

**Agnieszka Barczak-Oplustil**

## **Obowiązywanie zasady *nullum crimen sine lege*. Wybrane problemy**

Jedną z podstawowych zasad prawa karnego, której początki sięgają czasów Oświecenia, jest zasada wyłączności ustawy w prawie karnym (*nullum crimen sine lege*). W polskim ustawodawstwie źródeł tej zasady – w zakresie, w jakim skierowana jest ona do ustawodawcy, a nie do organów stosujących prawo – można upatrywać w art. 98 ustawy z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej<sup>1</sup> (tzw. konstytucja marcowa), który stanowił w zdaniu trzecim: „Ściganie obywatela i wymierzenie kary jest dopuszczalne tylko na zasadzie obowiązującej ustawy”. Wyraźniej zasada ta została wyrażona w ustawie konstytucyjnej z 23 kwietnia 1935 r.<sup>2</sup> (tzw. konstytucja kwietniowa). Artykuł 68 zd. 4 stanowił, iż: „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”. Pewnym regresem – zrozumiałym biorąc pod uwagę ówczesną sytuację społeczno-polityczną – był brak stosownych regulacji w przepisach Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 22 lipca 1952 r. Ustawą z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej<sup>3</sup> nadano nową treść art. 1 Konstytucji z 1952 r. Zgodnie z tym przepisem, Rzeczypospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. Zasada demokratycznego państwa prawnego – do momentu wejścia w życie Konstytucji z 1997 r. – stanowiła podstawę do wyinterpretowania zasady *nullum crimen sine lege*<sup>4</sup>, choć niektórzy

<sup>1</sup> Dz.U. Nr 44, poz. 267.

<sup>2</sup> Dz.U. Nr 30, poz. 227.

<sup>3</sup> Dz.U. Nr 75, poz. 444.

<sup>4</sup> Zob. R. Dęb ski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995, s. 33 i n.;

autorzy<sup>5</sup> upatrywali jej źródła także w art. 23 ust. 4 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym<sup>6</sup> (tzw. Mała Konstytucja), zgodnie z którym: „Ustawa nie może upoważnić Rady Ministrów do wydawania rozporządzeń z mocą ustawy dotyczących: zmiany Konstytucji, wyborów Prezydenta, Sejmu, Senatu oraz organów samorządu terytorialnego, budżetu Państwa, wolności i praw osobistych obywateli, ich wolności i praw politycznych oraz praw i obowiązków wynikających ze stosunku pracy i ubezpieczeń społecznych, a także zgody na ratyfikację umów międzynarodowych, o których mowa w art. 33 ust. 2 niniejszej ustawy”. Dopiero Konstytucja z 1997 r.<sup>7</sup> w sposób wyraźny wprowadziła do porządku prawnego zasadę *nullum crimen sine lege* (niekiedy mówi się, że nastąpiła w tym momencie konstytucjonalizacja tej zasady). Artykuł 42 ust. 1 tego aktu stanowi bowiem: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązująca w czasie jego popełnienia. Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego”.

Zasada *nullum crimen sine lege* jest przedmiotem szczegółowych rozważań zarówno doktryny, jak i orzecznictwa (szczególnie Trybunału Konstytucyjnego), w ramach których dokonuje się szczegółowej egzegezy tej zasady. W tym momencie nie budzi już przykładowo wątpliwości, że pewne doprecyzowanie znamion typu czynu zabronionego może nastąpić w akcie rangi niższej niż ustawa, jak też, że użycie w opisie znamion typu czynu zabronionego określenia ocennego, niejednoznacznego, wartościującego nie oznacza automatycznie naruszenia tej zasady. Doktryna i orzecznictwo najczęściej odwołują się bowiem do tej zasady przy okazji dokonywania analizy konkretnego typu czynu zabronionego, próbując odpowiedzieć na pytanie, czy fakt użycia zwrotu niedookreślonego nie stanowi naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*, lub też czy konieczność sięgnięcia w procesie interpretacji znamion typu czynu zabronionego do przepisów rangi niższej niż ustawa nie jest sprzeczne z wymogiem „ustawowej określoności”

---

P. Tuleja, W. Wróbel, *Konstytucyjne standardy prawa karnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci prof. Kazimierza Buchały*, red. Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll, Kraków 1994, s. 259 i n.

<sup>5</sup> M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*. Warszawa 1994, s. 64.

<sup>6</sup> Dz.U. Nr 84, poz. 426.

<sup>7</sup> Dz.U. Nr 78, poz. 483.

wynikającym z tej zasady. Jednakże obowiązywanie tej zasady w systemie prawa – jako zasady konstytucyjnej – może rodzić wątpliwości na jeszcze innych płaszczyznach, dotyczyć zagadnień, które dotychczas nie stanowiły przedmiotu szerszych rozważań doktryny i orzecznictwa. Jednym z takich zagadnień jest dopuszczalność wprowadzenia karalności określonej kategorii zachowań przez wyrok Trybunału Konstytucyjnego, stwierdzający niezgodność z Konstytucją przepisu zawierającego opis zachowania zabronionego pod groźbą kary w zakresie, w jakim nie obejmuje określonych kategorii zachowań; innym – „wyrzucenie” poza zakres przesłanek decydujących o przestępnym charakterze zachowania sprawcy obiektywnej rozpoznawalność tego, że podjęte przez niego zachowanie jest zabronione przez ustawę pod groźbą kary.

### **Zasada wyłączności ustawy a zakres kompetencji orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego**

Przechodząc do zarysowania pierwszej ze wspomnianych kwestii przypomnieć należy, że nie budzi już wątpliwości prawotwórczy charakter orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, które prowadzą niejednokrotnie nie tylko do derogowania z systemu prawa norm prawnych sprzecznych z Konstytucją, ale także wprowadzają nowe normy do systemu<sup>8</sup>. Wprawdzie z postanowień Konstytucji (ustawy o Trybunale Konstytucyjnym) wynika, że przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego są akty normatywne (przepisy), jednakże nawet pobieżna analiza doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego uzasadnia dokonanie korekty tej tezy i stwierdzenie, że przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego są tak naprawdę normy prawne stanowiące wynik wykładni tych przepisów. W tym kontekście zrozumiałe stają się tzw. wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego, mocą których zaskarżony przepis, rozumiany we wskazanym ściśle sposób, uznawany zostaje za zgodny lub niezgodny z Konstytucją oraz wyroki zakresowe, stwierdzające m.in. że zaskarżony przepis w zakresie, w jakim nie obejmuje określonej kategorii przypadków, jest sprzeczny z Konstytucją. W przypadku, w którym przedmiotem orzekania Trybunału Konstytucyjnego będą przepisy zawierające znamiona typu czynu zabronionego i z treści uzasadnienia wynikać będzie, że Trybunał Konstytucyjny

---

<sup>8</sup> Szerzej na ten temat: W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 166 i n.

uznaje dany przepis za niezgodny z Konstytucją w zakresie, w jakim uzależnia uznanie konkretnej kategorii zachowań za realizujące znamiona typu czynu zabronionego od spełnienia określonej przesłanki<sup>9</sup> – może, przynajmniej *prima facie*, powstać wątpliwość co do zgodności z ustawową zasadą *nullum crimen sine lege*<sup>10</sup>.

Przedstawiony powyżej problem nie ma charakteru wyłącznie teoretycznego. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego znaleźć można rozstrzygnięcia, których przedmiotem było badanie zasadności dokonanej przez ustawodawcę kryminalizacji (analiza zgodności z Konstytucją przepisów zawierających znamiona typu czynu zabronionego). Należy przy tym podkreślić, że nie chodzi tu o orzeczenia Trybunału, w których badał, czy przepis zawierający znamiona typu czynu zabronionego spełnia przesłanki, o których mowa w art. 42 ust. 1 Konstytucji, ale o orzeczenia, których przedmiotem była merytoryczna zasadność dokonanego przez ustawodawcę zakresu penalizacji. Takim orzeczeniem był (przykładowo) wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 października 2006 r. (P 3/06)<sup>11</sup>. Trybunał Konstytucyjny przyjął w nim, że „art. 226 § 1 k.k. w zakresie w jakim penalizuje znieważenie funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej dokonane niepublicznie lub dokonane publicznie, lecz nie podczas pełnienia obowiązków służbowych, jest niezgodny z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”. Na mocy tego wyroku doszło zatem do zawężenia zakresu znamion typu czynu zabronionego, co – biorąc pod uwagę z jednej strony funkcje Trybunału Konstytucyjnego

---

<sup>9</sup> Problem pojawi się tak naprawdę w sytuacji typów czynów zabronionych zawierających znamiona szczególnie ograniczające zakres desygnatów innych znamion, np. przemoc wobec osoby, albo określające w sposób zawężony podmiot czynności wykonawczej (art. 207 k.k.).

