

Marek J. Lubelski

WOKOŁ TZW. KONSTYTUCYJNYCH ZASAD KARANIA

Wprowadzenie

Artykuł poświęcony jest niektórym aspektom zasadności wyodrębniania oraz dróg formułowania w prawie karnym materialnym norm szczególnego rodzaju, postrzeganych i zaliczanych do fundamentów porządku prawnego, które zwykle określamy mianem norm konstytucyjnych. Nie jest to nowe zjawisko, ale dla czasów obecnych szczególnie ważne.

1. Mówiąc o normach konstytucyjnych, niekoniecznie mamy na myśli to, że w konstytucji faktycznie zostały wyrażone, chodzi raczej o podkreślenie ich fundamentalnego znaczenia dla krajowego porządku prawnego. Stąd używane też są określenia „normy naczelne” lub „normy podstawowe”. Wprowadzają one jednak inne konotacje. Źródłem norm o charakterze konstytucyjnym mogą być też akty prawa międzynarodowego, o ile za takowe zostaną uznane. Takim konstytucyjnym zasadom karania poświęcono dość pilną uwagę w latach 90. XX w. – w czasie dyskusji nad nową konstytucją i nowym kodeksem karnym. Niekoniecznie adresowana do prawa karnego, toczy się ona nadal, i to ze znaczną intensywnością¹. Daleko jednak do

¹ Por. np.: K. Buchała, L. Kubicki, *Zasady odpowiedzialności karnej w przyszłej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 10, s. 147 i n.; K. Buchała, A. Zoll, *Normy konstytucyjne a prawo karne*, [w:] *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s.14-16; L. Kubicki, *Nowa kodyfikacja karna a konstytucja RP*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 9-10, s. 24-39; A. Strzembosz, *Klauzule generalne w projekcie kodeksu karnego*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 99-110; P. Tułaja, W. Wróbel, *Konstytucyjne standardy prawa karnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, Kraków 1994, s. 255-270; A. Zoll, *Zasady prawa karnego w projekcie konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 3, s. 72-79. Por też np.: Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w konstytucji RP (ogólna charakterystyka)*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11-12, s. 86-106; T. Zieliński, *Klauzule generalne w nowym porządku konstytucyjnym*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11-12, s. 134-148; ponadto: W. Wolter, *Klauzule normatywne w przepisach karnych*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1969, z. 3-4, s. 5 i n. H. Pietrzykowski, również na gruncie prawa cywilnego, utożsamia „podstawowe zasady porządku prawnego” z przepisami konstytucji, zwłaszcza zawartymi w jej rozdziale drugim – *Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem orzeczenia*, „Przebieg Sądowy” 2005, nr 4, s. 11. W kwestii kontrowersji wyodrębniania „naczelných zasad systemu prawa” por. np.:

jej zamknięcia, tym bardziej że wzajemne relacje uchwalonych aktów, to jest konstytucji i kodeksu karnego, nie mówiąc o innych nowych kodeksach karnych, jak kodeks postępowania karnego czy kodeks karny skarbowy, są znacznie bardziej złożone i bogate, niż tego oczekiwano. Trzeba przypomnieć, że w dyscyplinach karnych zasady określane jako podstawowe, czy też naczelne, stanowią wyraźnie wyodrębniony i uznawany za pożądany przedmiot refleksji procesowej. W prawie materialnym określenie „zasady” adresuje się zwykle do ogółu norm zawartych w części ogólnej kodeksu karnego, czy – odpowiednio – innego aktu tej rangi statuującego odpowiedzialność karną (dla przykładu kodeksu karnego skarbowego).

