstwo oszustwa „powszechnego” i oszustwa skarbowego²⁷.

Wracając jednak do kwestii zgodności art. 270a k.k. i art. 271a k.k. w zw. z art. 277a k.k. z zasadą proporcjonalności, wydaje się, iż już *prima facie* przepis ten jest z nią wprost sprzeczny. Swoiście rozumiany argument genetyczny wskazuje ze względu na cel regulacji, a więc ochronę interesu fiskalnego państwa, adekwatnym i prawidłowym do stosowania środkiem zdają się bowiem być przepis kodeksu karnego skarbowego, jako ustawy specjalnej, powołanej właśnie w tym celu. Biorąc to pod uwagę, przepis ten godzi również w zasadę konieczności – istnieją bowiem w systemie prawa przepisy, które w wystarczający i mniej dotkliwy dla obywatela sposób, skutecznie zapewniają ochronę chronionego na gruncie nowych przestępstw godzących w wiarygodność dokumentów dobra prawnego. Wreszcie, jeżeli chodzi o zasadę proporcjonalności rozumianą *sensu stricto*, to analizując przepisy już funkcjonujące w porządku prawnym stwierdzić należy, że przewidziana sankcja jest znacząco za wysoka – większość przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu jest bowiem zagrożona niższą sankcją karną niż omawiany typ czynu zabronionego, nie wspominając już o innych przestępstwach przeciwko wiarygodności dokumentów, czy nawet

²³ Uchwała SN z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 19/12, LEX nr 1252697.

²⁴ P. Kardas, J. Majewski, *Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym i sposobach jej rozstrzygania* [w]: Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll, *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, Kraków 1994 r., s. 178.

²⁵ J. Duda, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2013 r. (I KZP 19/12)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, z. 1, Kraków 2013, s. 133; G. Artymiak, *O konstrukcji zbiegu idealnego – uwagi na tle uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r. (I KZP 19/12)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy”, nr 1, Warszawa 2015 r., s.30.

²⁶ P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011 r., s. 232.

²⁷ O. Górniok, *Uszczuplenie podatku VAT a zagarniecie mienia społecznego*, „Prokurator o Prawo”, Warszawa 1997 r., nr 2, s. 23; P. Kardas, G. Łabuda, *Zbieg przepisów kryminalizujących klasyczne oszustwo oraz oszustwo skarbowe* [w:] *Zbieg przepisów i zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego* (red.) J. Majewskiego, Toruń 2006, s. 113-163; M. Dąbrowska - Kardas, P. Kardas [w:] A. Zoll *Kodeks karny. Część szczególna, t. III, Komentarz do art. 278-363 k.k.*, Warszawa 2016 r., s. 331; P. Kardas *Prawnokarne aspekty uchylania się od wykonania zobowiązania podatkowego w podatku VAT - oszustwo skarbowe czy oszustwo klasyczne*, „Prokuratura i Prawo”, Warszawa 2006 r., nr 5, s. 48; K. Eichstaedt *Idealny zbieg przestępstw z art. 286 § 1 k.k. i art. 76 § 1 k.k.s.*, „Prokuratura i Prawo”, Warszawa 2012 r., nr 7 - 8, s. 30.

przeciwko mieniu²⁸. Kara 25 lat pozbawienia wolności to pod względem surowości druga z najsurowszych kar, ma charakter eliminacyjny i powinna być orzekana tylko w najcięższych i najpoważniejszych przypadkach²⁹. Jedyńm przepisem przewidującym podobne zagrożenie karą, a który mimo, że nie jest nowy również budzi poważne zastrzeżenia z perspektywy zasady proporcjonalności jest art. 310 k.k. sankcjonujący sankcją karną podrabianie pieniędzy. Ponadto, w ustawie karnej skarbowej, a więc w uregulowaniach uchwalonych i dedykowanych dla realizacji postulowanego celu, tj. ochrony interesów fiskalnych państwa, maksymalna sankcja, nawet w przypadku nadzwyczajnego obostrzenia kary wynosi lat 10, a w przypadku wymierzania kary łącznej 15 lat. Pozostaje już jedynie retorycznie zapytać, czy takie kształtowanie systemu prawnego, który mocniej chroni swoje interesy finansowe niż życie i zdrowie swoich obywateli jest słuszne i znajduje odzwierciedlenie w treści Konstytucji?

Drugim przykładem, godzącym w konstytucyjną zasadę proporcjonalności jest art. 180a k.k. penalizujący prowadzenie pojazdu mechanicznego po administracyjnym cofnięciu uprawnień. *A prima vista*, może odnosić wrażenie, iż ustawodawca miał dobre intencje, chcąc skuteczniej odstraszać osoby, które zostały pozbawione uprawnień od dalszego poruszania się po drogach. Jednak jeżeli weźmiemy pod uwagę treść regulacji art. 94 Kodeksu wykroczeń, który kwalifikuje jako wykroczenie prowadzenie pojazdu mechanicznego bez uprawnień pojawia się pytanie czy aby na pewno jest to kierunek słuszny? Wydaje się, że nie. Na pytanie, które z dwóch wymienionych zachowań jest bardziej społecznie szkodliwe *in abstracto* i niesie za sobą, co najmniej potencjalnie większe zagrożenie dla bezpieczeństwa w ruchu drogowym, oczywistym wydaje się odpowiedź, iż to opisane w kodeksie wykroczeń. Cofnięcie uprawnień oznacza bowiem, że osoba prowadząca pojazd, kiedyś takie uprawnienia uzyskała, a więc pozytywnie przeszła egzamin, na podstawie którego takie uprawnienia się nabywa, a więc tym samym w momencie ich uzyskania istnieje co do takiej osoby domniemanie, iż posiada ona wystarczające umiejętności i kwalifikacje do prowadzenia pojazdów mechanicznych na drogach publicznych. Jeżeli chodzi natomiast o osoby, które uprawnień nie posiadają w ogóle, to stanowią one pewnego rodzaju zagadkę – z jednej strony można wskazać, że osoby takie mogą być świetnymi kierowcami, z drugiej jednak mogą oni stanowić śmiertelne zagrożenie dla innych uczestników ruchu – w ich przypadku nie istnieje żadne domniemanie znajomości reguł rządzących ruchem, jak i obsługą pojazdu mechanicznego, nie dysponujemy bowiem żadnymi informacjami na temat ewentualnych posiadanych przez nich umiejętności. Wydaje się więc, że pewnym absurdem jest sytuacja, w której czyn niosący za sobą większą dozę niepewności co do poziomu bezpieczeństwa w ruchu drogowym, a więc co do zasady implikującym większe zagrożenie dla dobra prawnego postrzeganego *in abstracto*, stanowi

²⁸J. Majewski [w:] W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 1 - 52*, Warszawa 2016, s. 676 - 679.

²⁹Tamże.

wykroczenie, podczas gdy osoba, która z perspektywy samego faktu posiadania uprawnień jest w tożsamej sytuacji, a jedyną różnicą jest fakt, że uprawnienia te utraciła, będzie odpowiadać za przestępstwo, a ze względu na treść art. 10 k.w. może również odpowiadać za wykroczenie prowadzenia bez uprawnień. Jednoznacznie nasuwać zdaje się wniosek, zgodnie z którym, jeżeli dla zapewnienia bezpieczeństwa w ruchu drogowym, poprzez niedopuszczenia do niego osób nieposiadających uprawnień wystarczająca jest ingerencja poprzez ustanowienie zachowania sprzecznego z taką normą sankcjonującą jedynie wykroczeniem, to brak jest wystarczających logicznych argumentów przemawiających za tym, aby osoba która potwierdziła posiadanie koniecznych umiejętności, ale następnie uprawnienia utraciła, miała ponosić odpowiedzialność za przestępstwo. O ile bowiem, możliwe jest trafne argumentowanie że przepis ten jest zgodny z zasadą celowości, to już test jego zgodności z zasadą konieczności i proporcjonalności *sensu stricto* zdaje się nie do obrony.

IV Podsumowanie

Przechodząc do podsumowania rozważań autorzy pragną wskazać, iż ze względu niezwykle rozbudowaną, wieloaspektową naturę poruszanego problemu niniejszy tekst w swoim założeniu ma stanowić jedynie naświetlenie przedmiotowych zjawisk oraz stanowić przyczynek w dyskusji na ten niezwykle ciekawy temat. Ustawodawca, jako przedstawiciel Narodu, wybierany w powszechnych wyborach jest uprawniony do kształtowania systemu prawnego w taki sposób, aby osiągać pożądane społecznie cele, nie jest on jednak w dążeniu do tego celu wszechwładny – granice jego kompetencje wyznacza bowiem Konstytucją oraz normy prawa europejskiego i międzynarodowego³⁰. Konstytucyjna zasada proporcjonalności jest natomiast jak się wydaje najbardziej istotną granicą ustawodawczych zapędów do swobodnego i dowolnego prawotwórstwa³¹. Co więcej, prawo karne jest tą gałęzią prawa, dla której omawiana zasada ma fundamentalne znaczenie – jako ta gałąź prawa, która najgłębiej i najintensywniej ingeruje w prawa i wolności jednostki, szczególnie ważne staje się więc dbanie o całkowitą zgodność prawnokarnych regulacji z przepisami Konstytucji. Obserwując ostatnie zmiany legislacyjne w zakresie prawa karnego dojść można chyba do wyłącznie jednego wniosku – legislator odszedł od szukania skutecznych, akceptowalnych, a co najważniejsze zgodnych z Konstytucją reform w kierunku drastycznego zaostrzania polityki karnej oraz swoistego populizmu penalnego

³⁰ E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4, s. 3.

³¹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013 r., s. 25 - 26.

i instrumentalizacji prawa karnego, co ocenić należy jednoznacznie negatywnie³². Stara się on ponadto, za pomocą drakońsko surowych instytucji chronić podatkowe, a nawet bardziej ogólnie finansowe interesy państwa, przyznając im prymat nad ochroną praw jednostki. Na koniec podsumowania autorzy pragną jednak wskazać, że istnieje pewne światło w tunelu i z całym przekonaniem postulują korzystanie z niego, w każdym wypadku kiedy będzie to możliwe, a przez to i konieczne – chodzi tutaj o rozproszoną kontrolę konstytucyjności dokonywaną przez sądy. Dzięki niej możliwe bowiem będzie niejako zamknięcie omawianych na łamach niniejszego opracowania instytucji w konstytucyjne ramy i zapewnienie obywatelom nie wymiaru sprawiedliwości, którego chciałby ustawodawca, ale takiego, o którym mowa jest w polskiej ustawie zasadniczej. Prawidłowo odczytujący normy Konstytucji sąd nie ma bowiem możliwości wydania orzeczenia niesprawiedliwego, a tym samym nieakceptowanego społecznie.

³² W. Wróbel *Czy powrót do racjonalizmu? Projekty nowelizacji Kodeksu karnego w perspektywie zmian dokonanych w prawie karnym w latach 2005 - 2007* [w:] . Z. Sienkiewicz i R. Kokot, *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce - materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Prawa Karnego, Szklarska Poręba 24 - 27 września 2008 r.*, Wrocław 2009 r., s. 103 -105.

Ostatnie nowelizacje Kodeksu karnego w perspektywie konstytucyjnej zasady proporcjonalności

Mateusz Korzeniak, Wojciech Płóciennik

O autorze

Mateusz Korzeniak - absolwent magisterskich studiów prawniczych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz podyplomowego studium poświęconego prawu karnemu gospodarczemu i skarbowemu. Od stycznia 2018 r. aplikant w Okręgowej Izbie Adwokackiej w Krakowie

Wojciech Płóciennik – doktorant w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikant sędziowski w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury.

.Streszczenie

Niniejszy artykuł ma na celu zasygnalizowanie wątpliwości, co do zgodności ostatnich nowelizacji Kodeksu karnego z wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji zasadą proporcjonalności. Przywołana zasada stanowi najbardziej istotną granicę działań legislacyjnych, szczególnie w zakresie prawa karnego, które najbardziej ingeruje w prawa i wolności człowieka. Autorzy wskazują, że ostatnie działania ustawodawcy zdają się wskazywać na odejście od całościowej i racjonalnej reformy prawa karnego, na rzecz punktowych i populistycznych zmian.

Słowa kluczowe

zasada proporcjonalności, Konstytucja, nowelizacje Kodeksu karnego, populizm penalny

Recent amendments of polish Penal Code in light of constitutional rule of proportionality

Mateusz Korzeniak, Wojciech Płóciennik

Summary

The main goal of the article is to point out reservations for recent changes of Penal Code accordance with Constitutional rule of proportionality, stated in article 31 passage 3 of Polish Constitution. Indicated rule is the most important boundary for legislative activity, especially in terms of criminal law, which intervenes the most into the area of human right and liberties. Authors conclude that recent activity of the legislator tend to depart from comprehensive and rational reform of criminal law towards partial and populist changes.