<sup>10</sup> Poza prowadzonymi w tym artykule rozważaniami pozostaje tzw. prawotwórcza rola orzecznictwa SN. W tym miejscu za niedopuszczalne z perspektywy zasady *nullum crimen sine lege* uznać należy tylko dokonywanie przez SN tego rodzaju wykładni przepisów prawno-karnych, która prowadzi do rozszerzenia zakresu znamion typu czynu zabronionego poza ten wynikający z wykładni językowej (wyrok SN z 7 X 2009 r., IV KK 174/09, OSNKW 2010, nr 1, poz. 5). Nawet nieracjonalne i nieznajdujące uzasadnienia w wartościach konstytucyjnych (a nawet sprzeczne z nimi), będące efektem błędu interpunkcyjnego, uznanie przez ustawodawcę, że dana kategoria zachowań nie jest objęta zakresem znamion konkretnego typu czynu zabronionego nie legitymuje SN do dokonania „korekty” przepisu pod pozorem niemożności ustalenia treści normy na drodze wykładni językowej. Zob. szerzej: A. Barczak-Oplustil, w: *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II: *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. 4, Warszawa 2013, s. 1190–1101.

<sup>11</sup> Dz.U. Nr 190, poz. 1409.

go, z drugiej *ratio legis* zasady wyłączności ustawy – nie powinno budzić żadnych wątpliwości. Co wymaga jednak podkreślenia, przepis art. 226 § 1 k.k. w brzmieniu nadanym przez wyrok Trybunału Konstytucyjnego był podstawą rozstrzygnięć wydawanych w sprawach karnych (i może być nadal ze względu na zasadę zawartą w art. 4 § 1 k.k.). Wynika to wprost z uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego, w którym stwierdzono: „rozstrzygnięcie zawarte w wyroku Trybunału Konstytucyjnego oznacza, że od momentu wejścia w życie wyroku niedopuszczalne staje się ściganie z tytułu zniewagi funkcjonariusza publicznego dokonanej czy to publicznie, czy niepublicznie, wyłącznie w związku z jego czynnościami służbowymi, a nie podczas wykonywania tych czynności. Utrzymany w mocy zakres kwestionowanego przepisu umożliwia więc ściganie z oskarżenia publicznego zniewagi funkcjonariusza dokonanej podczas wykonywania czynności służbowych. Poza hipotezą tego przepisu pozostają natomiast znieważające wypowiedzi publiczne i niepubliczne formułowane poza czasem pełnienia funkcji służbowych, bez względu na to, czy pozostają one w związku, czy też nie z pełnieniem tych funkcji. Nie ulega wątpliwości, że po wejściu w życie wyroku niezbędne będzie podjęcie inicjatywy ustawodawczej, która umożliwi uzgodnienie literalnego brzmienia art. 226 § 1 k.k. z treścią wyroku zakresowego”. Nie budzi wątpliwości, że w wielu przypadkach wydanie wyroku, w którym Trybunał Konstytucyjny orzeknie, że zbyt wąski lub zbyt szeroki zakres kryminalizacji określonej kategorii zachowań narusza konstytucyjnie chronione wartości (np. jest sprzeczny z prawem własności czy z prawem do ochrony życia<sup>12</sup>) będzie wymagało wyraźnej interwencji

<sup>12</sup> Takie merytoryczne rozstrzygnięcia TK już podejmował w swojej przeszło 25-letniej historii. Przykładowo: wyrokiem z 28 V 1997 r. (sygn. akt K 26/96) TK stwierdził, że przepis art. 3 pkt 4 ustawy z dn. 30 VIII 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 139, poz. 646) jest niezgodny z art. 1 oraz art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dn. 17 X 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 84, poz. 426; zm.: Dz.U. z 1995 r., Nr 38, poz. 148, Dz.U. z 1995 r., Nr 150, poz. 729; Dz.U. z 1996 r., Nr 106, poz. 488) przez to, że ograniczył prawną ochronę zdrowia dziecka poczętego do tego stopnia, że pozostałe środki prawne nie spełniają wymogów dostatecznej ochrony tej wartości konstytucyjnej. Ograniczenie tej ochrony polegało na uchyleniu przez zaskarżony art. 3 pkt 4 przepisu art. 156a k.k. z 1969 r., który to przepis przewidywał odpowiedzialność karną za spowodowanie uszkodzenia ciała dziecka poczętego lub rozstroju zdrowia zagrażającego jego życiu. Jak podkreślił TK w wydanym wyroku, przepis ten stanowił jedyną wyraźną podstawę karalności zachowań polegających na naruszeniu zdrowia dziecka poczętego, co oznaczało, że jego

ustawodawcy w celu uzyskania stanu prawnego, który – w ocenie Trybunału Konstytucyjnego – jest w stanie zapewnić skuteczną ochronę konstytucyjnych praw lub wolności. Nie można jednak nie zauważyć, że możliwa jest sytuacja (jak ta przedstawiona powyżej), w której – ze względu na konstrukcję przepisu stanowiącego przedmiot rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego – wykonanie wyroku Trybunału Konstytucyjnego nie będzie wymagało wydania przez Sejm ustawy.

O ile dopuszczalność wydania wskazanej powyżej kategorii wyroków nie powinna budzić wątpliwości, o tyle należy sobie postawić pytanie o dopuszczalność wydania wyroku zakresowego przez Trybunał Konstytucyjny, w którym kwestionowany przepis zostałby uznany za niekonstytucyjny w części, w jakiej poza zakresem znamion typu czynu zabronionego pozostawia pewne kategorie zachowań, które – przede wszystkim z perspektywy ochrony praw i wolności konstytucyjnych – powinny być także zabronione pod groźbą kary. Przypomnieć należy, że zarzut zbyt wąskiego ujęcia zachowań zabronionych pod groźbą kary został już wysunięty przeciwko art. 191 § 1 k.k. w skardze konstytucyjnej wniesionej do Trybunału Konstytucyjnego 16 czerwca 2000 r. (SK 8/00) i był już przedmiotem merytorycznego rozstrzygnięcia. Zgodnie z tym przepisem karą pozbawienia wolności od miesiąca do lat 3 zostało zagrożone zachowanie polegające na (umyślnym) stosowaniu przemocy wobec osoby lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia. Skarżąca zarzuciła we wniesionej skardze wskazanemu przepisowi Kodeksu karnego, że nie zapewnia prawnokarnej ochrony pokrzywdzonym, których wolność do podejmowania decyzji została naruszona przez stosowanie wobec nich przemocy pośredniej, skierowanej wobec rzeczy. Zdaniem skarżącej przepis ten daje sądom podstawę do ograniczania odpowiedzialności sprawców przestępstw zmuszania do określonego zachowania tylko do czynów polegających na stosowaniu przemocy poprzez bezpośrednie fizyczne oddziaływanie na człowieka, nie obejmując swoim zakresem tzw. oddziaływania

---

uchylenie skutkowało depenalizacją znacznego zakresu tych zachowań. Co ciekawe, o ile zazwyczaj przyjmuje się, że uchylenie przepisu derogującego określone unormowanie nie powoduje automatycznie odżycia przepisu uchylonego, w tym przypadku TK wyraźnie przyjął taką konsekwencję. Stało się tak dlatego, ponieważ – z perspektywy zasady *nullum crimen sine lege* – orzeczenia TK stwierdzające niekonstytucyjność ustawy, wydane przed wejściem w życie Konstytucji z dn. 2 IV 1997 r., podlegały rozpatrzeniu przez Sejm, który mógł je odrzucić uchwałą podjętą większością 2/3 głosów. To swoistego rodzaju „zatwierdzenie” orzeczeń przez władze ustawodawczą – w tym konkretnym przypadku – powodowało, że problem spójności kompetencji TK z zasadą *nullum crimen sine lege* nie powstawał.

pośredniego za pośrednictwem rzeczy. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 9 października 2001 r. stwierdził zgodność zaskarżonego przepisu z art. 30 w zw. z art. 2 Konstytucji.