2. Nie ma sporu, jak się wydaje, że można, a nawet trzeba, wyróżniać w sprawach odpowiedzialności karnej normy najogólniejsze, określające generalne wymogi stosowania innych norm. Konstytucja RP z 2 IV 1997 r. zawiera, i to dość liczne, normy dotyczące karania. Wspomnieć trzeba, w ramach przykładu, o zasadzie ustawowej określoności czynu i kary (art. 42, ust. 1), zasadzie humanitaryzmu w karaniu – zawartej zresztą w różnych przepisach, i tym samym wymagającej pewnej rekonstrukcji, różniącej się jednak w ostatecznym brzmieniu od zasady humanitaryzmu wypowiedzianej w kodeksie karnym, która to kodeksowa zasada jest szerzej zakreślona niż konstytucyjna i potraktowana zresztą jako zbiór zasad bardziej szczegółowych (art. 40 oraz art. 41, ust. 4 konstytucji), zasadę nieprzedawniania się ścigania zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości (art. 43 i tu rozbieżności z uregulowaniami kodeksowymi, który mówi o „zbrodniach przeciwko pokojowi, ludzkości i przestępstwach wojennych” – ujęcie kodeksu jest więc szersze od konstytucyjnego, gdyż objęto w kodeksie nieprzedawnieniem wszelkie przestępstwa wojenne, a nie tylko zbrodnie).

Normy konstytucji pozostają wobec zasad kodeksu karnego w różnych relacjach. Wymienione mają w przepisach kodeksu odpowiedniki dosłowne: warto zaznaczyć, że uchwalenie kodeksu nastąpiło 6 VI 1997 r., czyli wkrótce po uchwaleniu konstytucji (pomińmy perypetie z wejściem kodeksu w życie, co nastąpiło dopiero z dniem 1 IX 1998 r., konstytucja weszła w życie z dniem 17 X 1997 r.).

Prace sejmowe nad oboma aktami przebiegały więc, w końcowej przynajmniej fazie, równolegle, trudno zatem mówić – w znaczeniu dosłownym – o przeniesieniu sformułowań z jednego aktu do drugiego, powtórzeniu regulacji. Akt nieuchwalony jest ciągle tylko projektem prawa, a nie prawem jako takim. Nie było możliwości redagowania kodeksu ściśle „pod konstytucję”, co być może właśnie zaowocowało rozbieżnościami w sformułowaniach tekstów prawnych.

Można te różnice bagatelizować, głosząc pogląd, że kodeks karny konkretyzuje normy konstytucyjne, które mają raczej charakter ideologiczny, nadaje im specyficzne dla dyscyplin karnych treść i kształt, a więc realizuje – wypowiada – normy konstytucyjne w specyficzny dla ustaw karnych sposób, który można określić jako „techniczny”. Nie byłbym jednak zwolennikiem takiego stanowiska. Kon-

stytucja obowiązuje wprost, w takim brzmieniu, w jakim została uchwalona i opublikowana, stosują się do niej zasadniczo te same reguły wykładni co wobec ustaw zwykłych, nie ma podstaw do łatwego pomijania sformułowań konstytucyjnych i przywiązywania wagi jedynie do brzmienia przepisów zawartych w kodeksie, co jest zjawiskiem nie rzadkim, ale wręcz powszechnym w świecie karnistów. Przykładem niech będą, choć nieco odległe od ściśle rozumianego tematu, rozbieżności w nazewnictwie postaci zjawiskowych przestępstwa – konstytucja mówi o sprawstwie „zleceniowym”, kodeks takiego nie zna, jest w nim natomiast wyodrębniona postać „poleceniowa” (odpowiednio art. 44 konstytucji i art. 18, § 1 kodeksu karnego). Taki stan trwa już ładnych kilka lat i nie doczekał się większego zainteresowania doktryny ani korekt ustawy karnej, choć takie się dokonuje, często zaś czas na dostosowanie stanu ustawodawstwa do konstytucji dawno już minął. Można wobec tego zasadnie głosić, że konstytucja poszerza (uzupełnia) kodeksowe postacie zjawiskowe przestępstwa właśnie o sprawstwo zleceniowe, choć taka teza wymagałaby oczywiście głębokiej i odrębnej dyskusji, na którą brak tu miejsca. Stawiam ją jako egzemplifikację stanu i wielopoziomowości relacji, jakie zachodzą między konstytucją a kodeksem karnym (ustawodawstwem karnym)².