Key words

proportionality rule, Constitution, Penal Code's amendments, penal populism

Wykładnia pojęć odbywania i wykonywania kary w prawie karnym na tle konstytucyjnego założenia o racjonalności prawodawcy

Kamil Łakomy

1. Wprowadzenie

Problematyka niniejszego artykułu dotyczy interpretacji dwóch fundamentalnych pojęć prawa karnego: *odbywanie* oraz *wykonywanie* kary. *Prima facie* wydawałoby się, że wykładnia ta nie powinna rodzić zasadniczych wątpliwości. Kontrowersje na tym tle zaczęły się pojawiać po dużych systemowych nowelizacjach kodeksu karnego¹ (z lipca 2015 r.² oraz z kwietnia 2016 r.³), w których ustawodawca wprowadził szereg nowych rozwiązań, także na tle instytucji kary łącznej, która stanowi podstawę do przedmiotowej analizy. Legislator reformując wspomnianą instytucję, zdecydował się uregulować kilka przesłanek negatywnych, wyłączających dopuszczalność orzekania kary łącznej. W art. 85 § 3 k.k.⁴ określającym jedną z takich przesłanek, w ramach jednej jednostki redakcyjnej przepisu prawnego wprowadzono dwa synonimiczne pojęcia *odbywanie* i *wykonywanie* kary. Problemy związane z użyciem takiego sformułowania rysują się przede wszystkim w kontekście zetknięcia stosowania kary łącznej z innymi instytucjami, zwłaszcza z warunkowym przedterminowym zwolnieniem z odbycia reszty kary. Właśnie takie zagadnienie było przedmiotem analizy Sądu Najwyższego, który w uchwale składu siedmiu sędziów o sygn. I KZP 11/17⁵ rozpatrywał pytanie prawne:

Czy popełnienie przestępstwa przez sprawcę w okresie próby wyznaczonym w związku z warunkowym przedterminowym zwolnieniem go z odbycia reszty kary pozbawienia wolności stanowi negatywną przesłankę w rozumieniu art. 85 § 3 k.k. orzeczenia kary łącznej pozbawienia wolności obejmującej karę, z której odbycia został warunkowo przedterminowo zwolniony i karę orzeczoną za przestępstwo popełnione w okresie próby?

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. 1997 Nr 88, poz. 553 ze zm. (zwana dalej: k.k.).

² Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

³ Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. z 2016 r., poz. 428.

⁴ „Art. 85. § 3. Jeżeli po rozpoczęciu, a przed zakończeniem **wykonywania** kary lub kary łącznej sprawca popełnił przestępstwo, za które orzeczono karę tego samego rodzaju lub inną podlegającą łączeniu, orzeczona kara nie podlega łączeniu z karą **odbywaną** w czasie popełnienia czynu.” (podkreślenia K.Ł.; publ. t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2204, z 2018 r. poz. 20, 305, 663.).

⁵ zob. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 września 2017 r., I KZP 6/17, OSNKW LEX nr 2361670 (zwane dalej: Postanowienie SN I KZP 6/17); Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2018 r., I KZP 11/17, LEX nr 2428802 (zwana dalej uchwałą SN I KZP 11/17).

Przy udzieleniu odpowiedzi na tak postawione pytanie, należy rozważyć cele przyświecające polskiemu ustawodawcy przy wprowadzeniu rzecznej reformy. W dalszej kolejności, trzeba zaś pochylić się nad przyświecającymi polskiej nauce prawodawstwa oraz prawoznawstwa założeniami o racjonalności prawodawcy oraz zasadami prawidłowej legislacji. Istotą analizowanego zagadnienia jest odpowiedź na pytanie, czy uwzględniając językowe, jak i funkcjonalne oraz systemowe reguły wykładni, dopuszczalne jest tożsame rozumienie synonimicznych, jakby można przypuszczać, pojęć *odbywania* i *wykonywania* kary. Przedmiotowa analiza zostanie przeprowadzona na gruncie derywacyjnej koncepcji wykładni, zaproponowanej przez M. Zielińskiego⁶.

Celem niniejszego opracowania jest wskazanie jakie negatywne konsekwencje dla pewności systemu prawnego wiążą się z naruszeniem zasad prawidłowej legislacji. Gruntowne przemodelowanie przesłanek kary łącznej, a nadto problemy wykładnicze, które pojawiały się na tle stosowania tej instytucji sprawiają, że w pierwszej kolejności analizowanemu zagadnieniu należy się przyjrzeć z perspektywy dogmatycznej. Wydaje się, że wszelkie wątpliwości związane z rozbieżnością pomiędzy intencją, która przyświecała prawodawcy przy nowelizacji rzecznej instytucji, a językowym brzmieniem przepisów, mogą zostać rozstrzygnięte za pomocą reguł interpretacyjnych przepisów prawnokarnych. Jednakże, aby uzyskać przekonującą i jednoznaczną odpowiedź co do interpretacji pojęć *odbywania* i *wykonywania* kary, należy sięgnąć po argumenty natury systemowej, tzn. skonfrontować rezultat wykładni z założeniem o racjonalnym działaniu prawodawcy. Wydaje się, że analizowany przypadek bardzo dobrze oddaje to, jak wykładnia o charakterze prokonstytucyjnym umożliwia usunięcie mankamentów powstałych ze względu na niedoskonałość techniki prawodawczej polskiego legislatora. Tym samym, analiza wątpliwości powstałych na gruncie nowego modelu orzekania kary łącznej, zostanie rozbudowana o dodatkowy aspekt, często pomijany w orzecznictwie sądowym.

2. Art. 85 § 3 k.k. w założeniach ustawodawcy.

Konstrukcja orzekania kary łącznej była w zasadzie jednolita i niezmienna od 1932 r. Dopuszczalność zastosowania tej instytucji w wyroku skazującym lub wyroku łącznym uzależniona była od wystąpienia w obiegu prawnym kar orzeczonych za pozostające w realnym zbiegu przestępstwa. Jednocześnie warunkiem wymiaru kary łącznej było popełnienie przez sprawcę dwóch przestępstw pozostających w zbiegu, przed wydaniem pierwszego, chociażby

⁶ M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 85.

nieprawomocnego wyroku co do któregośkolwiek z nich⁷. Takie rozwiązanie funkcjonowało w kodeksie karnym do 1 lipca 2015 r. Wskazana data stanowi bowiem moment wejścia w życie tzw. kontradiktoryjnej reformy prawa karnego, w której prawodawca zdecydował się na zastosowanie m.in. nowego modelu kary łącznej. Wprowadzenie rzeczony regulacji, kształtującej model wymiaru kary łącznej nazywany *kroczącym*, wiązało się z wyrugowaniem cezury czasowej pierwszego, choćby nieprawomocnego wyroku, zamykającego dopuszczalność połączenia kar w karę łączną⁸. Nowe przepisy określają, że obowiązek orzeczenia kary łącznej aktualizuje się w razie popełnienia przez sprawcę dwóch lub więcej przestępstw oraz wymierzenia za nie kar tego samego rodzaju lub kar różnorodnych, ale podlegających łączeniu, a także niezastąpienia jednej z przesłanek negatywnych określonych w § 2-4 art. 85 k.k.⁹. W uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej wskazane zmiany odczytujemy, iż celem projektodawcy było zasadnicze uproszczenie przesłanek materialnoprawnych i ograniczenie obowiązków procesowych sądu, a także liberalizacja wymiaru kary łącznej¹⁰. Jak się jednak okazało, brzmienie znowelizowanych przepisów, a zwłaszcza art. 85 § 3, bynajmniej nie wpłynęło na większą przejrzystość tej instytucji.

Za sprawą przytoczonej noweli, art. 85 § 3 otrzymał brzmienie: *Podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwo popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem **wykonywania** innej kary podlegającej łączeniu z karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa, lub karą łączną, w skład której wchodzi kara, która była **wykonywana** w chwili popełnienia czynu* (podkr. K. Ł.). Jak można zauważyć, w zacytowanym przepisie ustawodawca posłużył się pojęciem *wykonywania* kary. Jednocześnie jako *ratio legis* przedmiotowej regulacji wskazano zamiar wykluczenia sytuacji, w których wobec sprawców skazanych na surowe kary pozbawienia wolności, bliskie górnej granicy ustawowego zagrożenia, którzy przed zakończeniem jej odbywania mogliby popełnić przestępstwa o znacznej społecznej szkodliwości, dopuszczalne było wymierzenie za nie kary tylko w niewielkim zakresie wpływającej na rozmiar orzeczonej na tej podstawie kary łącznej¹¹. Zachodziła więc obawa, że w pewnych

⁷ Zob. P. Kardas, *Jeden czy dwa modele wymiaru kary łącznej. O paradoksach nowej regulacji kary łącznej*, „Prokuratura i Prawo” 2015, z. 11, s. 9-11; P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 53-116*, W. Wróbel, A. Zoll (red.), Warszawa 2016, s. 442-452; W. Wróbel, *Nowy model orzekania kary łącznej* [w:] W. Górski i in. (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Warszawa 2013, s. 625.

⁸ J. Lachowski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, V. Konarska-Wrżosek (red.), uwagi do art. 85, teza 1, Warszawa 2016, dostęp: Legalis [15.01.2018 r.].

⁹ W doktrynie pojawiają się wątpliwości, czy nowy model orzekania kary łącznej wciąż zasada się na zbiegu przestępstw, z tym że w inny, swoiście rozumiany sposób, czy też mamy do czynienia z nowym rozwiązaniem nazywanym zbiegiem kar. Na ten temat por. J. Lachowski [w:] *Kodeks karny...* teza 2; D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna i wyrok łączny*, Kraków 2017, s. 43-45.

¹⁰ Druk sejmowy nr 2393 z dnia 15 maja 2014 r. – Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw wraz z projektami aktów wykonawczych, s. 18-19.

¹¹ Ibidem.

sytuacjach procesowych sprawca *de facto* pozostawałby bezkarny¹². Jednocześnie w samym uzasadnieniu projektodawca przemienne posługiwał się pojęciami będącymi przedmiotem analizy.

Wskazany przepis spotkał się ze słuszną krytyką doktryny prawa karnego, która zauważyła, iż jest on obarczony wadami leksykalnymi¹³. W związku z powyższym, ustawodawca zdecydował się na rozczłonkowanie art. 85 § 3 na § 3 i 3a oraz korektę brzmieniową omawianej przesłanki. Ustawa nowelizująca kodeks karny, która weszła w życie 15 kwietnia 2016 r. nadała omawianemu przepisowi brzmienie *Jeżeli po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej sprawca popełnił przestępstwo, za które orzeczono karę tego samego rodzaju lub inną podlegającą łączeniu, orzeczona kara nie podlega łączeniu z karą odbywaną w czasie popełnienia czynu* (podkr. K. Ł.). W nowym brzmieniu przepisu zauważalne jest posługiwanie się przez ustawodawcę rozróżnieniem na pojęcia *odbywanie* i *wykonywanie* kary w ramach jednej jednostki redakcyjnej przepisu prawnego. Owa dystynkcja pozostała jednak w zasadzie niezauważona zarówno przez prawodawcę, jak i część przedstawicieli doktryny¹⁴. Wskazuje się, że normatywna istota i cel obowiązującego rozwiązania są identyczne z konstrukcją przyjętą pierwotnie, a przy tym aktualna regulacja opiera się na tych samych przesłankach, stanowiąc jedynie korektę oczywistych błędów techniczno-legislacyjnych. Wynika to m.in. z uzasadnienia nowelizacji k.k., która wprowadziła aktualne brzmienie rzeczonyj przesłanki. Konkretniej, ustawodawca w rzeczonym uzasadnieniu jako cel nowelizacji wskazuje skorygowanie niejasnego pod względem gramatycznym ujęcia art. 85 § 3 k.k., a przy tym posługuje się pojęciami *odbywanie* i *wykonywanie* kary przemienne, sugerując przez to, że przypisuje im jednakowe znaczenie. W tym punkcie zasadna jest zatem konstatacja, iż ustawodawca na gruncie omawianej instytucji rozumie analizowane pojęcia w sposób tożsamy. W konsekwencji, wzięwszy pod uwagę jedynie wykładnię celowościową oraz materiały z prac legislacyjnych nad projektami nowelizacji, odpowiedź na pytanie prawne skierowane do SN, które zostało przytoczone we wprowadzeniu, winna być twierdząca. Innymi słowy, kierując się intencją prawodawcy, w sytuacji gdy sprawca popełnił przestępstwo podczas okresu, w którym miała wobec niego zastosowanie instytucja warunkowego przedterminowego

¹² P. Kardas [w:] *Kodeks karny...* s. 475-476.

¹³ Jak zauważył P. Kardas, literalne odczytanie art. 85 § 3 prowadziło do stwierdzenia, że omawiana negatywna przesłanka odnosi się jedynie do kary jednostkowej orzeczonej wcześniej wobec sprawcy i wykonywanej w chwili popełnienia przez niego kolejnego przestępstwa, za które następnie orzeczona zostaje kara podlegająca łączeniu na zasadach określonych w poprzednich paragrafach. Oznacza to, że wykonywaną w takim ujęciu mogłaby być jedynie kara jednostkowa, a zatem negatywnej przesłanki na pierwszy rzut nie stanowiłby układ procesowy, w którym karą wykonywaną, o której mowa w tym przepisie była wcześniej orzeczona kara łączna. Takie rozwiązanie nie miałoby żadnego uzasadnienia aksjologicznego. Rezultat wykładni językowej mógłby oczywiście zostać przełamany przez pozostałe dyrektywy interpretacji tekstu prawnego, jednakże samo leksykalne brzmienie przepisu było zbyt niejednoznaczne.

¹⁴ Zob. M. Gałązka [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), uwagi do art. 85, teza 7, Warszawa 2015, dostęp: Legalis [25.02.2018 r.]; P. Kardas [w:] *Kodeks karny...*, s. 477 i n.; Ł. Pohl [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, R. A. Stefański (red.), art. 85, Warszawa 2017, dostęp: Legalis [25.02.2018 r.]; odmiennie S. Żółtek [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116*, R. Zawłocki (red.), uwag do art. 85, nb. 26-30, Warszawa 2017, dostęp: Legalis [25.02.2018 r.].

zwolnienia z odbycia reszty kary, to w przypadku skazania za to przestępstwo, nie można wobec sprawcy orzec kary łącznej. Wynika to z faktu, że zdaniem prawodawcy w takiej sytuacji sprawca wciąż odbywa karę, a zatem aktualizuje się negatywna przesłanka orzekania kary łącznej, o której mowa w art. 85 § 3 k.k. Jednocześnie wypada wskazać, iż uzasadnienie wprowadzenia tych zmian jest nad wyraz zwięzłe i zamyka się dosłownie w dwóch zdaniach¹⁵.