Na marginesie tylko zauważyć należy, że na etapie wstępnej kontroli skargi Trybunał Konstytucyjny postanowieniem z 17 lutego 2000 r. (Ts 84/99) odmówił nadania skardze dalszego biegu, wskazując w uzasadnieniu, że skarżąca łączy naruszenie przysługujących jej praw z zaniechaniem objęcia przez ustawodawcę karalnością czynów polegających na zmuszaniu do określonego zachowania poprzez oddziaływanie przemocą na rzecz. Takie zaniechanie ustawodawcy nie może zaś stanowić przedmiotu skargi konstytucyjnej, bowiem art. 79 ust. 1 Konstytucji wyraźnie przesądza, iż skarga konstytucyjna może dotyczyć wyłącznie obowiązującego aktu normatywnego, nie zaś – braku takiego aktu. Uwzględniając wniesione przez skarżącą zażalenie postanowieniem z 9 maja 2000 r. Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że czym innym jest niewydanie aktu normatywnego, a czym innym sytuacja, w której obowiązujący akt normatywny budzi wątpliwości natury konstytucyjnej z tego względu, że w jego przepisach brakuje określonych unormowań. Także w uzasadnieniu merytorycznego rozstrzygnięcia Trybunał Konstytucyjny uzasadniając, że przedmiotowa skarga konstytucyjna nie dotyczy zaniechania ustawodawczego, wskazał: „Skarżąca kwestionuje bowiem nie zaniechanie ustawodawcze, ale zawężenie ochrony swej wolności poprzez ograniczenie zakresu penalizacji przestępstwa zmuszania do określonego zachowania, tak jak to przyjęte zostało – jej zdaniem – w aktualnie obowiązującym Kodeksie karnym. Przedmiotem skargi jest zatem ograniczenie treścią art. 191 § 1 k.k., gwarantowanej w art. 30 Konstytucji ochrony wolności i godności człowieka przed bezprawnymi zamachami?”. Komentując to stanowisko Trybunału Konstytucyjnego nie sposób się oprzeć refleksji, że szkoda, iż Trybunał Konstytucyjny nie podzielił stanowiska zaprezentowanego w postanowieniu z 17 lutego 2000 r. Truizmem jest już bowiem teza o niemożności wyznaczenie jednoznacznej granicy pomiędzy zaniechaniami a pominięciami ustawodawczymi. Być może kryteria tego rozróżnienia mogłyby mieć charakter nie tylko logiczny, ale i aksjologiczny, co uzasadniałoby przyjęcie, iż stawiając zarzut skierowany przeciwko zbyt wąskiemu ujęciu zakresu znamion typu czynu zabronionego, kwestionujemy brak normy sankcjonującej nakazującej wymierzenie kary w sytuacji dopuszczenia się określonego zachowania, a więc lukę w prawie.

Jak wspomniano powyżej Trybunał Konstytucyjny uznał art. 191 § 1 k.k. za zgodny z art. 30 w zw. z art. 2 Konstytucji. Można jednak sobie wyobrazić wyrok Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdziłby niekon-

stytucyjność tego przepisu Kodeksu karnego w zakresie, w jakim ograniczałby penalizację zachowania polegającego na stosowaniu przemocy w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia tylko do stosowania przemocy wobec osoby, nie obejmując nią przemocy wobec rzeczy. To właśnie w tym kontekście pojawia się pytanie o dopuszczalność w świetle zasady *nullum crimen sine lege* wprowadzenia do systemu prawa karalności określonej kategorii zachowań nie przez akt ustawowy, ale za „pośrednictwem” orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. Zwraca się wprawdzie uwagę na okoliczność, że orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego nie stanowi samodzielnie żadnej podstawy do interpretacji określonych norm prawnych i że karalność zachowań ostatecznie będzie wynikała z aktu normatywnego, którego zakres zastosowania rozszerzono orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego<sup>13</sup>. Jednakże wątpliwości, jakie powstają w kontekście zasady *nullum crimen sine lege*, wynikają nie tylko z faktu, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego nie jest „ustawą” tylko z innego oczywistego faktu, że Trybunał Konstytucyjny nie jest Parlamentem (czyli organem uprawnionym – także w kontekście zasady trójpodziału władz – do decydowania o tym jakie zachowania są na tyle karygodne, aby zostały zabronione pod groźbą kary kryminalnej).

*Prima facie* przyjąć zatem należy, że mamy tutaj do czynienia ze swoistego rodzaju konfliktem pomiędzy art. 42 ust. 1 Konstytucji, statuującym zasadę *nullum crimen sine lege*, a art. 188 Konstytucji<sup>14</sup>, zgodnie z którym Trybunał Konstytucyjny orzeka w sprawach zgodności ustaw i umów międzynarodowych z Konstytucją oraz zgodności ustaw z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi, których ratyfikacja wymagała uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie. Odpowiedź na pytanie, jak go rozwiązać wymaga z jednej strony dokładniejszego omówienia zasady *nullum crimen sine lege*, ale tylko w zakresie relewantnym dla zarysowanych powyżej zagadnień (przede wszystkim ustalenia podmiotu kompetentnego do określenia czynu zabronionego pod groźbą kary), z drugiej zaś – analizy funkcji, jakie przypisuje się Trybunałowi Konstytucyjnemu, a które uzasadniałyby wprowadzenie *de facto* wyjątku od zasady *nullum crimen sine lege*.

Przystępując do analizy zasady *nullum crimen sine lege* zaznaczyć należy, że punkt ciężkości zostanie położony nie na dokładne omówienie treści tej zasady, ale z jednej strony na jej *ratio legis*, z drugiej zaś na omówieniu

<sup>13</sup> W. Wróbel, *op. cit.*, s. 168.

<sup>14</sup> W doktrynie wyrażono także stanowisko, że potencjalny konflikt zachodzi pomiędzy art. 42 Konstytucji a art. 190 Konstytucji, zob. *ibid.*, s. 174.



funkcji, jakie ma ona do spełnienia. Za źródło tej zasady przyjmuje się zasadniczo oświeceniowe koncepcje, które w ustawie widziały gwarancję wolności jednostki przed arbitralnością władcy lub sędziego; związanie egzekutywy i judykatury formalnie ustanowionymi abstrakcyjnymi normami o charakterze ustawowym<sup>15</sup>. Bardzo szybko zaczęto wiązać tę zasadę z zasadą podziału władzy<sup>16</sup> przyjmując, że to w wyłącznej kompetencji Sejmu<sup>17</sup> znajduje się prawo do uznawania danej kategorii zachowań za czyny zabronione pod groźbą kary. Na gruncie aktualnie obowiązującej Konstytucji teza ta znajduje potwierdzenie w brzmieniu art. 10 Konstytucji, który – wykładany w kontekście art. 42 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji – wskazuje jednoznacznie „na Sejm i Senat, jako jedynie uprawnionych prawodawców w zakresie stanowienia, jakie kategorie zachowań pociągają za sobą odpowiedzialność karną”<sup>18</sup>. Uzasadniając tą tezę wskazuje się, że ze względu na wagę, jaką w perspektywie funkcjonowania społeczeństwa i jego obywateli ma decyzja o kryminalizacji danej kategorii zachowań kompetencje do jej podjęcia przekazano organowi, który – poza tym, że jest uprawniony do stanowienia aktów o charakterze generalnym i abstrakcyjnym – uznawany jest za reprezentanta szerokich interesów społecznych<sup>19</sup>. Jak podnosi się w doktrynie: „Wyłączna kompetencja parlamentu gwarantuje w tym przypadku dochowanie procedury pozwalającej na artykulację interesów przez szerokie grupy społeczne. Jest to o tyle istotne, że prawo karne jak żadna inna dyscyplina prawnicza jest powiązana z wartościowaniami moralnymi oraz emocjami społecznymi. Tylko procedura parlamentarna gwarantuje rozważenie wszelkich argumentów, a dyskusja nabiera charakteru społecznego, toczy się bowiem w sposób jawny. Parlamentarna procedura stanowienia prawa w państwie demokratycznym w najpełniejszy sposób gwarantuje więc przestrzeganie praw i wolności obywatelskich, zapewniając

---

<sup>15</sup> A. Z o 11, w: *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 57; W. W r ó b e l. A. Z o 11, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 95. Szerzej na temat źródeł zasady *nullum crimen sine lege*: R. D ę b s k i, *op. cit.*, s. 13 i n.

<sup>16</sup> Chodziło o zagwarantowanie monopolu ustawodawcy w zakresie tworzenia prawa karnego; miał on chronić obywatela nie tylko przed samowolą sędziego, ale też przed samowolą administracji. Zob. R. D ę b s k i, *op. cit.*, s. 22.

<sup>17</sup> Tj. władzy ustawodawczej.

<sup>18</sup> A. Z o 11, *Zasada określoności czynu zabronionego pod groźbą kary w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 534.

<sup>19</sup> A. Z o 11, w: *Kodeks karny. Część ogólna*, *op. cit.*, s. 58; W. W r ó b e l. A. Z o 11, *op. cit.*, s. 97.

względą równowagę pomiędzy jednostką a państwem”<sup>20</sup>. Zwraca się także uwagę na fakt, że tylko demokratycznie legitymowany ustawodawca ma prawo dokonywać takich wyborów aksjologicznych, jakie podejmowane są w procesie stanowienia prawa karnego<sup>21</sup>. Także w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego znajdujemy kategorię stwierdzenie, zgodnie z którym: „Parlament jest [...] podmiotem wyłącznie uprawnionym do ograniczenia – na drodze ustawodawczej – zakresu korzystania z konstytucyjnych wolności i praw [...]”<sup>22</sup>.