Wracając do zasadniczego nurtu obserwacji – poza wymienionymi już zasadami, o znaczeniu dla prawa karnego niewątpliwie fundamentalnym lub przynajmniej bardzo istotnym (na co wskazywać może chociażby lokalizacja odpowiedników powołanych przepisów konstytucji w kodeksie: art. 1, § 1 k.k., art. 3 k.k., 105 k.k.) – są też zawarte w konstytucji normy wprowadzające także karania dotyczące, lecz adresowane generalnie i niewątpliwie bez zasadniczego celu wywołania odpowiednich konsekwencji, właśnie w całości kształcie norm karaniu (odpowiedzialności karnej) poświęconych. Przykładem niech tu będzie wyrażona w konstytucji w sposób kategoryczny i niedopuszczający wyjątków zasada prawnej ochrony życia (art. 38), co wyłącza, w moim przekonaniu, możliwość restytuowania w Polsce kary śmierci (bez zmiany w tej materii konstytucji), a o czym się na ogół w debatach publicznych poświęconych karze śmierci nie mówi (podobnie jak o zobowiązaniach międzynarodowych Polski wynikających z przystąpienia do Unii Europejskiej i ratyfikacji europejskiej konwencji praw człowieka wraz z protokołami dodatkowymi). Swoboda w sposobach karania jest więc mocno ograniczona³. Aby popatrzeć i w innym kierunku: zauważmy, że wypowiedziano np. w konstytucji prawo do poruszania się (po terytorium RP – art. 52), co ma też bezpośrednie odniesienia do prawa karnego, bo przecież jakże często realizacja norm prawnokarnych takie prawo ogranicza lub wręcz znosi. Nie ma jednak zapewne potrzeby dalszego rozpatrywania tej kwestii, albowiem konstytucja nie wypowiada w ten sposób żadnej za-

² Interesującym i, jak sądzę, ważnym argumentem w przedmiocie „sprawstwa zleceniowego” może być statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, który w art. 25, ust. 3b wyróżnia jako formę popełnienia przestępstwa jego „zlecenie”, obok sprawstwa wykonawczego i pośredniego, a także nakłaniania, pomagania, podlegania i jakiegokolwiek innego przyczyniania się, por.: *Międzynarodowy Trybunał Karny*, red. E. Zielińska, Warszawa 2004; J. Izydorczyk, P. Wiliński, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Kraków 2004. Zagadnieniu „sprawstwa zleceniowego” poświęcony jest w niniejszym tomie artykuł K. Banasik.

³ Por.: K. Bagan-Kurluta, G. B. Szczygieł, *Granice zobowiązań międzynarodowych Polski a koncepcja przywrócenia kary śmierci*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 1, s. 5-18.

sady prawa karnego; przeciwnie – normy ustaw karnych prawo do swobody poruszania się konkretyzują i we właściwy sobie sposób ograniczają.

3. Są jednak także zasady o podstawowym dla karania (odpowiedzialności karnej) znaczeniu, które w konstytucji RP nie zostały jednoznacznie wypowiedziane, jak chociażby zasada zawinienia, wyrażona w art. 1, § 3 kodeksu karnego, której w konstytucji odpowiada jedynie zasada domniemania niewinności (art. 42, ust. 3)⁴, co nie jest, w moim przekonaniu, równoważne, jako że plasuje się ona w takiej redakcji w systemie zasad procesowych, a nie karnomaterialnych; ma ona zresztą w kodeksie postępowania karnego dosłowny odpowiednik (art. 5, § 1). Inne, choć niewypowiedziane w sensie dosłownym, mogą być z przepisów konstytucyjnych, przy zastosowaniu już tylko podstawowych reguł wykładni, bez żadnych wątpliwości wywiedzione, jak np. generalna zasada przedawniania się ścigania przestępstw.

Wzajemny stosunek norm konstytucyjnych i prawnokarnych jest więc niejednoznaczny. Tym bardziej zasadne jest pytanie o zawartość i źródła katalogu zasad fundamentalnych. W szczególności trzeba rozważyć kwestię, czy katalog konstytucyjny może być uzupełniany i jaką drogą (z jakim uzasadnieniem) miałyby to następować? Problem jeszcze bardziej się skomplikuje, gdy charakter zasady fundamentalnej zechcemy nadać normie niewypowiedzianej w sposób skonkretyzowany w przepisach prawa stanowionego, a więc gdy będziemy poszukiwać takich zasad w ogólnej wizji państwa i prawa. Zasady takie mają w swej istocie charakter cywilizacyjny i do nich właśnie, w moim przekonaniu, należy zaliczać zasadę zawinienia⁵. Możemy też nadawać rangę konstytucyjną normom wypowiedzianym w aktach międzynarodowych – tu z pewnością trzeba w pierwszym rzędzie wymienić paktów praw człowieka, o ile, rzecz jasna, uznamy, że nie znalazły one dotychczas wystarczającego odzwierciedlenia w wewnętrznym prawie stanowionym⁶. Niektórzy autorzy wymieniają, jako fundamentalne dla prawa karnego,

⁴ A. Zoll twierdzi, że zasada winy ma rangę konstytucyjną i wynika wprost zarówno z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), jak i z zasady godności człowieka jako najwyższego i niezbywalnego dobra, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 64.