Z drugiej strony, w doktrynie ugruntowało się także przekonanie, że ostatnia nowelizacja art. 85 k.k. nie była jedynie korektą językową, lecz stanowiła zmianę normatywną o charakterze treściowym¹⁶. W takim rozumieniu *de facto* mielibyśmy do czynienia z zawężeniem zastosowania przesłanki, o której mowa w § 3. Zgodnie z takim poglądem cel nowelizacji nie został wprost wysłowniony przez ustawodawcę, jednakże ze względu na wprowadzenie rozróżnienia na linii pojęcia odbywanie i wykonywanie kary doszło do dalej idącego przemodelowania analizowanej przesłanki. Jest to widoczne w przypadku instytucji o charakterze probacyjnym, m.in. warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary. W takim bowiem przypadku, zgodnie z prezentowanym poglądem, kara nie jest w ogóle odbywana. W konsekwencji zmiana treści art. 85 § 3 k.k. i uzależnienie niedopuszczalności orzekania kary łącznej od odbywania kary przez sprawcę sprawia, że w przypadku, gdy sprawca korzysta z warunkowego przedterminowego zwolnienia, nie mamy do czynienia ze zaktualizowaniem się rzeczowej przesłanki. Jednocześnie, taki wniosek byłby nieuzasadniony na gruncie poprzedniego brzmienia art. 85 § 3 k.k. Zatem można by wnioskować, że sprawca, który przebywa na warunkowym przedterminowym zwolnieniu nie odbywa kary, mimo że jej wykonywanie nie zostało zakończone. Takiemu rozumieniu omawianych regulacji należałoby także przypisać przymiot względniejszego dla sprawcy. Co więcej, zmieniałoby ono zasadniczo kierunek interpretacyjny wspomnianego pytania prawnego. Fundamentem argumentacji uzasadniającej zawężającą zmianę normatywną analizowanej przesłanki negatywnej jest bowiem rozróżnienie na linii pojęć *odbywania* i *wykonywania* kary. Skoro ustawodawca posłużył się pojęciami odmiennymi, to należałoby im przypisać różne znaczenie, co zostanie rozwinięte w dalszej części wyводу.

Konkludując, rozstrzygnięcie czy sprawca korzystający z warunkowego przedterminowego zwolnienia: 1) odbywa karę, 2) kara jest wobec sprawcy wykonywana, 3) kara jest wykonywana a sprawca ją odbywa, 4) kara nie jest ani odbywana, ani wykonywana, wydaje się co najmniej nieoczywiste.

¹⁵ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Sejm VIII kadencji, druk nr 207, cz. I, Uzasadnienie, s. 18-19.

¹⁶ D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna...*, s. 76; odmiennie M. Gałazka [w:] *Kodeks karny...* teza 7.

3. Wykładnia językowa analizowanych pojęć.

Po odkodowaniu *ratio legis* przedstawianego rozróżnienia, należy skoncentrować uwagę na podstawowej i wstępnej fazie egzegezy tekstu prawnego, czyli wykładni językowej. Dopiero bowiem po przeprowadzeniu leksykalnego etapu interpretacji, można stwierdzić czy, a jeśli tak, to w jakim stopniu dopuszczalne jest przełamanie językowego znaczenia tekstu. Należy wyjaśnić, że prezentowana w tym miejscu analiza ma charakter obiektywny, tzn. jest realizowana zgodnie z założeniem, w którym tekst prawny odrywa się od swego twórcy i ma znaczenie zobiektywizowane, wyznaczone przez reguły języka, w którym jest sformułowany, niezależnie od zamysłu, jaki chciał wyrazić prawodawca¹⁷.

Pojęcia *odbywanie* i *wykonywanie* kary pojawiają się w kodeksie karnym i kodeksie karnym wykonawczym¹⁸ wielokrotnie. Ustawodawca nie zdecydował się jednak na wprowadzenie definicji legalnych w tym zakresie. Nadto, próżno doszukiwać się jednoznacznego brzmienia omawianych pojęć za pomocą reguł wykładni autentycznej. Przytoczenie w tym miejscu wszystkich kontekstów znaczeniowych w jakich można napotkać te zwroty we wskazanych kodyfikacjach znacznie przekraczałoby ramy niniejszego opracowania¹⁹. Należy zatem opierać się o reguły wykładni językowej niższego stopnia. Zatem począwszy od fazy słownikowej wypada zauważyć, że słowo *odbywać* oznacza branie udziału w jakiejś czynności lub w jakimś procesie trwającym określony czas²⁰. Z kolei pojęcie *wykonywania* na gruncie języka powszechnego jest rozumiane zbieżnie ze *zrobieniem czegoś*, *wyprodukowaniem czegoś*. Oznaczałoby to zatem, że rzeczne zwroty są synonimiczne w sposób pozorny. To znaczy, że w zamysle prawodawcy oba pojęcia mają tożsame znaczenie, stąd przekonanie o dopuszczalności przemiennej ich stosowania. Z drugiej strony, analiza językowa wskazuje, że prezentowane pojęcia mają odmienny substrat znaczeniowy, który bynajmniej nie jest tożsamy. A zatem rozmią się to z przekonaniem towarzyszącym prawodawcy, który wprowadzał wskazane pojęcia do art. 85 § 3 k.k. Trafne wydaje się doprecyzowanie takiego poglądu stwierdzeniem, że owa synonimiczność mogłaby zachodzić jedynie na płaszczyźnie języka prawniczego i to w odniesieniu do norm prawno-karnych związanych z zagadnieniami penitencjarnymi.

Powyższe twierdzenie należy rozwinąć i uzasadnić przez zastosowanie dalszych reguł interpretacyjnych norm prawnych i przepisów prawnych, posługując się derywacyjną koncepcją wykładni. Jak wskazano, doniosłość omawianej problematyki wiąże się z faktem, iż ustawodawca zdecydował się posłużyć pojęciami względnie synonimicznymi w ramach tego samego przepisu

¹⁷ S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2003, s. 74.

¹⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. 1997 Nr 90, poz. 557 ze zm. (zwana dalej k.k.w.).

¹⁹ Zob. Postanowienie SN I KZP 6/17.

²⁰ S. Dubisz, *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2003 s. 82.

prawnego, rozumianego jako zdanie w sensie gramatycznym (od kropki do kropki, lub od kropki do średnika, lub od średnika do kropki) zwykle wyróżnione graficznie w tekście prawnym i zwykle oznaczone jako artykuł paragraf czy ustęp²¹. Implikuje to zatem konieczność takiej interpretacji percepcyjnej, w której należy kolejno określić znaczenie każdego ze słów (zwrotów) użytych przez ustawodawcę w przepisie prawnym, bez pominięcia któregośkolwiek z nich²². Powyższe opiera się o założenie interpretacyjne zakazu wykładni *per non est*, tj. takiej, w której dane fragmenty tekstu prawnego okazałyby się zbędne. Idąc dalej, pomocna okazuje się także odwrócona reguła *lege non distinguente*. Zgodnie z tą zasadą prawodawca, który nie wprowadza w tekście prawnym dywersyfikacji pojęć, oczekuje od interpretatora ich tożsamego odczytywania. *A contrario*, jeżeli z takim rozróżnieniem mamy do czynienia, to uprawnione jest twierdzenie, że ustawodawcy chodziło o przypisanie odmiennych znaczeń. Inna argumentacja wydaje się także nie do pogodzenia z zasadami redagowania tekstów prawnych, które w sposób pomocniczy należy uwzględniać w toku interpretacji. Na podstawie przytoczonych ustaleń nie ulega wątpliwości, że wykładnia celowościowa pojęć *odbywania* i *wykonywania* kary nie konweniuje z zasadniczymi regułami językowej interpretacji norm prawnych.

4. Kontekst systemowy.

Analiza przedmiotowego zagadnienia z perspektywy systemowej uzasadnia ustalenia poczynione w ramach wykładni językowej. Słusznie zauważył Sąd Najwyższy, że wykonywanie kary dotyczy czynności podejmowanych przez organy postępowania wykonawczego wskazane w art. 2 Kodeksu karnego wykonawczego oraz przez skazanego, jako strony postępowania, w zakresie wprowadzenia orzeczenia sądu o karze do wykonania²³. Teza ta zasadza się na uregulowaniu w k.k.w. początku okresu wykonywania kary, czego brak jest w odniesieniu do pojęcia *odbywania* kary. Wspierając to poczynionymi wcześniej ustaleniami językowymi, w doktrynie wskazuje się, że wykonywanie kary jest pojęciem nadrzędnym w stosunku do *odbywania* kary²⁴. *Odbywanie* jest zatem jedynie etapem postępowania penitencjarnego, uwarunkowanym wprowadzeniem orzeczenia sądu karnego o karze do obrotu prawnego.

W dalszej kolejności, godna uwagi jest argumentacja dotycząca zasad wprowadzenia do wykonania wszystkich rodzajów kar wskazanych w katalogu z art. 32 k.k. Nie ulega wątpliwości, że w odniesieniu do każdego rodzaju kary pozbawienia wolności oraz kary ograniczenia wolności,

²¹ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017, s. 17.

²² Ibidem, s. 291

²³ Postanowienie SN I KZP 6/17.

²⁴ D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna...*, s. 76.

mamy do czynienia zarówno z odbywaniem, jak i wykonywaniem tych sankcji karnych. Dyferencja pojawia się jednak w przypadku kary grzywny. Istota tej sankcji polega na jednorazowym, punktowym wykonaniu oznaczonego obowiązku związanego z wyrokiem skazującym, czyli uiszczeniem określonej w wyroku kwoty pieniężnej. Powstać może pytanie, co w sytuacji rozłożenia grzywny na raty. Otóż w takim układzie procesowym istotnie grzywna traci swój jednorazowy charakter i cechuje się cyklicznością. Jednakże trudno tutaj o stwierdzenie, że wykonywanie tej kary ma charakter trwały. Wciąż jest to kara o profilu punktowym, jednakże rozłożonym w czasie na oznaczone momenty, w których należy ją wykonać. W związku z tym kara grzywny nigdy nie jest odbywana, a jedynie wykonywana. Takie wnioski wspiera fakt, że polski ustawodawca w żadnym przepisie nie posługuje się pojęciem odbywania, którego wiązałoby się z karą grzywny.

W końcu, nieco na marginesie, nie można pomijać ważkiego stanowiska odnoszącego się do istoty przesłanki negatywnej uregulowanej w art. 85 § 3 k.k. Bezspornie wskazany przepis ma charakter wyjątkowy. Celem ustawodawcy było wprowadzenie swoistej *furtki* nakazującej sądowi odstąpienie od obligatoryjnego orzekania kary łącznej. Brak jest przy tym podstaw, aby wyjątkowy charakter przedmiotowego rozwiązania interpretować odmiennie od przyjętych przez naukę prawa zasad wykładni tekstu prawnego. Mam tu na myśli zakaz wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy oraz paremię *exceptiones non sunt extendendae*, które zostałyby przełamane w przypadku przyjęcia rozwiązania celowościowego przedstawionego w pkt. 2 opracowania.

5. Kontekst konstytucyjny.

Analizowane zagadnienie jawi się jako problem nie tylko w sferze samej dogmatyki prawa karnego, ale także w szerszej, konstytucyjnej perspektywie. Niezbędne jest tutaj przytoczenie, jak ważką jest kwestia określoności unormowań prawnych, zwłaszcza na tle norm prawnokarnych. Wymóg dostatecznej określoności jest pochodną niezwykle pojemnej zasady demokratycznego państwa prawa, umiejscowionej treściowo w art. 2 Konstytucji RP²⁵, a także nierozzerwalnie z nią związanymi dyrektywami prawidłowej legislacji²⁶. To właśnie te dyrektywy określają pewien wzorzec postępowania dla ustawodawcy, który jak się wydaje nie został dochowany przy wprowadzeniu nowego kształtu orzekania kary łącznej.

²⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

²⁶ S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego*, Warszawa 2017, s. 448 i nast.; zob. także: Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 lutego 2014 r., P 21/02, OTK-A 2004/2/9; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne, Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 62-68.

Przez zasady prawidłowej legislacji rozumie się m.in. wymóg formułowania przepisów prawnych w sposób poprawny, precyzyjny i jasny. Poprawność odnosi się do bezwyjątkowego warunku kształtowania przepisów zgodnie z prawidłami języka polskiego i zasadami logiki formalnej. Precyzja oznacza jednoznaczność i dostateczną określoność, które niewątpliwie niejednokrotnie są trudne do uzyskania. Natomiast jasność to wymóg przejrzystości i możliwości klarownej interpretacji dla odbiorcy tekstu prawnego²⁷. Znaczenie tej zasady przejawia się przede wszystkim w kontekście regulacji kształtujących pozycję prawną jednostki²⁸. Z taką sytuacją mamy niewątpliwie do czynienia w zakresie regulacji dotyczących zasad orzekania kary łącznej. Zaistnienie przesłanek pozytywnych oraz brak żadnej z negatywnych przesłanek stosowania tej instytucji kształtuje niewątpliwie pewne warunkowe, podmiotowe prawo jednostki do zastosowania wobec niej kary łącznej. Niejednoznaczność oraz duże rozbieżności na linii *ratio legis* danych regulacji prawnych i ich językowej rekonstrukcji *de facto* powodują naruszenie zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i tworzonego przez nie prawa.