Znaczenie statusu organu ustalającego normy, których naruszenie zagrożone jest (na podstawie ustawy) karą kryminalną, znalazło także odzwierciedlenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, przy okazji badania konstytucyjności art. 54 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń<sup>23</sup>. W myśl tego przepisu: „Kto wykracza przeciwko wydanym z upoważnienia ustawy przepisom porządkowym o zachowaniu się w miejscach publicznych, podlega karze grzywny do 500 złotych albo karze nagany”. Trybunał Konstytucyjny – uwzględniając fakt, iż przepis ten nie określa znamion czynu zabronionego, ale odsyła w tym zakresie do innych przepisów (przykład blankietu zupełnego) – stwierdził jego zgodność z art. 42 ust. 1 Konstytucji<sup>24</sup>. W uzasadnieniu wyroku wskazał m.in. istotne znaczenie z punktu widzenia zasad tworzenia prawa charakteru i sposobu powoływania organów wyposażonych w kompetencje prawodawcze. Jak wywozdił Trybunał Konstytucyjny: „Demokratyczna legitymacja do sprawowania władzy oparta na wolnych, powszechnych i bezpośrednich wyborach stanowi istotny argument za przyznaniem szerszego zakresu kompetencji prawodawczych danemu organowi władzy publicznej. Stanowi również argument przemawiający przeciw zawężającej wykładni kompetencji prawodawczych danego organu. Ustawy regulujące ustrój organów samorządu terytorialnego powierzają kompetencje prawodawcze przede wszystkim organom stanowiącym, które – zgodnie z przepisami Konstytucji są wybierane w powszechnych, równych i bezpośrednich wyborach, przeprowadzanych w głosowaniu tajnym. Prawo miejscowe stanowione przez organy stanowiące samorządu terytorialnego posiada zatem demokratyczną legitymację”.

<sup>20</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 97; zob. też R. Dębski, *op. cit.*, s. 22 i n.

<sup>21</sup> G. Grünwald, *Bedeutung und Begründung des Satzes „nullum poena sine lege”*, ZStW 1964, nr 76, s. 16 (cyt. za: W. Wróbel, *op. cit.*, s. 106).

<sup>22</sup> Wyrok TK z 19 V 1998 r., U 5/97, OTK ZU 1998, nr 4, poz. 46.

<sup>23</sup> Dz.U. Nr 12, poz. 114.

<sup>24</sup> Wyrok TK z 8 VII 2003 r., P 10/02, OTK-A 2003, nr 6, poz. 62.

Uzasadniając dopuszczalność posługiwania się odesłaniami o charakterze dynamicznym do aktów podstawowych Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego wyznacza pewne nieprzekraczalne granice. Trybunał Konstytucyjny przyjął m.in., że „posługiwanie się techniką blankietu zupełnego jest dopuszczalne, gdy ustawa odsyła do przepisów ustanowionych przez organy posiadające demokratyczną legitymację opartą na powszechnych i bezpośrednich wyborach, a taką legitymację posiadają organy stanowiące samorządu terytorialnego”. W konkluzji swoich rozważań Trybunał Konstytucyjny uznał art. 54 Kodeksu wykroczeń za zgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji w zakresie, w jakim odsyła do przepisów porządkowych stanowiących przez organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego.

Poczynione powyżej ustalenia pozwalają przyjąć, że dla realizacji zasady *nullum crimen sine lege* konieczne jest nie tylko to, aby czyn zabroniony pod groźbą kary został opisany w przepisie rangi co najmniej ustawy, ale także aby o zakresie karalności (przynajmniej w jej aspekcie pozytywnym) decydował określony organ, czyli Parlament<sup>25</sup>.

Dla odpowiedzi na pytanie o to, w jaki sposób rozwiązać zachodzący *prima facie* konflikt pomiędzy art. 42 ust. 1 Konstytucji a art. 188 Konstytucji należy kilka zdań poświęcić pozycji ustrojowej Trybunału Konstytucyjnego. Może ona bowiem uzasadniać przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym także Trybunał Konstytucyjny jest podmiotem, który jest legitymowany do wprowadzania karalności określonej kategorii zachowań. W doktrynie przyjmuje się, że rolą sądów konstytucyjnych jest kontrola działalności pozostałych dwóch władz (legislatywy i egzekutywy) z Konstytucją<sup>26</sup>. Wskazuje się przy tym jednak na pewną samodzielność pozycji ustrojowej sądów konstytucyjnych, trudną do jednoznacznego usytuowania

---

<sup>25</sup> Nawet przyjmując możliwość, że umowa międzynarodowa typizująca czyn zabroniony będzie samo wykonalna (nie będzie wymagała odpowiedniej modyfikacji prawa wewnętrznego), należy zauważyć, iż umowy międzynarodowe przewidujące penalizację należą do umów wymagających ratyfikacji na podstawie upoważnienia ustawowego, jako że dotyczą wolności obywatelskich określonych w Konstytucji (art. 89 ust. 1 Konstytucji) (zob. szerzej na ten temat: T. D u k i e t - N a g ó r s k a, *Kilka uwag o zasadzie nullum crimen sine lege w polskim porządku prawnym*, w: *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga Jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007, s. 36 i n. Z tego względu nie budzi wątpliwości wspomniany powyżej wyrok TK z 28 V 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19).

<sup>26</sup> Z. C z e s z e j k o - S o c h a c k i, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003, s. 103.

na płaszczyźnie trójpodziału władz<sup>27</sup>. Na gruncie polskiej Konstytucji przy najmniej *prima facie* problem usytuowania Trybunału Konstytucyjnego nie powinien budzić takich wątpliwości, ponieważ zgodnie z art. 10 ust. 2 Konstytucji, który określa organy sprawujące poszczególne rodzaje władz, tj. ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą, wśród tej ostatniej wymienia sądy i trybunały. Jednakże pozycje danego organu określają także zadania, jakie ma on do spełnienia. W przypadku Trybunału Konstytucyjnego – chodzić tu będzie przede wszystkim o ustalenie, na czym w rzeczywistości ma polegać kontrola konstytucyjności przepisów prawa. Na wstępie przypomnieć należy tezę wyrażaną powszechnie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którą Trybunał Konstytucyjny z założenia spełnia jedynie rolę tzw. negatywnego prawodawcy, a tym samym władny jest jedynie kontrolować konstytucyjność przepisów już ustanowionych celem ich usunięcia – w przypadku stwierdzonej niekonstytucyjności – z systemu prawa. Dlatego też przedmiotem np. skargi konstytucyjnej może być tylko określony przepis prawa lub akt normatywny, którego zastosowanie przez sąd lub inny organ władzy publicznej doprowadziło do wydania ostatecznego rozstrzygnięcia naruszającego prawa lub wolności konstytucyjne skarżącego. Nigdy zaś przedmiotem skargi nie może być tzw. „luka w prawie”. Problem oceny skutków braku stosownej regulacji pozytywnej wykracza bowiem poza granice działalności orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego<sup>28</sup>. Jednakże możliwość wydawania przez Trybunał Konstytucyjny wyroków zakresowych plus różnorodność przepisów stanowiących podstawę kontroli (ich niejednolite konstrukcje, funkcje itp.) prowadzą do wniosku, że teza o negatywnym ustawodawcy, który kontroluje przepisy jedynie w celu ich usunięcia z systemu prawa, jest pewnym skrótem myślowym. Zresztą zwracano na to uwagę już kilkanaście lat temu – w perspektywie szerszej: orzecznictwa sądów konstytucyjnych, a nie tylko polskiego Trybunału Konstytucyjnego – że pogląd jakoby sądy konstytucyjne wywierały jedynie wpływ negatywny na ustawodawstwo (nie były zdadne ani normy

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, s. 105.

<sup>28</sup> Postanowienia TK z: 24 I 1999 r., Ts 124/98, OTK ZU 1999, nr 1, poz. 8; 5 X 1999 r., Ts 92/99, OTK ZU 1999, nr 7, poz. 174; 5 X 1999 r., Ts 50/99, OTK ZU 1999, nr 7, poz. 200; 9 XII 1999 r., Ts 50/99, OTK ZU 1999, nr 7, poz. 201; 8 VIII 1999 r., Ts 61/99, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 8; 14 IX 1999 r., Ts 80/99, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 14; 22 IX 1999 r., Ts 122/99, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 27; 26 X 1999 r., Ts 126/99, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 30; 30 XI 1999 r., Ts 128/99, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 32; 21 III 2003 r., Ts 93/02, OTK ZU 2003, nr 38, poz. 170; 4 VI 2001 r., Ts 22/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 228.

prawnej ustanowić, ani wywierać bezpośredniego wpływu na proces jej stanowienia) „powoli przestawał odpowiadać rzeczywistości”<sup>29</sup>. Zgodzić się należy także z twierdzeniem<sup>30</sup>, zgodnie z którym niejednokrotnie uchylene przez Trybunał Konstytucyjny określonego tekstu prawnego będzie miało podwójne znaczenie normatywne: będzie aktem derogacji i aktem stanowienia określonych norm, które będą obowiązywały od momentu albo ogłoszenia wyroku Trybunału Konstytucyjnego, albo daty wskazanej przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku (w trybie art. 190 ust. 3 Konstytucji). Nawet zatem przyjęcie, że celem orzekania przez Trybunał Konstytucyjny jest usunięcie z systemu prawa przepisu sprzecznego z Konstytucją, nie wyklucza przyjęcia, że to usunięcie będzie jednocześnie skutkowało ustanowieniem normy prawnej o określonej treści. Reasumując przyjąć należy, że Trybunał Konstytucyjny – chcąc nie chcąc – przy realizacji nałożonych nań zadań wkracza niejako w obszar zarezerwowany dla władzy ustawodawczej. Jednakże przyjąć należy, że nie zmienia to jego pozycji ustrojowej jako przedstawiciela władzy sądowniczej, sprawującego swoistego rodzaju „sąd prawa”.

W kontekście dokonanych powyżej ustaleń należy raz jeszcze postawić sobie pytanie o to, czy ze względu na brzmienie art. 42 ust. 1 Konstytucji dopuszczalne jest ograniczenie kompetencji orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego wynikających z art. 188 Konstytucji tak, aby niemożliwa była sytuacja, w której o tym, że dane zachowanie jest zabronione pod groźbą kary zadecyduje faktycznie wyrok Trybunału Konstytucyjnego<sup>31</sup>. Problem polega na tym, aby znaleźć – wśród znanych prawoznawstwu reguł kolizyjnych – regułę, która znalazłaby zastosowanie w niniejszym przypadku. W doktrynie zaproponowano zastosowanie reguły *lex specialis derogat legi generalis*<sup>32</sup>, chociaż *prima facie* trudno jednoznacznie stwierdzić, który

---

<sup>29</sup> Z. Czeszejko-Sochacki, *op. cit.*, s. 109. Wskazano tam też nie budzący wątpliwości przykład, w którym TK spełnia niejako funkcję tzw. zastępczego ustawodawcy, a mianowicie wynikające z art. 190 ust. 3 Konstytucji prawo do określenia terminu utraty mocy obowiązującej przepisu uznanego za niekonstytucyjny (*ibid.*, s. 110).

<sup>30</sup> Tak: W. Wróbel, *op. cit.*, s. 168–169.

<sup>31</sup> Dopuszczalność rozszerzenia dotychczasowego zakresu karalności przez orzeczenie TK uzasadnione zostało przez odwołanie się do sytuacji pewnej konieczności normatywnej, w której prymat należy przyznać potrzebie usunięcia z systemu prawnego regulacji naruszającej zasady konstytucyjne”. Tak: *ibid.*

<sup>32</sup> Odmienne W. Wróbel (*ibid.*, s. 169), który przyjmuje, że art. 190 Konstytucji ma charakter *lex specialis* w stosunku do art. 42 ust. 1 Konstytucji.

z przepisów ma charakter przepisu ogólnego, a który szczególnego<sup>33</sup>. Tak naprawdę w kolizji mogłyby pozostawać normy, z których jedna, wywodzona z art. 42 ust. 1 Konstytucji, zakazuje (w uproszczeniu) każdemu, kto nie jest ustawodawcą określenia, które zachowania zabronione są pod groźbą kary oraz wskazania kary, jaka za ich popełnienie grozi. Norma wynikająca z przepisów Konstytucji określających kompetencje Trybunału Konstytucyjnego nakazuje mu – w przypadku stwierdzenia, że przepis jest sprzeczny z Konstytucją – wydania (oczywiście w określonym trybie) orzeczenia uznającego ten przepis za niezgodny z Konstytucją, które to orzeczenie powoduje utratę mocy obowiązującej przepisu. Stwierdzić jednak należy, że rozstrzygnięcie sporu, czy mamy tutaj do czynienia z relacją podrzędności/nadrzędności, ma o tyle drugorzędne znaczenie, że nawet przyjęcie, iż mamy w tym przypadku do czynienia z taką relacją nie oznacza automatycznie akceptacji stanowiska, zgodnie z którym Trybunał Konstytucyjny w drodze wyjątku może, w konsekwencji stwierdzenia „częściowej” niekonstytucyjności przepisu, decydować o tym, jakie jeszcze zachowania są zabronione pod groźbą kary. Pamiętać bowiem należy o poglądach – które należy podzielić<sup>34</sup> – że reguła *lex specialis derogat legi generali* jest wprawdzie oparta na określonych relacjach logicznych, ale – jak podnosi się w doktrynie, „uwarunkowana względami funkcjonalnymi, uwikłana aksjologicznie i kryminalnopolitycznie, czego następstwem jest to, że ocena dotycząca wykorzystania tej dyrektywy jest zawsze dokonywana w powiązaniu z elementami celowościowymi i aksjologicznymi [...]”<sup>35</sup>.

Mając na względzie dokonane powyżej ustalenia przyjąć należy, że ze względu na istniejące uwarunkowania o charakterze historyczno-aksjologicznym oraz obowiązujące przepisy prawa, nie można przyjąć, iż Trybunał Konstytucyjny jest legitymowany do podejmowania decyzji o tym, jakie zachowania są zachowaniami zabronionymi pod groźbą kary kryminalnej (co oczywiście nie wyklucza kompetencji do stwierdzenia, że stan prawny, w którym dana kategoria zachowań nie jest traktowana jako przestępstwa

---

<sup>33</sup> Na trudności w stwierdzeniu, który z dwóch przepisów (aktów) ma charakter przepisu specjalnego, a który ogólnego wskazuje L. M o r a w s k i, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 238.

<sup>34</sup> Szersze uzasadnienie wykracza poza tematykę niniejszego artykułu.

<sup>35</sup> P. K a r d a s, *Lex specialis – logiczna czy teologiczna reguła przesądzająca o pozorności zbiegu przepisów w prawie karnym*, w: *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2012, s. 155–156. Podobnie: L. M o r a w s k i, *op. cit.*, s. 238–239.

narusza określone przepisy Konstytucji). W konsekwencji przyjąć należy, że Trybunał Konstytucyjny powinien „wstrzymać się” od wydania rozstrzygnięcia stwierdzającego „częściową” niekonstytucyjność przepisu, jeżeli w jego wyniku doszłoby do uznania całej kategorii zachowań, których popełnienie nie było dotychczas zagrożone groźbą kary, za czyny zabronione. Należy podkreślić, że chodzi tutaj o nienaruszalność pewnego rdzenia zasady *nullum crimen sine lege*. Ani pozycja Trybunał Konstytucyjnego, ani funkcje, jakie ma on do spełnienia, nie uzasadniają uczynienia wyjątku w zasadzie, o której mowa w art. 42 ust. 1 Konstytucji. Zgodzić się zatem należy z poglądem, zgodnie z którym zasada ustawowej wyłączności wyklucza możliwość ustanowienia nowej normy sankcjonującej z orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego<sup>36</sup>. Nie bez racji w doktrynie prawa konstytucyjnego można spotkać stanowisko, zgodnie z którym, sądy konstytucyjne nie powinny wychodzić poza granicę swoich kompetencji, a zwłaszcza „wykazywać inklinacji do zastępowania wypowiedzi ustawodawcy ich własnym stanowiskiem. Ich zasadniczym zadaniem jest bowiem wyjaśnienie sensu i rozumienia norm prawnych”<sup>37</sup>. Trybunał Konstytucyjny może i ma obowiązek stwierdzić, że dana kategoria zachowań – ze względu na ochronę praw i wolności konstytucyjnych, powinna być zabroniona pod groźbą kary – ale nie powinien z tej kategorii zachowań mocą swojego rozstrzygnięcia uczynić czynów zabronionych. Pojawia się oczywiście pytanie jak sformułowana winna być sentencja wyroku, w którym Trybunał Konstytucyjny stwierdzi konieczność penalizacji określonej kategorii zachowań. Nie budzi wątpliwości, że Trybunał Konstytucyjny w takim przypadku nie może stwierdzić, iż przepis zawierający zbyt wąsko ujętą hipotezę normy sankcjonującej (znamiona opisanego w niej typu czynu zabronionego nie obejmują wszystkich zachowań, które w perspektywie dobra chronionego prawem powinny być objęte) jest zgodny z Konstytucją, ani odmówić wydania orzeczenia. W takim przypadku Trybunał Konstytucyjny powinien orzec o niekonstytucyjności przepisu w określonym dokładnie zakresie (wyrok zakresowy) oraz – na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji – ustalić inny termin utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego niż moment ogłoszenia orzeczenia (najlepiej maksymalny: 18 miesięcy), wskazując jednocześnie władzy ustawodawczej na konieczność dokonania określonych zmian w systemie i podkreślając niemożność orzekania wyłącznie „na podstawie” wyroku Trybunału Konstytucyjnego.

---

<sup>36</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 101.

<sup>37</sup> Z. Czeszejko-Sochacki, *op. cit.*, s. 103.