Ekstrapolując niniejsze rozważania na aspekty ugruntowanej w Polsce nauki prawoznawstwa, zauważalne jest powiązanie wskazanych aspektów konstytucyjnych z założeniem o racjonalności prawodawcy. Przekonanie o tym, że prawodawca działa w sposób racjonalny doktryna teorii prawa zawdzięcza pracy L. Nowaka²⁹. To twierdzenie ma uzasadniać wszystkie dyrektywy wykładni stosowane przez odbiorcę tekstu prawnego. Zdaniem Z. Ziemińskiego *kluczem problematyki dogmatycznej w odniesieniu do współczesnych systemów prawnych jest odniesienie do założenia o racjonalności prawodawcy. Polega ono na idealizującym i kontrfaktycznym domniemaniu, że teksty prawne danego systemu są tworem jednego tylko, w pełni racjonalnego podmiotu, a więc podmiotu konsekwentnie kierującego się określoną spójną wiedzą i określonymi ocenami, uporządkowanymi preferencyjnie*. W związku z tym prawodawcy przypisuje się przymiot kompleksowej wiedzy, która: jest niesprzeczna, systemowa, z uwzględnieniem wszelkich konsekwencji logicznych, cechująca się asymetrią preferencji, które przy tym mają charakter przechodni³⁰. Nadto, można wyróżnić postać prawodawcy racjonalnego w ujęciu językowym, tzn. takiego, który doskonale zna reguły języka, w którym tworzy przepisy prawne oraz prawodawcy racjonalnego w ujęciu aksjologicznym, czyli takiego, który cechuje określonym, spójnym aksjologicznie systemem

²⁷ W wyroku z 30 października 2001 r. o sygn. K 33/00, TK stwierdził, że przepis tworzący prawa lub nakładający obowiązki winien być sformułowany w sposób pozwalający jednoznacznie określić kto, kiedy i w jakiej sytuacji im podlega oraz powinien być na tyle precyzyjny, aby możliwa była jego jednolita wykładnia i stosowanie. Wskazane warunki można bez wahania odnieść do analizowanego w niniejszym artykule zagadnienia wykładni pojęć odbywania i wykonywania kary.

²⁸ Zob. Opracowanie Biura Trybunału Konstytucyjnego, *Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015, s. 64 i nast.

²⁹ L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973.

³⁰ L. Nowak, *Próba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa*, Poznań 1968, s. 77-78; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 25.

wartości³¹. To drugie przekonanie uzasadnia funkcjonalne reguły wykładni. I choć w nauce prawa założenie o racjonalności prawodawcy spotyka się z podejściem co najmniej sceptycznym, to warto przytoczyć w tym miejscu opinię Trybunału Konstytucyjnego, którego zdaniem odrzucenie tej fikcji prawnej wiązałoby się z dopuszczeniem możliwości podważenia poszczególnych aktów prawnych i odmowy ich stosowania³². Skoro zaś założeniem jest racjonalność prawodawcy i wynikający stąd racjonalizm stanowionych przez niego norm prawnych, to ów racjonalizm musi zostać uznany za składową przyzwoitej legislacji. Innymi słowy, legislacji nieracjonalnej nie można uznać za prawidłową, choćby nawet spełniała wszelkie formalne kryteria poprawności³³. Konieczne jawi się zatem odniesienie rzeczzonego założenia do analizowanej problematyki.

Dokonując zatem oceny przesłanki negatywnej z art. 85 § 3 k.k. oraz wykładni znaczenia *odbywania* i *wykonywania* kary z perspektywy racjonalności podmiotu stanowiącego prawo, kluczowe wydaje się rozstrzygnięcie, czy aksjologiczne podstawy aktywności prawodawczej w tym przypadku mają pierwszeństwo przed racjonalnością językową. W pierwszej kolejności niezbędne jest wskazanie, że przekonanie zaczerpnięte z dorobku L. Nowaka jest jedynie postulatem interpretacyjnym, a nie twierdzeniem. Nie można przekonywająco stwierdzić, że legislator w każdym wypadku działa w sposób pozbawiony sprzeczności i spójny aksjologicznie. Wystarczy posiłkować się tutaj materiałami z prac legislacyjnych oraz uzasadnieniami projektów ustaw z jakimi mamy do czynienia obecnie. Nie napawa optymizmem, nie pozbawiona przecież racji, konstatacja, iż aktualnie mamy do czynienia ze spadkiem jakości i zupełności uzasadnień projektów ustaw. Mnogość wprowadzanych przepisów oraz intensywność zmian, dotycząca także prawa karnego, powodują, iż niejednokrotnie próżno szukać przekonujących argumentów za takim, a nie innym uregulowaniem danej instytucji. Podobnie było w przypadku noweli wprowadzających przesłankę negatywną z art. 85 § 3, tym bardziej w odniesieniu do ustawy nowelizującej, która weszła w życie w kwietniu 2016 r. Po drugie, mimo iż w koncepcji racjonalnego prawodawcy mowa o jednym, wyidealizowanym podmiocie tworzącym prawo, to w sytuacji faktycznej zaistniałej na tle wskazywanych zmian ustawowych, mieliśmy do czynienia z różnymi ustawodawcami faktycznymi³⁴. Trudno przy tym kompleksowo przypisać aksjologiczną tożsamość owym ustawodawcom, pamiętając że zmiana z kwietnia 2016 r. miała charakter kontrreformy w stosunku do ustawy wchodzącej w życie 1 lipca 2015 r. W końcu, trudne do zaakceptowania byłoby przyjęcie, iż wprowadzone w ramach jednego przepisu prawnego pojęcia o różnym

³¹ S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia...*, s. 87.

³² L. Morawski przedstawiał krytykę koncepcji racjonalnego prawodawcy jako niewzruszalnego domniemania prawnego w interpretacji. Zdaniem tego Autora domniemanie to ma charakter co najmniej wzruszalny, a postulatywnie rzecz ujmując, najlepiej, aby w ogóle zostało wyrugowane przez interpretatorów tekstu prawnego. Na ten temat zob. L. Morawski, *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 1, s. 33-36.

³³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 17 maja 2005 r., P 6/04, OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 50, s. 703.

³⁴ Nowelizacja z lipca 2015 r. została uchwalona przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej VII Kadencji, natomiast kontrreformę wprowadzono po rozwiązaniu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, w trakcie trwania następnej kadencji Sejmu RP; zob. uwagi na temat prawodawcy faktycznego w: S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia...*, s. 29.

brzmieniu, racjonalny ustawodawca nakazuje rozumieć w sposób tożsamy. Względy celowościowe nie uzasadniają dostatecznie przełamania ustaleń wykładni językowej i systemowej. Można by w tym miejscu podać także argument postulatywny, wskazujący że ustawodawca mógł przecież osiągnąć zamierzony cel za pomocą precyzyjniejszej konstrukcji przepisu. Takie stanowisko można umotywować faktem, że ponownie korygował nieprecyzyjne brzmienie wcześniej uchwalonych przepisów, jednak ponownie zrobił to w sposób wysoce nieprecyzyjny. Ta niedoskonałość poczynił prawodawcy uzasadnia interpretację pojęć *odbywania* i *wykonywania* kary w oderwaniu od celu regulacji z art. 85 § 3, a przy tym w oparciu o poczynione wcześniej ustalenia wykładni językowej i systemowej.

6. Podsumowanie.

W konkluzji do niniejszych rozważań pozostaje stwierdzić, że zwroty *odbywanie* i *wykonywanie* kary mają różną zawartość normatywną. Taki pogląd został podzielony przez Sąd Najwyższy w ostatniej uchwale składu siedmiu sędziów³⁵. Zdaniem najwyższej instancji sądowej terminy te nie mogą być interpretowane jako synonimiczne i to niezależnie od otoczenia normatywnego w jakim funkcjonują. Rację przyznano zatem wykładni językowej oraz systemowej. W praktyce oznacza to, że w przypadku, kiedy sprawca popełni przestępstwo podczas korzystania z warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia kary, to taki okres nie jest rozumiany jako odbywanie kary, a zatem dopuszczalne jest orzeczenie kary łącznej w takim układzie procesowym. Jednocześnie zmiany wprowadzane przez polskiego ustawodawcę w omawianym zakresie muszą zostać ocenione negatywnie. Taka ewaluacja konieczna jest nie tyle ze względu na motywację przyświecającą prawodawcy, co z uwagi na niedochowanie licznych gwarancji i zasad związanych z procesem stanowienia prawa. Są to zasady funkcjonujące zarówno w układzie wertykalnym, jak i na płaszczyźnie ogólnych teorii prawoznawstwa i prawodawstwa. *De lege ferenda* nie widać przeszkód, aby przesłanka negatywna z art. 85 § 3 k.k. została uregulowana zgodnie z pierwotną wolą projektodawców, jednakże w aktualnym stanie prawnym nadanie prymarnego znaczenia wykładni celowościowej jest niedopuszczalne. W każdym bowiem układzie normatywnym analizowane pojęcia winny być interpretowane rozbieżnie.

Puentując, godny podzielenia jest pogląd Sądu Najwyższego, iż popełnienie przestępstwa przez sprawcę w okresie próby związanym z warunkowym przedterminowym zwolnieniem z odbycia reszty kary nie stanowi negatywnej przesłanki orzeczenia kary łącznej, ponieważ w takim układzie

³⁵ Uchwała SN I KZP 11/17.

faktycznym kara nie jest w ogóle odbywana, mimo że wszelkie konsekwencje związane z wykonaniem kary jeszcze nie ustały.

Wykładnia pojęć odbywania i wykonywania kary w prawie karnym na tle konstytucyjnego założenia o racjonalności prawodawcy

Kamil Łakomy

O autorze

Kamil Łakomy jest studentem IV roku stacjonarnego stadium prawa na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Wiceprzewodniczący Koła Nauk Penalnych Iure et Facto działającego przy Katedrze Postępowania Karnego Wydziału Prawa i Administracji UAM.

.Streszczenie

Artykuł stanowi próbę rekonstrukcji znaczenia pojęć *odbywania* i *wykonywania* kary. Autor jako punkt odniesienia ustanowił ostatnie systemowe reformy instytucji kary łącznej, zwłaszcza jednej z przesłanek negatywnych określonych w art. 85 § 3 k.k., w którym te terminy występują. Analiza krytyczna poszerzona jest o kontekst zasad prawidłowej legislacji oraz zaaprobowane w polskiej teorii prawa założenie o racjonalności prawodawcy. Artykuł odnosi się także do ostatnich judykatów Sądu Najwyższego dotyczących przedmiotowego zagadnienia.

Słowa kluczowe

odbywanie kary, wykonywanie kary, racjonalny prawodawca, kara łączy

Legal interpretation of terms „serving” and „executing” the penalty in the context of constitutional assumption of the rational legislator

Kamil Łakomy

Summary

This paper contains an analysis and legal interpretation of the terms serving the penalty and executing the penalty. The Author presents description of an aggregate penalty and its negative prerequisites settled in Art. 85 § 3 of Penal Code as a starting point of the interpretation. The research tool used by the author to clarify the interpretation problems is the assumption of the rational legislator and the directives of the proper legislation which were used as a constitutional context of this paper. This contribution also explores the newest resolutions of the Polish Supreme Courts and the legislative amendments which created the controversies of the analyzed issue.

Key words

serving the penalty, executing the penalty, rational legislator, aggregate penalty

Obowiązek respektowania przez ustawodawcę konstytucyjnej zasady określoności czynu zabronionego w świetle braku definicji zwrotu niedookreślonego „pod wpływem środka odurzającego” i wykorzystywania definicji pozakodeksowych

Agnieszka Pena

Przedmiotem niniejszego artykułu jest konstytucyjna zasada *nullum crimen sine lege* w zakresie, w jakim dotyczy ona określoności czynu zabronionego w sferze prawa karnego materialnego. Zasadę tę bez wątpienia zaliczyć można do kanonu współczesnego prawa karnego¹, chociaż po szczegółowej analizie aktualnego stanu prawnego zobaczyć można, że nie jest ona w pełni respektowana przez ustawodawcę, a to może nieść za sobą wiele kontrowersji i problemów interpretacyjnych. Aktualność rozważań nad omawianą problematyką może potwierdzić fakt, iż zasada ta stała się przedmiotem wydanego 5 grudnia 2017 roku wyroku Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Możemy przeczytać w nim, iż Wielka Izba przyznała prymat ustawowej zasady dostatecznej określoności czynów wywodzącej się z zasady *nullum crimen sine lege* nad przepisami wspólnotowymi dotyczącymi nałożenia dolegliwych sankcji karnych w przypadku poważnych oszustw naruszających interesy finansowe Unii Europejskiej².

Rozważania nad konstytucyjną zasadą, jaką jest zasada określoności czynu zabronionego w kontekście przepisów prawa karnego materialnego, trudno byłoby rozpocząć, pomijając znaczenie Konstytucji dla całego systemu prawa. Znaczenie to w odniesieniu do prawa karnego materialnego obserwujemy na wielu płaszczyznach, począwszy od rozważań typowo naukowych, doktrynalnych, a skończywszy na kształtowaniu aktualnej polityki karnej. Zapisy zawarte w Konstytucji pozwalają na określenie podstawowych funkcji, jakie spełniać ma prawo karne. Ponadto z jej zapisów winny wypływać normy, zasady i wartości, które można nazwać tożsamymi dla wszystkich obywateli. W prawie karnym materialnym ustawa zasadnicza wykorzystywana jest przede wszystkim przy tworzeniu modeli odpowiedzialności karnej, przy budowaniu norm prawa karnego, pojęcia bezprawności czynu, konstruowaniu kontratypów, przy rozumieniu znamion typu czynu zabronionego, przy określaniu dóbr prawnie chronionych czy społecznej szkodliwości czynów zabronionych. Przechodząc do etapu stosowania prawa karnego materialnego, zagadnienia konstytucyjne są widoczne nie tylko w gwarancjach procesowych, ale przede wszystkim w wyborze środków, jakie możemy zastosować względem sprawcy³.

¹ P. Cychosz, *Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2015, s. 70.

² <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62017CJ0042&lang=pl&type=TEXT&ancre=>, 08.02.2018.

³ P. Cychosz, *Konstytucyjny...*, s. 8-9.

Nullum crimen sine lege a nullum crimen sine lege certa

Konstytucja RP z 1997 w art. 42⁴ statuuje fundamentalne zasady należące do prawa karnego, które w państwach demokratycznych leżą u podstaw wymiaru sprawiedliwości – zasady *nullum crimen sine lege* oraz *nulla poena sine lege*⁵. W literaturze przedmiotu uszczegółowienie pierwszej z wyżej wymienionych zasad nie nastręcza trudności, natomiast druga z nich budzi spory doktrynalne, dlatego też nie będzie ona przedmiotem niniejszych rozważań.

Przechodząc do zasady *nullum crimen sine lege* należy skonkretyzować ją przez trzy bardziej szczegółowe dyrektywy: *nullum crimen sine lege certa*, *nullum crimen sine lege scripta* i *nullum crimen sine lege stricta*. Jedynie w taki sposób jest możliwa jej pełna interpretacja i stosowanie w praktyce. Dyrektywę *nullum crimen sine lege certa* interpretuje się jako nakaz jak największej określoności tworzonych typów czynów zabronionych w ustawach zawierających przepisy karne. Z kolei *nullum crimen sine lege scripta* mówi nam o miejscu, tj. ustawie, w którym powinny znaleźć się wszystkie typy czynów zabronionych. Jedynie w przypadku znajdowania się typu czynu zabronionego w ustawie sprawca może ponieść odpowiedzialność za swoje czyny. Ostatnia dyrektywa - *nullum crimen sine lege stricta* – zakazuje stosowania analogii na niekorzyść sprawcy oraz wykładni rozszerzającej na niekorzyść tegoż⁶.

Poniżej poruszona zostanie problematyka związana z zasadą *nullum crimen sine lege certa* powiązana z prawem karnym materialnym, która podzielona została na dwie części, przedstawiające różne aspekty omawianej zasady. Pierwsza odnosić się będzie do braku określenia przez ustawodawcę definicji zwrotu niedookreślonego „pod wpływem środka odurzającego” użytego do opisu znamion typu czynu zabronionego w art. 178, 178a, 179 i 180 kodeksu karnego⁷. Natomiast część druga poświęcona zostanie definicji ustawowej „stanu po użyciu alkoholu” zawartej w ustawie o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi⁸, która z kolei wykorzystywana jest do odczytania znamion art. 86 i 87 kodeksu wykroczeń⁹.

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. 1997, nr 78, poz. 483.

⁵ P. Sarnecki, *Komentarz do art.42 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, Wyd.Sejmowe 2016, teza 2.

⁶ P. Cychosz, *Konstytucyjny...*, s. 71-73.

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. 2017, nr 2204 - j.t.

⁸ Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, Dz. U. 2016, nr 487 - j.t.

⁹ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń, Dz. U. 2015, nr 1094 - j.t.

Brak definicji zwrotu niedookreślonego „pod wpływem środka odurzającego”

Rozpoczynając rozważania nad pierwszym aspektem omawianej zasady konstytucyjnej, należy zadać pytanie, kiedy wypełnione zostają znamiona występku z kodeksu karnego, do których znamion należy zwrot niedookreślony „pod wpływem środka odurzającego”? Zwrot ten nie został zdefiniowany przez ustawodawcę w ustawie kodeks karny, jak również w żadnej innej ustawie. Praktyka, w oparciu o badania toksykologiczne, wypracowała pewną formę konkretyzacji owego zwrotu niedookreślonego w postaci liczbowego wskazania ilości nanogramów środka odurzającego we krwi sprawcy, który ich zdaniem odpowiada stanowi nietrzeźwości i wynosi 2,5 ng środka odurzającego na ml krwi badanego człowieka¹⁰. Z drugiej jednak strony zgodnie z przepisami kodeksu postępowania karnego i zasadą swobodnej oceny dowodów wyrażonej w art. 7 kodeksu postępowania karnego¹¹, żaden sąd nie jest zobligowany do przyjmowania przedstawionego wyżej stanowiska biegłych.

W judykaturze widocznych jest wiele różnych poglądów dotyczących rozumienia zwrotu „pod wpływem środka odurzającego”. Spotkać się można z wyrokami sądów przyjmujących tylko liczbowe określenie stężenia środka odurzającego we krwi, które wynosi od 2 do 2,5 ng na ml, jak również z poglądami, w których decyduje wskaźnik liczbowy w połączeniu z indywidualnym oddziaływaniem środka odurzającego na konkretnego sprawcę. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 października 2013 roku¹² stwierdził, iż brak definicji legalnej powoduje istotne problemy interpretacyjne, nie ułatwiając praktyce sądowej odróżnienie pojęć, co budzi jednocześnie spory doktrynalne. Wyobraźmy sobie sytuację, w której sprawca nie spełnia wymogu ilościowego wskazywanego przez toksykologów dla przyjęcia pozostawania pod wpływem środka odurzającego, ale jego zachowanie jest na tyle nieracjonalne, że można byłoby przyjąć ów stan pozostawania pod wpływem takiego środka. Ta sytuacja nie jest na tyle kontrowersyjna, co kolejna. Wyobraźmy sobie, że sprawca tym razem spełnia wymóg ilościowy wskazywanego przez toksykologów, ale jego zachowanie jest w pełni racjonalne i normalne według powszechnie obowiązujących norm społecznych. Należy zastanowić się, które z tych zachowań będzie realizowało wszystkie znamiona czynu zabronionego. Analiza związanych z omawianym zwrotem wyżej wskazanych problemów, z którymi wciąż boryka się wymiar sprawiedliwości, rodzi pytanie, czy w tym przypadku zrealizowana jest zasada konstytucyjna *nullum crimen sine lege certa*? Większość praktyków prawa karnego zgodzi się z tezą, że zasada ta nie jest całkowicie wypełniana w sytuacji użycia przez ustawodawcę zwrotów niedookreślonych.

¹⁰ Wyrok Sądu Rejonowego w Suchej Beskidzkiej z dnia 27 kwietnia 2017r., sygn. II K 716/15.

¹¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz. U. 2017, nr 1904 - j.t.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2013 r., sygn. IV KK 136/13.

Reasumując, można stwierdzić, że brak dostatecznej określoności zwrotu „pod wpływem środka odurzającego” może prowadzić do wysokiego stopnia dowolności w ocenie warunków odpowiedzialności karnej, a co więcej, do pewnego stopnia braku pewności systemu prawnego. Dlatego też koniecznym będzie dookreślenie zwrotów niedookreślonych, by w przyszłości przepisy je zawierające nie stały się martwymi¹³. Do pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy potrzebne jest więc odkodowanie konkretnych znamion typu czynu zabronionego, które powinny być ściśle przez ustawodawcę zdefiniowane, co z kolei pozwoliłoby na jednolitą interpretację w praktyce wymiaru sprawiedliwości.

Definicje pozakodeksowe używane do odkodowywania znamion

Przechodząc do drugiego aspektu, który dotyczy problemów zasady konstytucyjnej *nullum crimen sine lege certa*, wskazanym jest rozważenie niektórych przepisów prawa wykroczeń. Zwrot potrzebny do odkodowania znamion wykroczeń opisanych w art. 86 i 87 kodeksu wykroczeń, a mianowicie „stan po użyciu alkoholu” tym razem znalazł swoją definicję ustawową. Zawarta jest ona w art. 46 ust. 2. ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi¹⁴. Okazuje się jednak, że funkcjonowanie definicji ustawowej, służącej do odkodowania znamion czynu, znajdującej się poza kodyfikacją karną, nie gwarantuje braku wątpliwości co do jej zastosowania. Zgodnie z wyżej wymienioną ustawą „Stan po użyciu alkoholu zachodzi, gdy zawartość alkoholu w organizmie wynosi lub prowadzi do:

- 1) stężenia we krwi od 0,2‰ do 0,5‰ alkoholu albo
- 2) obecności w wydychanym powietrzu od 0,1 mg do 0,25 mg alkoholu w 1 dm³¹⁵.

W tym miejscu należy zauważyć, że w cytowanym artykule ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi w ust. 3.¹⁶ ustawodawca zdefiniował kolejny zwrot o podobnej tematyce - „stan nietrzeźwości”. Dla przypomnienia „Stan nietrzeźwości zachodzi, gdy zawartość alkoholu w organizmie wynosi lub prowadzi do:

- 1) stężenia we krwi powyżej 0,5‰ alkoholu albo

¹³ M. Barzdo, J. Berent, M. Kosicki, S. Szram, *Interakcje alkoholu etylowego i kanabinoli - możliwe implikacje w orzecznictwie sądowo-lekarskim*, PiM, nr 3, 2004, teza 1.

¹⁴ Ustawa z dnia 26 października 1982 r. ..., dz. cyt.

¹⁵ Tamże.

¹⁶ Tamże.

2) obecności w wydychanym powietrzu powyżej 0,25 mg alkoholu w 1 dm³¹⁷.

Powołana wyżej definicja „stanu nietrzeźwości” odpowiada treści art. 115 § 16 ustawy kodeks karny¹⁸. Nasunąć może się wniosek o niekonsekwencji ustawodawcy, który w kodeksie karnym zamieszcza definicję „stanu nietrzeźwości” w rozumieniu kodeksu karnego, odpowiadającą jednak tej zawartej w ustawie o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Dlaczego nie robi tego w kodeksie wykroczeń w przypadku definicji „stanu po użyciu alkoholu”?

Mając na względzie powyższe, można zadać pytanie, czy z perspektywy konstytucyjnej zasady dostatecznej określoności definicja zwrotu „stanu po użyciu alkoholu” odczytywana z odrębnej ustawy, jaką jest ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, w prawie karnym jest wiążąca czy też nie? Postulat, jaki wypływa z zasady *nullum crimen sine lege certa* zawartej w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP¹⁹ rozstrzyga, że definicja ta powinna być przeniesiona do kodeksu wykroczeń, aby mogła być całkowicie stosowana. Pojawić się mogą głosy, iż bezcelowym byłoby zamieszczenie przez ustawodawcę wszystkich pojęć wykorzystywanych do odczytywania znamion czynów w ustawach karnych, gdyż, przyjmując spójność całego systemu prawa i racjonalność ustawodawcy, problem ten nie istnieje. Uważam jednak, iż waga omawianej zasady i waga samych przepisów karnych, które wypełniać mają również funkcję represyjną, jest na tyle duża, że z powodu braku owych definicji w samej ustawie karnej należałoby stosować je jedynie posiłkowo.

Kolejnym problemem zwrotów niedookreślonych jest ich styk. Zwroty „stan po użyciu alkoholu” i „stan nietrzeźwości” już wiele razy budziły kontrowersje w orzecznictwie, co potwierdzają liczne wyroki Sądu Najwyższego wyjaśniające nasuwające się sądom problemy prawne. Przykładem może być tutaj art. 87 § 1 kodeksu wykroczeń²⁰ w powiązaniu z art. 178a § 1 kodeksu karnego²¹. Wykroczenie penalizuje zachowanie sprawcy znajdującego się w stanie po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka, który prowadzi pojazd mechaniczny w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym. Art. 178a § 1 kodeksu karnego penalizuje to samo zachowanie, ale w sytuacji, gdy sprawca pozostaje w stanie nietrzeźwości. Odnosząc się do styku tych dwóch artykułów, Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7 czerwca 2002 roku²² uznał, że w jego mniemaniu nie budzi wątpliwości, iż w pojęciu „stanu nietrzeźwości”, którym posługuje się ustawodawca między innymi w art. 178a kodeksu karnego, mieści się „stan po użyciu alkoholu”, o którym mowa w art. 87 § 1 kodeksu wykroczeń. Zgodnie z uzasadnieniem: „Prezentowany

¹⁷ Tamże.

¹⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. ..., dz. cyt.

¹⁹ Konstytucja..., dz. cyt.

²⁰ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. ..., dz. cyt.

²¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. ..., dz. cyt.

²² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 2002 r., sygn. I KZP 14/02.

pogląd, że ustawa «posługuje się definicjami nie nakładającymi się pojęciowo, co powoduje, że tam gdzie kończy się stan po użyciu alkoholu (górną granicą) zaczyna się stan nietrzeźwości (dolną granicą), a zatem ten, kto jest w stanie nietrzeźwości nie jest w stanie po użyciu alkoholu i odwrotnie» - jest poglądem nie do zaakceptowania²³. Warto zauważyć, że jedynym argumentem, jakim posłużył się Sąd Najwyższy, jest proces logicznego rozumowania. Brak jest jakiegokolwiek podstawy normatywnej tego stanowiska. Przyjmując ten pogląd, ustawowy typ przestępstwa określonego w art. 178 a § 1 kodeksu karnego w całości pochłania znamiona wykroczenia określonego w art. 87 § 1 kodeksu wykroczeń i dlatego sprawca czynu realizujący jednym zachowaniem znamiona wymienionego przestępstwa i wykroczenia, może odpowiadać wyłącznie za popełnienie przestępstwa²⁴.