Oczywiście w tym kontekście – szczególnie oponentom przedstawionego powyżej stanowiska – musi się nasunąć kilka pytań. Nie budzi bowiem wątpliwości, że o tym, czy dane zachowanie ma charakter przestępny, decyduje szereg okoliczności niezwiązanych ściśle z faktem uznania określonej kategorii zachowań za zabronione pod groźbą kary kryminalnej. O przestępności czynu decyduje m.in. zakres okoliczności wyłączających karalność, takich jak przedawnienie, lub tzw. czynny żal. Czy zatem uznanie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego za sprzeczne z Konstytucją regulacji dotyczących tej kategorii zagadnień – jako że wpłynie niewątpliwie na zakres czynów przestępnych (ale już nie na zakres czynów zabronionych pod groźbą kary) – nie powinno też rodzić takich samych wątpliwości z perspektywy konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege*, jak rozszerzenie zakresu znamion typu czynu zabronionego? O bezprawności zachowania zabronionego pod groźbą kary mogą także decydować przepisy ustaw pozakarnych, wprowadzające niekiedy kontratypany pozakodeksowe. Ich uchylenie na podstawie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego może w niektórych przypadkach prowadzić do rozszerzenia zakresu zachowań bezprawnych<sup>38</sup>, a w konsekwencji zabronionych pod groźbą kary. I czy tutaj także nie mamy do czynienia z istnieniem konfliktu z zasadą *nullum crimen sine lege*? Ponadto trudno nie zauważyć, że nie tylko art. 42 ust. 1 wprowadza wymóg ustawy dla określonych zachowań wkraczających w konstytucyjne prawa lub wolności obywatela. Zgodnie bowiem z art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenie praw i wolności konstytucyjnych może nastąpić tylko na podstawie ustawy. I czy w tych przypadkach też powinny pojawiać się wątpliwości co do dopuszczalności wydania wyroku przez Try-

<sup>38</sup> Tak wyrok TK z 28 V 1997 r., K 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19, mocą którego uznano przepis art. 1 pkt 5 ustawy z dn. 30 VIII 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 139, poz. 646), w zakresie dotyczącym art. 4a ust. 1 pkt 4 ustawy z dn. 7 I 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78; zm.: Dz.U. z 1995 r., Nr 66, poz. 334) za niezgodny z art. 1 oraz art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dn. 17 X 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 84, poz. 426; zm.: Dz.U. z 1995 r., Nr 38, poz. 148, Dz.U. z 1995 r., Nr 150, poz. 729; Dz.U. z 1996 r., Nr 106, poz. 488) przez to, że legalizuje przerwanie ciąży bez dostatecznego usprawiedliwienia koniecznością ochrony innej wartości, prawa lub wolności konstytucyjnej oraz posługuje się nieokreślonymi kryteriami tej legalizacji, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne dla życia ludzkiego. Na znaczenie tego wyroku w perspektywie rozszerzenia zakresu penalizacji zwracał już uwagę W. Wróbel, *op. cit.*, s. 167.



bunał Konstytucyjny w sytuacji, w której uznanie zaskarżonego przepisu za niekonstytucyjny faktycznie doprowadzi do ograniczenia jednego z praw konstytucyjnych? Odpowiedź na zadane powyżej pytania musi być negatywna. Zachodząca *prima facie* kolizja przepisów Konstytucji musi być bowiem w tych przypadkach (i to raczej nie budzi wątpliwości) rozstrzygnięta na „korzyść” przepisów normujących kompetencje Trybunału Konstytucyjnego. Wyłącznie zasadzie *nullum crimen sine lege* można przypisać owo szczególne znaczenie gwarancyjne, które „przebija” także z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Tylko ze względu na tę „szczegółność” można przyjąć, iż ostateczna decyzja o tym, która kategoria zachowań jest zabroniona pod groźbą kary powinna być pozostawiona Parlamentowi.

Na marginesie należy jeszcze zwrócić uwagę na problem orzekania przez Trybunał Konstytucyjny o zgodności z Konstytucją przepisu derogującego normę wprowadzającą karalność określonej kategorii zachowań. Zasadniczo sytuacja taka nie powinna budzić wątpliwości, ponieważ wyrok stwierdzający niekonstytucyjność przepisu derogującego nie daje podstawy do przyjęcia, iż „odżył” przepis uchylony, jako że przyjęcie niekonstytucyjnego charakteru przepisu nie oznacza stwierdzenia jego nieważności<sup>39</sup>. Sytuacja wyglądać będzie inaczej w przypadku, w którym Trybunał Konstytucyjny wyraźnie stwierdzi, że uchylenie aktu derogującego oznacza przywrócenie norm wcześniej derogowanych<sup>40</sup>. Abstrahując od oceny dopuszczalności takich rozstrzygnięć przyjąć należy, że – ze względu na brzmienie art. 42 ust. 1 Konstytucji – takie stwierdzenia nie powinny być zawarte w przypadku wyroków Trybunału Konstytucyjnego, które rozstrzygały o niekonstytucyjności przepisu uchylającego normę sankcjonującą.

### **Zasada *nullum crimen sine lege* a obiektywna rozpoznawalność karalności**

Pewnego rodzaju niekoherencje w systemie prawa pomiędzy przepisem statuującym zasadę *nullum crimen sine lege* a innymi przepisami mogą mieć także charakter wertykalny. Chodzi tutaj oczywiście nie o sytuację naruszenia art. 42 ust. 1 Konstytucji przez przepis ustawowy, ale ukształtowania pewnych przesłanek odpowiedzialności karnej w sposób, który może utrudniać realizację funkcji omawianej w tym opracowaniu zasady. Dokładniej rzecz ujmując, pewnego rodzaju wątpliwości, w perspektywie

---

<sup>39</sup> Zob. *ibid.*, s. 61–62 i powołana tam literatura.

<sup>40</sup> Tak wyrok TK z 20 XII 1999 r., K 4/99, OTK ZU 1999, nr 7, poz. 165.

standardów wywodzonych z zasady, o której mowa w art. 42 ust. 1 Konstytucji, może rodzić – jak wspomniano powyżej – brak obowiązywania wymogu obiektywnej przewidywalności karalności danego zachowania jako warunku przestępności konkretnego czynu zabronionego. Innymi słowy: ustrojodawca wprowadził pewną zasadę (chodzi tutaj szczególnie o zasadę *nullum crimen sine lege certa*), jednakże na płaszczyźnie stosowania prawa nie przewidział żadnych konsekwencji<sup>41</sup>, jakie pociąga za sobą sytuacja, w której nie zostaje ona spełniona. Zasada *nullum crimen sine lege* może być bowiem (i jest) rozważana na jeszcze jednej płaszczyźnie – można rzecz materialnoprawnej. Chodzi o odpowiedź na pytanie, czy wystarczające dla przyjęcia, że została zrealizowana funkcja gwarancyjna, jaką niewątpliwie przypisuje się tej zasadzie, jest stwierdzenie, że w czasie, w którym sprawca dopuścił się określonego zachowania było ono zabronione pod groźbą kary (został wydany i wszedł w życie akt normatywny rangi co najmniej ustawy, penalizujący daną kategorię zachowań)? Czy też ta funkcja gwarancyjna wymaga oprócz tego, aby karalność danej kategorii zachowań była obiektywnie rozpoznawalna, tj. wzorzec normatywny byłby w stanie rozpoznać, że dane zachowanie jest zabronione pod groźbą kary. Narzuca się wręcz pytanie, czy nie dochodzi tutaj do swoistego rodzaju deprecjacji tej zasady, skoro można – przynajmniej w perspektywie przesłanek przestępności czynu – zostać skazanym za popełnienie przestępstwa, pomimo tego, że nie było obiektywnie rozpoznawalne, iż dane zachowanie jest czynem zabronionym pod groźbą kary.

W tym miejscu warto przypomnieć o uzasadnieniu zasady *nullum crimen sine lege* w płaszczyźnie funkcji prawa karnego. Przypisuje się je Feuerbachowi<sup>42</sup>. Odwołując się do funkcji prawa karnego, konieczności zapewnienia prewencyjnego oddziaływania zagrożenia karą wskazywał na potrzebę określenia zarówno przestępstwa jak i kary w generalnej normie prawnej – ustawie. Tylko wtedy można bowiem osiągnąć efekt odstrasza-

---

<sup>41</sup> Oczywiście, w przypadku, w którym przepis ustawy nie spełnia wymogów wynikających z art. 42 ust. 1 Konstytucji jest możliwość wystąpienia przez sąd orzekający w sprawie z pytaniem prawnym do TK. Także sam sprawca może wystąpić ze skargą konstytucyjną wskazując, że został skazany na podstawie przepisu, który nie spełniał wymogu określoności, wynikającego z zasady *nullum crimen sine lege*. Jednakże brak obiektywnej przewidywalności tego, że popełnione przez sprawcę zachowanie jest zabronione pod groźbą kary nie zawsze jest konsekwencją brzmienia przepisu, ale może wynikać chociażby ze zmiany utrwalonej wykładni znamion typu czynu zabronionego.