Kolejnym przykładem niosącym problemy orzecznicze jest art. 86 § 2 kodeksu wykroczeń²⁵ w powiązaniu z art. 178a § 1 kodeksu karnego. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 lutego 2004 roku²⁶ wskazuje, że: „sprawca, który znajdując się w stanie nietrzeźwości prowadzi pojazd i nie zachowując przy tym należytej ostrożności powoduje zagrożenie bezpieczeństwa w ruchu drogowym, dopuszcza się dwóch czynów zabronionych - przestępstwa określonego w art. 178a § 1 kodeksu karnego oraz wykroczenia określonego w art. 86 § 2 kodeksu wykroczeń”²⁷. Uregulowanie dotyczące omawianego wykroczenia wydaje się paradoksalne, bowiem zaostrzona odpowiedzialność za niezachowanie należytej ostrożności może dotyczyć wyłącznie tych sprawców wykroczenia, którzy kierując pojazdem byli trzeźwi lub „jedynie” w „stanie po użyciu alkoholu”. Wykorzystując definicję ustawową „stanu po użyciu alkoholu”, znajdującą się w odrębnej ustawie, przy jednoczesnym językowym odczytaniu znamion tego wykroczenia sprawca mający powyżej 0,5‰ alkoholu we krwi nie powinien odpowiadać za to wykroczenie. Jeżeli jednak zgodzimy się z przytoczonym wyżej poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy stanowiącym, że w pojęciu „stanu nietrzeźwości” mieści się również „stan po użyciu alkoholu” problem ten przestaje istnieć. W takim więc razie można zadać pytanie, czy górna granica „stanu po użyciu alkoholu” wynosząca 0,5‰ alkoholu we krwi jest celowa? Skoro w przypadku wyraźnego posłużenia się przez ustawodawcę w art. 86 § 2 kodeksu wykroczeń jedynie zwrotem „stanu po użyciu alkoholu” sprawca „w stanie nietrzeźwości” i tak odpowiada, owa górna granica wydaje się nie mieć sensu.

²³ Tamże.

²⁴ Tamże.

²⁵ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. ..., dz. cyt.

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2004 r., sygn. WK 27/03.

²⁷ Tamże.

Podsumowanie

Konsekwencje i problemy, jakie niesie za sobą obowiązek respektowania przez ustawodawcę zasady konstytucyjnej *nullum crimen sine lege certa*, są wciąż aktualne i mają duże znaczenie dla praktyki stosowania prawa karnego. Użycie w przepisach tworzonych przez ustawodawcę zwrotów niedookreślonych jest nieuniknione, czasem celowe ze względu na ich pojemność podyktowaną rozwojem cywilizacyjnym, jednak w przypadku prawa karnego materialnego określoność czynów powinna cechować się szczególnie wysoką starannością. W celu ujednolicenia stosowania prawa oraz pewności ponoszenia odpowiedzialności karnej przez sprawców ustawodawca powinien dookreślić zwrot „pod wpływem środka odurzającego”. Działanie to wpłynęłoby na jakość stosowania przepisów zawierających ów zwrot w praktyce, a przez to prawo karne materialne pełniej spełniałoby swoje podstawowe funkcje w społeczeństwie. Kolejna istotna kwestia dotyczy konsekwencji ustawodawcy w przypadku przenoszenia definicji ustawowych z ustaw odrębnych do ustaw karnych. Omawiana w artykule zasada konstytucyjna obliguje ustawodawcę do podjęcia próby jasnego rozstrzygnięcia czy i w jakim stopniu definicje zawarte w ustawach szczególnych wiążą w prawie karnym. Z uwagi na dużą skalę zjawiska jakim jest wykorzystywanie definicji szczególnych do odkodowywania znamion typów czynów zabronionych problem ten można uznać za niebagatelny.

**Obowiązek respektowania przez ustawodawcę konstytucyjnej zasady
określoności czynu zabronionego w świetle braku definicji zwrotu
niedookreślonego „pod wpływem środka odurzającego” i wykorzystywania
definicji pozakodeksowych**

Pena Agnieszka

O autorze

Agnieszka Pena jest studentką IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. W 2016 roku ukończyła studia licencjackie na kierunku zarządzanie (specjalność – zarządzanie personelem) na Wydziale Zarządzania i Komunikacji Społecznej Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Zainteresowania naukowe: prawo karne, proces karny

Streszczenie

Tematem artykułu są rozważania poświęcone zasadzie konstytucyjnej *nullum crimen sine lege certa* w powiązaniu z prawem karnym materialnym. Zostały one przedstawione na tle praktyki wymiaru sprawiedliwości. Udowodniono konieczność zdefiniowania zwrotów niedookreślonych w odniesieniu do praktyki, by ujednolicić odpowiedzialność karną za omawiane w artykule przestępstwa i wykroczenia. Wskazano również na zasadność rozstrzygnięcia przez ustawodawcę obowiązywania definicji znajdujących się poza ustawami karnymi, a wykorzystywanymi w praktyce. Zwrócono także uwagę na potrzebę używania zwrotów niedookreślonych z powodu ich pojemności z uwzględnieniem ich związku z rozwojem społeczeństwa i zapobiegnięciem nadmiernej kazuistyki.

Słowa kluczowe

nullum crimen sine lege certa, zwrot niedookreślony, definicja

The obligation of the legislator to respect the constitutional principle nullum crimen sine lege certa in the light of the lack of definition of an underspecified phrase "under the influence of intoxicating substance" and the use of legal definitions phrased outside of penal statutes

Pena Agnieszka

Summary

The deliberations about the constitutional principle nullum crimen sine lege certa in conjunction with substantive criminal law are the main topic of the foregoing paper. They were presented against the background of courts judgements. The necessity of defining underspecified phrases in connection with legal practice was proven in order to unify criminal responsibility for crimes and offences mentioned in the paper. Moreover, the article deliberates on the lawmakers decision of bindigness of legal definitions phrased outside of penal statutes, but used in practice. It was also pointed out that it is necessary to use underspecified phrases because of their broadness and taken account of their connection with the development of society without unnecesary casuistry.

Key words

nullum crimen sine lege certa, underspecified phrases, definition

(Nie)konstytucyjne przeciwdziałanie przestępczości na tle seksualnym wobec nieletnich

Natalia Woszczyk

1 października 2017 roku weszła w życie ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym (Dz. U. 2016 poz. 862; dalej: ustawa)¹. Celem określonym przez ustawodawcę jest wprowadzenie do polskiego systemu prawnego nowych, bardziej efektywnych mechanizmów służących przeciwdziałaniu przestępstwom przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, wymienionych w rozdziale XXV Kodeksu karnego (dalej: k.k.) z wyjątkiem przestępstw z art. 202 § 1 i w art. 204 § 1 i 2 k.k., chyba że zostały popełnione na szkodę małoletniego². Szczególnymi środkami ochrony, które wprowadza ustawa są Rejestr Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym w dwóch formach: rejestru z dostępem ograniczonym oraz rejestru publicznego, a także określenie miejsc szczególnie zagrożonych przestępczością na tle seksualnym – tak zwana policyjna mapa zagrożeń. Proponowane rozwiązania budzą jednak poważne wątpliwości natury konstytucyjnej oraz w zakresie efektywności realizacji *ratio legis* ustawy.

Wprowadzenie do polskiego systemu prawnego tego rodzaju nadzwyczajnych instrumentów walki z przestępczością dokonywaną z pobudek seksualnych powinno być motywowane narastającą skalą tego typu zjawiska. Analiza ostatnich statystyk sporządzonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości dotyczących liczby prawomocnych skazań osób dorosłych prowadzi do przeciwnych wniosków. W oparciu o opinię sporządzoną przez Helsińską Fundację Praw Człowieka należy stwierdzić, że: „(...) statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości pokazują, że w ciągu ostatnich lat liczba osób prawomocnie skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności systematycznie maleje. W 2004 r. liczba ta wynosiła 2538 prawomocnych wyroków, a w 2014 r. – 1700”³. Z tego punktu widzenia uzasadnienie rządowego projektu ustawy, w którym czytamy że „Przestępczość dokonywana z pobudek seksualnych jest problemem narastającym”, traci znacząco na swej wiarygodności⁴.

¹ Ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym, Dz. U. 2016 poz. 862.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997r. - Kodeks karny, Dz.U. z 1997, nr 88, poz. 553, ze zm., rozdz. XXV.

³ *Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do rządowego projektu ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym (druk nr 189)*, <https://tinyurl.com/y94cmt74>, stan na 15.02.2018 r.

⁴ *Projekt ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym z projektami aktów wykonawczych*, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=189>, stan na 15.02.2018 r.

1. Nowe mechanizmy w walce z przestępczością na tle seksualnym

Ustawa wprowadza nowe dla polskiego systemu prawnego środki mające służyć przeciwdziałaniu przestępczości na tle seksualnym. Warto zaznaczyć, że te nieznanne wcześniej na gruncie polskiego prawodawstwa rozwiązania funkcjonują obecnie w innych krajach na świecie. Z korzystaniem z baz danych sprawców przestępstw seksualnych w formie rejestru z dostępem ograniczonym mamy do czynienia m.in. w Kanadzie, Australii, Francji czy Wielkiej Brytanii. Rejestr publiczny występuje natomiast jedynie w systemach prawnych Nowej Zelandii i Stanów Zjednoczonych⁵.

Ustawodawca w art. 3 pkt. 1 ustawy proponuje wdrożenie szczególnego środka ochrony w postaci Rejestru Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym w dwóch formach: rejestru publicznego i rejestru z dostępem ograniczonym, które funkcjonowałyby obok Krajowego Rejestru Karnego. W rejestrze z dostępem ograniczonym znaleźć można nie tylko szczegółowe dane dotyczące postępowania toczącego się przeciwko danej osobie i wykonywania orzeczonej przez sąd kar, lecz także szeroki katalog danych wrażliwych widniejącej w rejestrze osoby. Są to m.in. numer identyfikacyjny PESEL, aktualny adres zamieszkania a także wizerunek tej osoby. Z informacji znajdujących się w rejestrze z dostępem ograniczonym, korzystać będzie mógł wyodrębniony w ustawie – choć w sposób wysoce nieprecyzyjny – katalog podmiotów. Do danych zamieszczonych w rejestrze publicznym dostęp ma mieć każdy w sposób ciągły i nieograniczony. Znajdujące się w nim dane są tożsame z informacjami zawartymi w rejestrze z dostępem ograniczonym z wyłączeniem przypadków określonych w art. 4 ustawy. Nie znajdziemy w nim m.in. numeru PESEL czy adresu miejsca zamieszkania, chociaż aktualne miejsce pobytu osoby, której dane widnieją w rejestrze, jest określone poprzez oznaczenie miejscowości.

W rejestrach – w tym w rejestrze publicznym z którego można korzystać na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Ministerstwa Sprawiedliwości – zamieszczone zostały dane sprawców, którzy dopuścili się czynów określonych w ustawie terminem „przestępstw na tle seksualnym”. Znajdują się w nich zatem dane osób, które dopuściły się przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wymienionych w rozdziale XXV k.k. z wyjątkiem przestępstw z art. 202 § 1 i art. 204 § 1 i § 2 określonych w powyższym akcie normatywnym, chyba że zostały one popełnione na szkodę małoletniego. W przypadku rejestru publicznego społeczeństwo będzie miało dostęp do treści dotyczących sprawców przestępstwa zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem na szkodę małoletniego poniżej 15 roku życia, a także innych przestępstw wymienionych w rozdz. XXV k.k., jeżeli sprawcy dopuścili się ich w warunkach recydywy.

⁵ *Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka...*, stan na 15.02.2018 r.

Katalog przestępstw, które w ustawie zostały określone terminem „przestępstw na tle seksualnym”, wymaga dokładniejszego sprecyzowania. Przykładowo w art. 205 §5 k.k. penalizacji podlega reklama lub promocja „działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15”⁶. Warto podkreślić, że wysoce prawdopodobne wydaje się popełnienie tego czynu z pobudek innych niż seksualne, np. z chęci uzyskania korzyści finansowych. Z tego powodu dyskusyjne wydaje się przyporządkowanie tego przestępstwa do kategorii „przestępstw na tle seksualnym”.

Zgodnie z treścią art. 22 ustawa przewiduje określenie miejsc szczególnego zagrożenia tego typu przestępczością w formie policyjnej mapy zagrożeń, która zostanie udostępniona publicznie. Planowane jest w niej wskazanie miejsc szczególnie zagrożonych przestępczością na tle seksualnym. Najprawdopodobniej wyróżnienie miejsc wyjątkowo niebezpiecznych zostanie przyporządkowane kryterium liczby popełnionych w danym obszarze przestępstw tej kategorii. Wprowadzenie tego typu rozwiązania nie stanowi zagrożenia dla konstytucyjnych praw i wolności jednostek. Jednak z punktu widzenia celowości ustawy wprowadzenie tego typu środka może budzić szereg wątpliwości co do skuteczności działania tego środka w zakresie prewencyjnej ochrony. Określenie miejsc szczególnego zagrożenia przestępstwami na tle seksualnym może wywołać w społeczeństwie uczucia takie jak strach czy zaniepokojenie. Wprowadzenie tego środka nie wiąże się z żadnymi dodatkowymi rozwiązaniami profilaktycznymi, dlatego też wątpliwa wydaje się jego skuteczność w zakresie zapobiegania przestępstwom. Co więcej, jak podkreśla Helsińska Fundacja Praw Człowieka: „Trzeba mieć także na uwadze, że mapa ta (mimo ograniczenia zamieszczonych na niej danych do wskazania nazw ulic, a w przypadku ich braku – do nazw miejscowości) może pośrednio wskazywać ofiary przestępstw na tle seksualnym. Dlatego też zasadne jest rozważenie zaniechania upubliczniania przedmiotowej mapy w celu uniknięcia negatywnych skutków dla tych ofiar”⁷. Z powyższych powodów pomysł wprowadzenia policyjnej mapy zagrożeń należy ocenić negatywnie.

2. Ryzyko naruszenia art. 47 i 51 Konstytucji RP

Zastrzeżenia co do konstytucyjności i celowości proponowanych w ustawie rozwiązań wyrazili w swoich opiniach m.in. Rzecznik Praw Obywatelskich, Helsińska Fundacja Praw Człowieka i Obywatela a także Polskie Towarzystwo Seksuologiczne. Zaproponowane w ustawie rozwiązanie w postaci rejestru publicznego może być nadmierną ingerencją w zakres konstytucyjnych wolności i praw jednostek. Szczególne wątpliwości budzi perspektywa

⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997r. - Kodeks karny, Dz.U. z 1997, nr 88, poz. 553, ze zm., art. 205 §5.

⁷ *Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka...*, stan na 15.02.2018 r.

nieproporcjonalnego – z punktu widzenia zasady proporcjonalności zawartej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – naruszenia prawa do prywatności oraz prawa do autonomii informacyjnej jednostki, które zostały ujęte kolejno w art. 47 i 51 Konstytucji RP⁸.

W doktrynie i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się dwa wymiary konstytucyjnego prawa do prywatności. Po pierwsze, z art. 47 Konstytucji RP możemy wywnioskować, że dotyczy ono kwestii swobodnego i samodzielnego podejmowania przez jednostkę decyzji w zakresie spraw dotyczących – szeroko rozumianych – przejawów jej życia osobistego. Drugim aspektem jest wynikające z tego przepisu prawo jednostki do ochrony jej życia prywatnego. W przypadku ustawy obawy budzi należyte respektowanie przez władze publiczne praw jednostki w rozumieniu drugiego znaczenia prawa do prywatności. W ujęciu tego rozumienia władze publiczne zobowiązują się zarówno do jak najmniejszej ingerencji w prywatną sferę życia człowieka i obywatela, jak i do zapewnienia instytucjonalnej i prawnej ochrony przed możliwymi naruszeniami.

Tymczasem, stopień zabezpieczenia tzw. „wrażliwych danych osobowych” sprawcy zagwarantowany w ustawie wydaje się być niewystarczający i może okazać się nieskutecznym środkiem ochrony prawa do prywatności tej osoby. Należy podkreślić, że prawo do ochrony prywatności jest zagwarantowane przez Konstytucję każdemu, bez względu na jego wcześniejsze postępowanie. Arbitralne ograniczanie tego prawa w stosunku do określonych kategorii podmiotów – w tym przypadku osób skazanych – jest nieproporcjonalną ingerencją w prawa tych osób. Jest to szczególnie istotne, ponieważ z punktu widzenia resocjalizacyjnego celu kary, po jej odbyciu osoba skazana powinna wrócić do funkcjonowania w społeczeństwie. Jednym z negatywnych skutków, które mogą wynikać z niewystarczającego zabezpieczenia danych osoby skazanej, może być tzw. kradzież tożsamości. Wykorzystując tak szczegółowe treści dotyczące skazanego z pomocą rejestru, może dojść do np. podszywania się pod jego tożsamość przez inną osobę. Może to umożliwić przykładowo zaciągnięcie pożyczki, czy skorzystanie z innych usług finansowych w wyniku wykorzystania tożsamości osoby, której dane zostały wpisane do rejestru. Z opinii Generalnego Inspektora Ochrony Dawnych Osobowych wynika, że „(...) zagrożone może być także funkcjonowanie osoby w związku z korzystaniem z usług wymagających podawania takich danych (usługi administracji publicznej oparte na danych identyfikacyjnych – w tym PESEL, usługi bankowe, telekomunikacyjne itp.)”⁹.

W oparciu o art. 47 Konstytucji RP można wywieść konkretne uprawnienia dla jednostki, na podstawie których może ona dochodzić ochrony swoich konstytucyjnych praw. Bardziej precyzyjne

⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483.

⁹ E. Bielak- Jomaa, *Uwagi GODO do projektu ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym*, <https://www.giodo.gov.pl/pl/259/9056>, stan na 16.02.108 r.

unormowania prawa do prywatności zostały zapisane jednak w kolejnych artykułach ustawy zasadniczej do art. 51 włącznie. W komentarzu do Konstytucji RP czytamy, że: „Za jeden z aspektów prawa do prywatności uważa się również prawo do ochrony informacji (danych osobistych), co jednak w konstytucji ujęte zostało w innym przepisie. W fakcie tym należałoby widzieć dostrzeganie w tym zakresie szczególnych niebezpieczeństw dla jednostki i łączącą się z nim chęć szczególnego zabezpieczenia jej wolności”¹⁰.

Artykuł 51 Konstytucji RP stanowi podstawową gwarancję ochrony danych osobowych. Nakłada na państwo obowiązek wyłączności ustawy w drodze pozyskiwania informacji dotyczących jednostek. Przyznając państwu kompetencję do pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania innym podmiotom tego typu informacji, przepis ten nie zawęża dokonywania powyższych czynności jedynie w drodze ujawniania danych przez samych obywateli. Wyrażony w art. 51 ustawy zasadniczej obowiązek ustawowy mówi o dopuszczalności innych form gromadzenia danych przez władze publiczne. Jak przekonuje Paweł Sarnecki: „Nie wyklucza ich art. 51, w szczególności otwiera je ust. 2. Należy jednak zająć stanowisko, że dopuszczalność stosowania wszelkich form zbierania informacji powinna być określona przez ustawy”¹¹. Trzeba, jednakże, wyraźnie podkreślić, że wszelka forma dokonywania przez państwo czynności wyrażonych w art. 51 musi zawierać się w wyznaczonym przez ustawę zasadniczą zakresie określonym w klauzuli „niezbędności w demokratycznym państwie prawnym”.

Umożliwienie korzystania z informacji zawartych w rejestrze z dostępem ograniczonym wydaje się zgodne ze stanowiskiem doktryny, jeżeli chodzi o zakres gromadzenia danych osobowych przez władze publiczne. Wątpliwości budzi jednak przestrzeganie kryterium „niezbędności” pozyskiwania tak szerokiego spektrum informacji. Warto zaznaczyć, że zbiór danych osobowych udostępniony w rejestrze z dostępem ograniczonym jest szerszy niż ten zawarty w rejestrze publicznym. Tylko teoretycznie powinno to rozwiązać wątpliwości co do zapewnienia należytej ochrony prawa wyrażonego w art. 51 Konstytucji RP. Wymienione w rejestrze z dostępem ograniczonym informacje stanowią niewątpliwie zbiór tzw. danych wrażliwych, do których dostęp powinien być zabezpieczony w sposób szczególny. Widnieją w nim między innymi dane takie jak: numer identyfikacyjny Powszechnego Elektronicznego Systemu Ewidencji Ludności, miejsce zamieszkania, miejsce pobytu stałego lub czasowego skazanego. Dostęp do tak szczegółowych informacji dotyczących osoby powinien mieć enumeratywny katalog podmiotów. W omawianej regulacji katalog podmiotów, które mogą korzystać z tego rodzaju informacji jest zamknięty, lecz dość szeroki. Większe wątpliwości pojawiają się jednak przede wszystkim

¹⁰ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 47*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz II. Art. 30-86*, Red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 252.

¹¹ Tenże, *Komentarz do art. 51*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 268.

w kontekście nieprecyzyjnego określenia celów, dla których wymienione w nim podmioty mogą korzystać z widniejących w rejestrze danych.

W „Uwagach GIODO do projektu ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczości na tle seksualnym” można przeczytać, że „Organ ds. ochrony danych osobowych sprzeciwia się udostępnianiu informacji o osobach skazanych bez precyzyjnego i wyczerpującego podania podstawy prawnej i interesu, który miałby być w ten sposób chroniony, innymi słowy jasno sprecyzowanego w przepisie prawa celu, który poprzez udostępnienie informacji miałby być realizowany”¹². Zdaje się, że ustawodawca nie zastosował się w żadnym stopniu do powyższej uwagi. Po pierwsze, art. 13 ustawy stanowi, że informacje z rejestru z dostępem ograniczonym mogą być wykorzystywane „w szczególności celem ochrony małoletnich”¹³. Takiemu określeniu daleko do precyzyjności, co przesądza także o tym, że katalog tego typu czynności ma charakter otwarty. Należy podkreślić, że dostęp do tak wrażliwych informacji możliwy jest w sposób ciągły.

Ustawodawca zrezygnował zatem z dotychczasowej praktyki stosowanej chociażby w Krajowym Rejestrze Karnym¹⁴, czyli z opartego na konkretnej podstawie prawnej wnioskowego trybu pozyskiwania informacji. W praktyce rozwiązanie przyjęte w ustawie może oznaczać wykorzystywanie danych bez podania konkretnego celu, zatem w sposób nie podlegający jakiegokolwiek kontroli. Może to stanowić kolejne ryzyko dla skutecznej realizacji konstytucyjnego prawa do ochrony danych osobowych.

Za umotywowane można uznać wprowadzenie w ustawie środka w postaci rejestru z dostępem ograniczonym. Doprecyzowania wymaga jednak określenie przesłanek, na podstawie których instytucje i organizacje mogłyby korzystać z informacji zawartych w rejestrze oraz katalogu podmiotów, które mogłyby z tego prawa korzystać. Obawy budzi jednak dostęp do tych informacji w sposób ciągły, pozwalający podmiotom na nieograniczone wykorzystanie danych wrażliwych, co może skutkować naruszeniem praw tych osób. Takie określenie sposobu korzystania z treści znajdujących się w rejestrze wydaje się stać w sprzeczności z wymogami wskazanymi w ustawie o ochronie danych osobowych¹⁵. Wyrażona w art. 26 ust. 1 tego aktu normatywnego tzw. zasada celowości mówi o tym, że „administrator danych jest obowiązany zapewnić, aby dane były zbierane dla oznaczonych, zgodnych z prawem celów i niepoddawane przetwarzaniu niezgodnemu z tymi celami”¹⁶. Wyjątek stanowi wykorzystywanie danych w celu prowadzenia badań naukowych, historycznych czy statystycznych, lecz wyłącznie zgodnie

¹² E. Bielak- Jomaa, *Uwagi GIODO...*, stan na 16.02.108 r.

¹³ Ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom..., art. 13.

¹⁴ Ustawa z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, Dz. U. 2000, nr 50, poz. 580, ze zm.

¹⁵ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, Dz.U. 1997, nr 133, poz. 883, art. 26 ust. 1.

¹⁶ E. Bielak- Jomaa, *Uwagi GIODO...*, stan na 16.02.108 r.

z przesłankami wyrażonymi w przepisach ustawy o ochronie danych osobowych. W przypadku ustawy kwestia przestrzegania tych zasad zdaje się być co najmniej wątpliwa.

3. Ustawa a przestrzeganie podstawowych zasad konstytucyjnych

W art. 29 ustawy stanowi się, że zarówno w rejestrze z dostępem ograniczonym, jak i w rejestrze publicznym zostaną umieszczone dane osób wobec których wyroki zapadły przed dniem wejścia w życie ustawy. Budzi to poważne wątpliwości z punktu widzenia respektowania jednej z podstawowych zasad konstytucyjnych – *lex retro non agit*. Zasada niedziałania prawa wstecz została wyrażona m.in. w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. Jak pisze Paweł Sarnecki: „(...) nie mogą być wymierzane takie kary, które zostały określone (powołane do życia) w ustawie wchodzącej w życie później, po dokonaniu czynu. (...) W komentowanym artykule *expressis verbis* więc został sformułowany zakaz retroaktywnego działania prawa, który zresztą, *implicite*, również – choć w istotnie złagodzonej wersji, mianowicie jako zakaz retroaktywności przepisów niekorzystnych dla podmiotów zewnętrznych – został wyrażony już w jednym z najogólniejszych przepisów konstytucyjnych, mianowicie w zasadzie demokratycznego państwa prawnego”¹⁷.

Zastosowanie takiej regulacji, które zdaje się być odstępstwem od zakazu retroaktywności stanowiącego prawa, zostało uzasadnione przez projektodawcę nieróżnicowaniem sytuacji podmiotów skazanych za popełnienie tej samej kategorii przestępstw przed i po wejściu w życie ustawy. W założeniu takie rozwiązanie miałoby chronić zatem przestrzeganie konstytucyjnej zasady równości wobec prawa. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że według doktryny i dotychczasowej praktyki orzeczniczej, odstępstwo od zasady *lex retro non agit* dopuszczalne jest jedynie w przypadkach, gdy wprowadzenie nowego prawa skutkowałoby poprawieniem sytuacji sprawcy czynu zabronionego. Z poprawą sytuacji skazanego nie mamy do czynienia w omawianej regulacji. Przeciwnie, w ustawie dla osób ujętych w rejestrach, wprowadzono dodatkowe obowiązki o charakterze represyjnym takie jak, chociażby wymieniony w art. 11 ustawy, obowiązek zgłaszania policji każdorazowej zmiany faktycznego adresu pobytu, najpóźniej w trzecim dniu tego pobytu.

Oprócz wspomnianej wyżej dodatkowej dolegliwości w art. 11 ustawy może znaleźć także inne obowiązki, które zostały nałożone na skazanego. Jest on np. zobowiązany w przypadku zmiany miejsca pobytu poza granice Rzeczypospolitej Polskiej do zgłoszenia planowanej zmiany pobytu przed wyjazdem we właściwej jednostce organizacyjnej Policji. Niedopełnienie opisanych wyżej

¹⁷ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 42, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 222.

obowiązków przez osobę, której dane znalazły się w rejestrze, traktowane jest jako wykroczenie – mówi o tym art. 23 ust. 1 ustawy – i zgodnie z nim podlega „karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny nie niższej niż 1000 zł”¹⁸. Należy jednak podkreślić, że dodatkowym środkiem represyjnym dla sprawcy, wprowadzonym przez ustawę, jest już samo wpisanie danych sprawcy czynu zabronionego do jednego z przewidzianych w niej rejestrów. Skutek represyjny wymienionych wyżej rozwiązań podkreślił już sam projektodawca, który w uzasadnieniu ustawy podkreślił, że oprócz funkcji ostrzegawczej dla społeczeństwa, rejestr „(...)stanowić ma dodatkową dolegliwość dla skazanych”¹⁹. Wydaje się, że wprowadzenie rozwiązania w postaci dodatkowych środków represyjnych dla skazanego, który odbył już karę, można określić mianem podwójnej karalności, co jest zabiegiem budzącym szereg wątpliwości z punktu widzenia jego zgodności z konstytucyjną zasadą *nullum crimen sine lege*, która została wyrażona w art. 42 ust. 1 ustawy zasadniczej.