<sup>42</sup> Teoria przymusu psychologicznego („Generalprävention durch psychologischen Zwang”).

nia przez samo zagrożenie przewidziane w normie prawnej<sup>43</sup>. Mamy tutaj do czynienia z prewencyjną funkcją zasady *nullum crimen sine lege* – aby zagrożenie karą mogło oddziaływać, sprawca musi mieć możliwość przewidzenia, że za jego zachowanie będzie istniała możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej. Niekiedy mówi się w tym kontekście o tzw. zasadzie materialnego legalizmu karnego (którego źródół upatruje się także w art. 7 EKPC), definiowanej przez wskazanie na wymóg dostępności regulacji prawnokarnej oraz przewidywalności jej interpretacji i stosowania<sup>44</sup>. Także Trybunał Konstytucyjny w swym orzecznictwie wymaga od przepisów prawa karnego, aby umożliwiały obywatelowi rozpoznanie prawnokarnej konsekwencji swojego zachowania<sup>45</sup>. Z innego punktu widzenia ujmując ten problem, przyjmuje się, że zasada określoności (*nullum crimen sine lege certa*) powinna zapewniać każdemu możliwość rozpoznania jakie zachowanie zabronione jest i jaką karą jest zagrożone<sup>46</sup>. Analiza zasady *nullum crimine sine lege* wskazuje zatem, że obok czysto ustrojowego (prawnopaństwowego)<sup>47</sup> spojrzenia na tę zasadę istnieje też materialnoprawne jej uzasadnienie, w tym – o czym mowa poniżej – związane ściśle z zasadą winy w prawie karnym. Aby można było przypisać winę sprawcy czynu,

<sup>43</sup> R. Dębski, *op. cit.*, s. 16–17; W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 95.

<sup>44</sup> M. Królikowski, w: *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I. Komentarz do art. 1–31, Warszawa 2010, s. 91. Już na początku lat 90-tych tezę tę wyraziła prof. B. Kunicka-Michalska (B. Kunicka-Michalska, *Zasada nullum crimen, nulla poena sine lege w projekcie kodeksu karnego w świetle norm międzynarodowych*, w: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 63) stwierdzając, iż „aby zasada *nullum crimen sine lege penali a priori* mogła rzeczywiście pełnić swą gwarancyjną funkcję jako prawo człowieka muszą być spełnione dwa warunki; [...] 2) [przepisy prawa] muszą być ujęte w sposób prosty i zrozumiały dla wszystkich (a nie tylko dla wysoko wykwalifikowanych prawników), tak by każdy obywatel mógł wiedzieć co jest przestępstwem i jaka kara go czeka za popełnienie danego czynu zabronionego”.

<sup>45</sup> Zob. chociażby postanowienie sygnalizacyjne TK z 13 VI 1994 r. (S. 1/94, OTK 1994, nr 1, poz. 28), w którym stwierdzono: „wymaganie określoności dotyczyć musi zarówno materialnych elementów czynu, jak i elementów kary, tak by czyniło to zadość wymaganiu przewidywalności. Przepisy prawne muszą bowiem stwarzać obywatelowi (podmiotowi odpowiedzialności karnej) możliwość uprzedniego i dokładnego rozeznania, jakie mogą być prawnokarne konsekwencje jego postępowania. Materialne elementy czynu, uznanego za przestępny, muszą więc być zdefiniowane w ustawie (zgodnie z konstytucyjną zasadą wyłączności ustawy) w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny [...]”.

<sup>46</sup> H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, ed. 5, Berlin 1996, s. 137.

<sup>47</sup> Tak określa ten nurt m.in. R. Dębski, *op. cit.*, s. 24.

musi – w momencie podjęcia decyzji o popełnieniu określonego zachowania – istnieć sformułowany czytelnie ustawowy opis znamion przestępstwa. Oczywiście problemem jest punkt odniesienia – czy chodzi o przewidywalność zakazu lub nakazu określonego postępowania, czy też przewidywalność i „obliczalność” państwowej reakcji karnej<sup>48</sup>. Związane jest to ściśle z definicją winy i określeniem punktu odniesienia dla zarzutu stawianego sprawcy czynu: zasadniczo przyjmuje się, że chodzi o nieuszanowanie zakazu lub nakazu określonego działania/zaniechania, a zatem przesłanką winy jest obiektywna rozpoznawalność treści tego zakazu/nakazu<sup>49</sup>. Przez długi czas problemem było ustalenie czy chodzi o świadomość bezprawności „w ogóle” czy tylko bezprawności karnej (sprzeczności z przepisami prawa karnego)<sup>50</sup>. Jednakże problem ten staje się irrelevantny – w kontekście zagadnień stanowiących przedmiot niniejszego artykułu – jeżeli uznamy że w obu przypadkach chodziło o świadomość nakazu/zakazu określonego postępowania (spory zaś dotyczyłyby jedynie jego źródła: czy przepis prawa karnego, czy należący do jakiegokolwiek dziedziny prawa; oraz treści, czy ujmowany on jest czysto obiektywistycznie, czy także wchodzi w jego zakres elementy podmiotowe – umyślność, nieumyślność). Inaczej już wygląda sytuacja, gdy przyjmiemy, że punktem odniesienia dla świadomości sprawcy jest nie nakaz/zakaz określony w ustawie karnej, ale uznanie określonego zachowania za przestępstwo<sup>51</sup>. Niekiedy bowiem bezprawność kryminalna rozumiana jest jako realizacja znamion typu czynu zabronionego; a świadomość bezprawności jako świadomość tego, że zachowanie sprawcy jest czynem zabronionym pod groźbą kary<sup>52</sup>. Przyjęcie tego ostatniego stanowiska rozwiązywałoby wskazany w tym artykule problem, tylko że takie rozumienie bezprawności zasadniczo nie znalazło zwolenników ani w doktrynie, ani w orzecznictwie.

Na gruncie aktualnie obowiązującego porządku prawnego nie powinno budzić wątpliwości, że Kodeks karny nie uzależnia przypisania winy od świadomości karalności czynu. O ile bowiem art. 7 § 1 k.w. stanowi, że nieświadomość tego, że czyn jest zagrożony karą, nie wyłącza odpowiedzialności, chyba że nieświadomość była usprawiedliwiona, zaś zgodnie

<sup>48</sup> Zob. *ibid.*, s. 26–29.

<sup>49</sup> W. Wołter, *Funkcje błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 179.

<sup>50</sup> Por. szerzej na ten temat: J. Wyrembark, *Świadomość bezprawności czynu w ujęciu teoretyczno-prawnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 12, s. 50 i n.

<sup>51</sup> Tak zdaje się np. W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 205–206.

<sup>52</sup> Tak. M. Cieślak, *op. cit.*, s. 320 i 331, Zob. także P. Wołnik, *Nieświadomość regul ostrożności jako błąd przy przestępstwach nieumyślnych*, CPKiNP 2004, z. 2, s. 102.

z brzmieniem art. 10 § 4 k.k.s. „Nie popełnia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności”, o tyle art. 30 k.k. stwierdza, że „Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności; jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary”. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie budzi też zasadniczo wątpliwości, że zachowanie, aby mogło być uznane za przestępne, musi być czynem, bezprawnym, karalnym (realizującym znamiona typu czynu zabronionego opisane w ustawie karnej), karygodnym oraz zawinionym (co warunkowane jest m.in. istnieniem rozpoznawalności bezprawności czynu a nie jego karalności<sup>53</sup>). Na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. nie budzi także wątpliwości, że aby zachowanie było przestępne sprawca musi mieć obiektywną możliwość rozpoznania konsekwencji podjętych czynności, ale w sferze faktycznej nie prawnej<sup>54</sup>.

Pytanie jakie należy sobie postawić brzmi: czy uzależnienie przestępności czynu tylko od wymogu rozpoznawalności jego bezprawności jest – w perspektywie zasady *nullum crimen sine lege* – wystarczające? Odpowiedź na pytanie, czy przypisanie sprawcy winy powinno być uzależnione od świadomości bezprawności czy karalności czynu, jakiego dopuścił się sprawca, znaleźć musi się poza zakresem niniejszego artykułu. Wymagałoby to bowiem przeprowadzenia dogłębnej analizy konstrukcji winy w prawie karnym; bez odpowiedzi na pytanie, czym jest wina – ujmowana jako przesłanka odpowiedzialności karnej – nie da się bowiem odpowiedzieć na pytanie o treść jej przesłanek, w tym określić co powinno być przedmiotem przewidywalności: bezprawność czy karalność. W tym kontekście uznać należy za zbyt daleko wysunięty zarzut, zgodnie z którym cała koncepcja przestępstwa i odpowiedzialności karnej wymaga uczynie-

---

<sup>53</sup> A. Z o l l, w: *Komentarz do Kodeksu karnego. Część ogólna*, wyd. 3, Warszawa 2006, s. 58; W. W r ó b e l, A. Z o l l, *op. cit.*, s. 389; M. K r ó l i k o w s k i, w: *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *op. cit.*, s. 891. Podobne rozwiązanie przyjmuje kodeks karny niemiecki (StGB), który w art. 17 zd. 1 stanowi: „Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte”. Jak podkreśla się w doktrynie i w orzecznictwie chodzi tutaj też o rozpoznawalność zakazu, a nie o to że zachowanie jest czynem karalnym. Zob. H.-H. J e s c h e c k, T. W e i g e n d, *op. cit.*, s. 453.