W „Uwagach do projektu ustawy o przeciwdziałaniu przestępczością na tle seksualnym (druk sejmowy nr 189)” zwróciła na to uwagę Pierwsza Prezes Sądu Najwyższego. W opinii czytamy: „Zamieszczenie danych w rejestrze skutkuje zatem nałożeniem na sprawcę dodatkowych obowiązków, które dolegliwością odpowiadają niektórym środkom karnym”²⁰. Ponadto, z pkt. 2 art. 9 ustawy, czyli *lex specialis* określającym wyjątki od umieszczania danych w rejestrze wynika, że „gdy zamieszczenie danych spowodowałoby niewspółmiernie surowe skutki dla osoby, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1–3” ustawy²¹. Z powyższego przepisu można zatem wywieść także to, że ustawodawca kierował się wprowadzeniem do polskiego systemu prawnego nowego środka w postaci rejestru przede wszystkim dla jego funkcji represyjnych. W związku z tym należałoby traktować tak wyrażoną „dodatkową dolegliwość dla skazanego” jako karę. Po pierwsze, w związku z powyższymi wątpliwościami budzi realizacja *ratio legis* ustawy, ponieważ ustanowienie środka represyjnego nie przesądza o tym, że stanie się on także środkiem ochronnym, przeciwdziałającym zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym. Po drugie, wynikiem przyjęcia takiego rozwiązania możemy być sprzeczność z jedną z podstawowych zasad konstytucyjnych, czyli zasadą *nullum crimen sine lege*.

Dodatkowe wątpliwości natury konstytucyjnej, co do zgodności z wyrażoną w art. 42 ust. 3 Konstytucji RP zasadą domniemania niewinności, wywołuje zaliczenie do kategorii „skazanych” podmiotów wyrażonych w art. 6 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy. Są nimi kolejno: osoby „przeciwko

¹⁸ Ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom..., art. 23 ust.1.

¹⁹ Projekt ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom..., stan na 15.02.2018 r.

²⁰ M. Gersdorf, *Uwagi do projektu ustawy o zagrożeniach przestępczością na tle seksualnym (druk sejmowy nr189)*, <https://tinyurl.com/ybtkopuc>, stan na 16.02.2018 r.

²¹ Ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom..., art. 6 ust. 1 pkt 1-3.

którym prawomocnie umorzono postępowanie”²² na podstawie amnestii oraz nieletni „wobec, których prawomocnie orzeczono środki wychowawcze, poprawcze lub wychowawczo-lecznicze albo którym wymierzono karę na podstawie art. 94 ustawy z dnia 26 października 1982 (dalej: Ustawa o p.s.n.), o postępowaniu w sprawach nieletnich”²³.

Zasada domniemania niewinności, która zakłada udowodnienie faktu popełnienia czynu zabronionego, zawiera w sobie przesłankę winy. Oskarżonemu należy zatem udowodnić popełnienie czynu w sposób zawiniony. W innych przypadkach powinno się uważać go za niewinnego. Trudno mówić o spełnieniu tej przesłanki w odniesieniu do pierwszej, wymienionej w poprzednim paragrafie kategorii podmiotów. W orzeczeniu sądowym, umarzającym postępowanie w sprawie oskarżonemu nie zostaje przypisana bowiem żadna wina. Z brakiem przypisania winy mamy do czynienia także w stosunku do nieletnich sprawców czynów zabronionych. W doktrynie dominuje stanowisko, wyrażające zasadę niemożności przypisania im winy za popełniony czyn zabroniony²⁴. W związku z tym określenie ich mianem „skazanych” także wydaje się być sprzeczne z wyrażonym w art. 42 ust. 3 Konstytucji RP wymogiem udowodnienia winy, a co za tym idzie udowodnienia popełnienia czynu.

Ponadto, umieszczenie danych nieletnich w rejestrze może znacząco utrudniać osiągnięcie celów wyrażonych w dotychczas istniejących przepisach prawa powszechnie obowiązującego. W Ustawie o p.s.n. przyjęto bowiem model ukierunkowany na metody wychowawcze wobec nieletniego, który zapewnić ma cele określone w art. 3 powyższej regulacji, czyli m.in. „dobro nieletniego, osiągnięcie korzystnych zmian w jego osobowości i zachowaniu się”. Osiągnięcie powyższych celów wydaje się stać pod znakiem zapytania w okolicznościach ujawnienia wizerunku i danych osobowych nieletniego.

4. Zagrożenia dla społeczeństwa, które niesie za sobą wprowadzenie rejestru publicznego

Wdrożenie do polskiego systemu prawnego rejestru publicznego sprawców ma przede wszystkim charakter represyjny, a udostępnienie w Biuletynie Informacji Publicznych tzw. wrażliwych danych osobowych może prowadzić do wielu negatywnych konsekwencji nie tylko dla sprawcy, lecz także dla jego rodziny czy innych osób. Nie ulega wątpliwości, że dostęp do tak

²² Tamże, art. 6 ust. 1 pkt 2.

²³ Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich, Dz.U. 1982, nr 35, poz. 228, art. 94.

²⁴ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2010, T.Bojarski, *Kodeks karny: komentarz*, Warszawa 2013, M. Berent: *Kodeks karny: komentarz*, Warszawa 2014, *Aksjologia postępowania w sprawach nieletnich - obecny stan prawny i perspektywy zmian*, red. P.Kobes, Legnica 2014, T. Grisso, R. G. Schwartz, *Youth on trial: a development perspective on juvenile justice*, Chicago 2000

szerokiego katalogu danych osobowych sprawcy pozwoli z łatwością zidentyfikować lokalnej społeczności widniejącą w nim osobę. Szczególnie w związku z upublicznieniem w rejestrze fotografii skazanego, pozyskanej z Rejestru Dowodów Osobistych. W związku z powyższym sprawca może zostać narażony na negatywne reakcje ze strony społeczeństwa. Stygmatyzacja, napiętnowanie przez lokalną społeczność, a często nawet ostracyzm w najbliższym skazanemu otoczeniu stanowi dodatkowy skutek represyjny. Z opisanymi wyżej niedogodnościami zmierzyć będzie musiała się jednak nie tylko osoba wskazana w rejestrze. Nie można wykluczyć, że podobnych konsekwencji mogą doświadczyć także członkowie jej rodziny.

Znaczne ułatwienie identyfikacji sprawcy, które niesie za sobą wprowadzenie rejestru publicznego, skutkować może często także nieumyślną identyfikacją osób, które zostały w wyniku jego działań pokrzywdzone. Znaczna liczba ofiar przestępstw na tle seksualnym, to bowiem osoby wcześniej znane sprawcy czynu, także członkowie jego rodziny²⁵. Jeżeli w rejestrze znajdą się dane ojca lub matki, to nie trudno sobie wyobrazić, że skrzywdzone przez nich dziecko może zostać z łatwością zidentyfikowane, a co za tym idzie narażone na niepożądane i szkodliwe dla ofiar reakcje ze strony lokalnej społeczności.

Nie można wykluczyć, że w trakcie wdrażania nowego dla polskiego systemu prawnego środka, może dojść do sytuacji, w której do rejestru publicznego zostaną wprowadzone omyłkowo dane niewłaściwej osoby. Ustawa przewiduje w art. 19 tryb usuwania danych zamieszczonych w rejestrze. Należy jednak wątpić w skuteczność usunięcia danych, jeżeli chodzi o realne skutki. Niezwykle trudno będzie zatrzeć skutki błędnie sformułowanej opinii przez lokalną społeczność, która zawczasu mylnie zidentyfikowała osobę według nieprawidłowych danych widniejących w rejestrze, ze sprawcą przestępstwa. Wina nie musi jednak leżeć po stronie osoby wprowadzającej dane do rejestru. Przykładowo, w okolicy zamieszkałej przez dwie osoby o podobnym lub tożsamym imieniu i nazwisko, może dojść do nieumyślnego, lecz błędnego przypisania odpowiedzialności za czyn zabroniony osobie niewinnej, którą ze sprawcą łączy wyłącznie podobieństwo danych osobowych.

5. (Nie)skuteczna prewencja w zakresie przestępczości na tle seksualnym

Umieszczenie danych sprawców przestępstw na tle seksualnym w rejestrze zdaje się nie stanowić skutecznej metody prewencyjnej w zakresie ponownego popełnienia przez nich tego typu przestępstwa. Znaczne ułatwienie identyfikacji skazanego przez lokalną społeczność i wiążące się

²⁵ L.A. Greenfeld, *"An Analysis of Data on Rape and Sexual Assault."* Bureau of Justice Statistics. February 1997 r., <https://bjs.gov/content/pub/pdf/SOO.PDF>, stan na 18.02.2018 r.

z tym negatywne skutki w postaci wykluczenia czy stygmatyzacji mogą stanowić istotną przeszkodę w prowadzonej wobec niego terapii psychicznej. Zdaniem Polskiego Towarzystwa Seksuologicznego „Dzieje się tak, ponieważ dla sprawców mających figurować w rejestrze (...) nie będzie perspektywy powrotu do społeczeństwa, co znacząco ograniczy możliwości ich terapii i resocjalizacji. Oznacza to, że istnienie rejestrów publicznych utrudnia przeciwdziałanie przestępczości seksualnej, a przyjęcie takiego rozwiązania nie stanowi skutecznego środka w walce z przestępczością seksualną – przeciwnie – w znaczący sposób zmniejsza możliwość prowadzenia terapii przestępców seksualnych”²⁶.

Powyższą opinię zdają się podzielać najnowsze badania w zakresie metod resocjalizacji sprawców przestępstw na tle seksualnym. Podkreśla się w nich, że w celu zapobieżenia ponownego popełnienia czynu zabronionego tej kategorii najbardziej skuteczne są działania w postaci zindywidualizowanych strategii terapeutycznych w przypadku każdego skazanego. Jak podkreśla Małgorzata Kowalczyk „(...) powrót sprawców do społeczeństwa po zakończonym w zakładzie karnym cyklu leczniczo-terapeutycznym powinien przede wszystkim wiązać się z podjęciem działań gwarantujących bezpieczeństwo społeczności, w której ponownie znajdzie się sprawca, pozwalających sprawcy na korzystanie z pomocy psychologiczno-seksuologicznej oraz systemu wsparcia (...) dla zapobieżenia powrotowi do dewiacyjnych form realizacji potrzeby seksualnej”²⁷.

Dla zapewnienia lepszej ochrony społeczeństwa przed przestępstwami przeciwko wolności seksualnej i obyczajności należy położyć szczególny nacisk na efektywność działań prewencyjnych. Proponowane w ustawie środki o dominującym charakterze represyjnym zdają się nie stanowić skutecznej metody w przeciwdziałaniu przestępstwom na tle seksualnym. Przeciwnie, nie przynosząc skutecznych środków ochrony, mogą prowadzić do licznych naruszeń konstytucyjnych wolności i praw jednostek. Co więcej, mogą także przyczynić się do eskalacji poczucia strachu w społeczeństwie wobec przestępców seksualnych. W społeczeństwie rządzonym strachem trudno mówić natomiast o poczuciu bezpieczeństwa.

²⁶ Uchwała zarządu głównego Polskiego Towarzystwa Seksuologicznego z dnia 22.01.2016, <https://tinyurl.com/y7wgxbsp>, stan na 16.02.2018 r.

²⁷ M. H. Kowalczyk, *Przestępcy seksualni. Zabójcy, gwałciciele, pedofile i ich resocjalizacja*, Toruń 2014, s. 437.

(Nie)konstytucyjne przeciwdziałanie przestępczości na tle seksualnym wobec nieletnich

Natalia Woszczyk

O autorze

Natalia Woszczyk jest studentką III roku prawa i historii w ramach Kolegium Międzyobszarowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych i Społecznych.

Zainteresowania naukowe: prawo konstytucyjne, historia idei w epoce nowożytnej.

Streszczenie

W artykule autorka poddaje analizie zgodność z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej ostatniej nowelizacji ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym. Wprowadzenie do polskiego systemu prawnego nowych środków w postaci rejestru publicznego, rejestru z dostępem ograniczonym oraz policyjnej mapy zagrożeń może stanowić zagrożenie dla gwarantowanych ustawą zasadniczą praw i wolności jednostki oraz podstawowych zasad konstytucyjnych. Szereg wątpliwości budzi także skuteczność wprowadzonych ustawą rozwiązań.

Słowa kluczowe

ustawa o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym, rejestr, Konstytucja

(Non)constitutional prevention against sexually motivated crimes

Natalia Woszczyk

Summary

The article addresses the issue of alterations to the bill preventing sexually motivated crime in relation to the constitutional rights. The author presents and analyses the new regulation with emphasis on the unknown for the polish legal system solutions such as Sex Offenders Registry which will be accessible in two versions: with limited access and to the general public, and a publicly available map of sexual crime threats. What is more, doubts are raised as to the effectiveness of the measures to reduce sexual offenses.

Key words

sexually motivated crime prevention bill, Sex Offenders Registry, Constitution

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.

subsidiarności 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 wyводу 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 na 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