<sup>54</sup> Oznacza to, że musi być dla sprawcy obiektywnie rozpoznawalne, że podjęte przez niego zachowanie może być zgodne z wzorcem XYZ, ale już nie to, że ten wzorec na płaszczyźnie prawa stanowi wzorec karalnego zachowania (jest czynem zabronionym pod groźbą kary).

nia podstawą przypisania winy świadomość bezprawności kryminalnej<sup>55</sup>. Wszystko bowiem zależy od przyjętej koncepcji przestępstwa i winy. Należy podkreślić, że w doktrynie – szukając potwierdzenia dla wprowadzenia jako przesłanki winy rozpoznawalności świadomości bezprawności kryminalnej ujmowanej na płaszczyźnie zakazów/nakazów wyprowadzanych z przepisów Kodeksu karnego – wyrażono już pogląd, zgodnie z którym, w sytuacji przyjęcia jako przesłanki winy świadomości bezprawności (rozumianej jako bezprawność odkodowywana z całego systemu, a nie tylko z przepisów prawa karnego) można wyciągnąć wniosek, „że teoria prawa karnego oraz praktyka jego stosowania – z punktu widzenia problematyki norm sankcjonowanych – przywiązuje przesadnie duże znaczenie do zasady *nullum crimen sine lege* (przynajmniej w zakresie jej niektórych aspektów – zwłaszcza reguły *nullum crimen sine lege certa*), do zasady przyzwoitej legislacji czy do pozycji metody językowej w zakresie wykładni przepisów wyrażających znamiona poszczególnych typów przestępstw”<sup>56</sup>. Przed ustosunkowaniem się do powyższej tezy, należy jednak usunąć pewne wątpliwości terminologiczne: świadomość tego, że zachowanie jest w świetle prawa karnego zabronione nie oznacza tylko świadomości sprzeczności zachowania z normami prawa karnego, określającymi jakie zachowanie w świetle prawa karnego jest nakazane lub zakazane<sup>57</sup>, ale świadomość tego, że zachowanie to zabronione zostało przez ustawodawcę pod groźbą kary kryminalnej. Przykładowo: spowodowanie śmierci dziecka poczętego narusza zakaz wynikający z art. 152 k.k. (niezależnie od strony podmiotowej jaką przyjmie zachowanie sprawcy; ona znajduje się zasadniczo<sup>58</sup> poza zakresem normy sankcjonowanej), natomiast nie w każdym przypadku jest czynem zabronionym pod groźbą kary kryminalnej. Dla stwierdzenia, że została spełniona przesłanka przestępności czynu, jaką jest rozpoznawalność bezprawności wystarczy wykazanie, że było obiektywnie rozpoznawalne, iż – w uproszczeniu – zabicie dziecka poczętego (czy – jak chcieliby zwolennicy subiektywnie ujmowanej normy sankcjonowanej – umyślne zabicie dziecka poczętego) jest zachowaniem bezprawnym (nikt nie wymaga, aby sprawca dodatkowo znał źródło tej bezprawności, albo przynajmniej był

<sup>55</sup> Tak: J. Wyrembak, *Świadomość...*, *op. cit.*, s. 60.

<sup>56</sup> *Ibid.*, s. 59.

<sup>57</sup> Tak zdaje się rozumieć bezprawność kryminalną J. Wyrembak (*ibid.*, s. 56 i n.). Autor w tekście odwołuje się bowiem do świadomości naruszonego zakazu i do płaszczyzny norm sankcjonowanych.

<sup>58</sup> Inaczej: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Stadium prawno-porównawcze*, Warszawa 2009, s. 135.

w stanie określić, czy wynika ona z przepisu prawa karnego, czy też z aktu normatywnego przynależnego do szeroko rozumianego prawa prywatnego). Czym innym jest jednak obiektywna rozpoznawalność tego, że zachowanie to jest zabronione pod groźbą kary. W tym też kontekście powołany powyżej zarzut, dla którego punktem wyjścia jest zasada *nullum crimen sine lege certa* jest zasadny, ale z podkreśleniem, że niezależnie od przyjmowanej koncepcji bezprawności. Zasada *nullum crimen sine lege* dotyczy bowiem płaszczyzny norm sankcjonujących, a nie sankcjonowanych. Zakaz lub nakaz określonego zachowania wynikający z normy sankcjonowanej wiąże się zasadniczo z ograniczeniem jakichś praw lub wolności konstytucyjnych – niezależnie od tego, skąd ten zakaz będziemy wywodzili: czy z norm prawa karnego, czy także z innych dziedzin prawa. Konstytucja określa, w jakich przypadkach i w jakim trybie dozwolone jest wprowadzenie takich zakazów/nakazów, jednakże nie w art. 42 ust. 1, ale (zasadniczo) w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zasadę *nullum crimen sine lege* należy natomiast odczytywać w perspektywie nie normy zakazu/nakazu (normy sankcjonowanej), ale w perspektywie normy sankcjonującej. To ta bowiem norma wyznacza nam zakres zachowań, które – z perspektywy dóbr prawnie chronionych – są na tyle społecznie szkodliwe, że dopuszczenie się ich zagrożone zostało karą kryminalną. Wymogi związane z zasadą *nullum crimen sine lege* na wszystkich jej płaszczyznach uzasadniane są nie faktem ograniczenia wolności/praw obywatelskich przez stawienie nakazów/zakazów określonego postępowania, ale faktem odpowiedzialności, jaka wiąże się z naruszeniem tych zakazów/nakazów. Nie chodzi przy tym tylko o konieczność poniesienia kary (dolegliwości, która prowadzi do ograniczenia praw konstytucyjnych), ale także o stygmatyzację związaną z pociągnięciem sprawcy do odpowiedzialności karnej. Z tego względu decyzję o karalności danej kategorii zachowań podejmować powinien Sejm, powinno być precyzyjnie określone jakie zachowanie jest zagrożone karą kryminalną i jaka kara za nie grozi. Z tego też powodu zakazane jest stosowanie wykładni rozszerzającej (o analogii na niekorzyść sprawcy nie wspominając).

W kontekście omawianej zasady konstytucyjnej<sup>59</sup> przesłanką odpowiedzialności karnej powinna być rozpoznawalność karalności czynu – nie przesądzając w tym momencie na jakim szczeblu struktury przestępstwa

---

<sup>59</sup> Pojawia się też pytanie, czy także z orzecznictwa ETPC nie można by już w tym momencie recypować zakazu pociągania do odpowiedzialności karnej osoby, która nie miała możliwości rozpoznania, że jej zachowanie jest zabronione pod groźbą kary. Zob. M. K r ó l i k o w s k i, w: *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *op. cit.*, s. 92.

byłaby ona rozważana. Podkreślić należy, że sprawca nie musiałby być świadomy, że jego zachowanie jest karalne, wystarczająca dla przypisania odpowiedzialności byłaby rozpoznawalność karalności ustalana przy pomocy kryterium wzorca normatywnego: „modelowego dobrego obywatela”. Czy wprowadzenie tej przesłanki miałyby znaczenie praktyczne? Wbrew pozorom – w demokratycznym państwie prawa, w którym zasadniczo przyjmuje się długie terminy *vacatio legis* przy wprowadzaniu do systemu norm sankcjonujących, rozpoznawalność obowiązywania danej normy nie powinna przecież być trudna do udowodnienia – miałyby to znaczenie. Nieświadomość karalności – podobnie jak nieświadomość bezprawności<sup>60</sup> – może być przede wszystkim konsekwencją nieznanomości prawa (braku wiedzy o tym, że dane zachowanie jest czynem zabronionym pod groźbą kary), ale także niezrozumienia prawa lub wadliwego rozumienia prawa, tj. tego fragmentu normy sankcjonującej, który opisuje nam zachowanie zabronione pod groźbą kary. I w tych wątpliwościach wykładniczych dotyczących znamion typu czynu zabronionego, leży przysłowiowy „pies pogrzebany”. Ponieważ w przypadku zmiany utrwalonej linii orzecniczej, której przedmiotem była treść znamienia określonego typu czynu zabronionego, a która to zmiana prowadziłaby do objęcia zakresem desygnatów tego typu zachowań, dotychczas nieuznawanych za zabronione pod groźbą kary, pojawiłby się problem rozpoznawalności karalności takich zachowań (już popełnionych), a w konsekwencji dopuszczalności pociągnięcia ich sprawców do odpowiedzialności karnej.

---

<sup>60</sup> J. Wyrembak, *Kilka uwag o nieświadomości bezprawności czynu oraz znajomości i nieznanomości prawa*, „Gazeta Sądowa” 2007, nr 7/8, s. 37.