⁵ Takie aspekty dostrzega m.in. A. Wąsek, rozważając, w kontekście winy, związki prawa i moralności, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Gdańsk 1999, s. 37. Podobnie G. Rejman, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 154 oraz s. 166-169.

⁶ Por. np.: P. Hofmański, *Konwencja europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 37-58; *idem*, *Nowe polskie prawo karne w świetle europejskich standardów ochrony praw człowieka*, Warszawa 1997. W tej materii por. także np.: S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej a Konstytucja RP i prawo polskie – kilka refleksji*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 11, s. 18-27; E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jego konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 3-10; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasady ogólne prawa jako źródło europejskiego prawa wspólnotowego*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 23-35; M. A. Nowicki, *Wokół konwencji europejskiej*, Warszawa 1992, s. 156-166; O. Sitarz, *Znaczenie prawa międzynarodowego dla ochrony praw dziecka w prawie karnym jako prawie wewnętrznym*, [w:] *U progu nowych kodyfikacji karnych. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Leonowi Tyszkiewiczowi*, Katowice 1999, s. 119-137; M. Szczepaniec, *Uregulowanie obrony koniecznej w kodeksie karnym z 1997 r. a europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999, z. 1, s. 119-128; *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Kraków 2005; M. Zubik, *Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 3, s. 3-16. Por. także: J. Pradel, G. Corstens, *Droit penal europeen*, Paris 1999, s. 239-322; C. de Than, E. Shorts, *International Criminal Law and Human Rights*, London 2003, s. 271-344. W kwestii skutków orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego o niezgodności z konstytucją przepisów k.p.k. o europejskim nakazie aresztowania (607t,

zasady wywiedzione z innych, często trudnych do jednoznacznego ustalenia źródeł, oczywiście bez względu na to, czy są one gdzieś w prawie stanowionym literalnie wypowiedziane – odwołując się tu do pewnej uogólnionej wizji prawa karnego, ukształtowanej jego historią i refleksją badaczy oraz pismami myślicieli. Chyba chodzi tu o kryterium tzw. zgody powszechnej jako wyznacznika poszukiwania prawdy, odwołujemy się tym samym do tzw. standardów cywilizacyjnych – fundamentów kulturowych, określonych społeczeństw (np. uznawanie karania za *ultima ratio*).

Nie trzeba osobno dokumentować tezy, że zasady, jeżeli są dla systemu prawa fundamentalne, to winny rzutować na wykładnię i stosowanie wszystkich pozostałych norm gałęzi prawa, której dotyczą, a więc stale i bezpośrednio być uwzględniane w praktyce wymiaru sprawiedliwości, w tym znajdować należną pozycję i odzwierciedlenie w orzecznictwie np. Sądu Najwyższego jako organu powołanego w sposób szczególny do formułowania jego wykładni (odnoszę wrażenie, że taka aktywność Sądu Najwyższego w obszarze prawa materialnego uległa zamrożeniu po wejściu w życie konstytucji z 1997 r.)⁷. Oczywiście organem szczególnie uprawnionym do budowania katalogu zasad rangi konstytucyjnej jest Trybunał Konstytucyjny, a w innym kontekście i wymiarze – Europejski Trybunał Praw Człowieka; zasadniczo artykuł tych obszarów jednak nie dotyka, koncentrując się na sposobach odczytywania katalogu zasad konstytucyjnych na poziomie prawa nauczanego, a więc widzianego oczami aktualnie publikowanych opracowań fundamentalnych, takich jak podręczniki czy komentarze, rzecz jasna, prawa materialnego, bo procesowe, z racji oczywistych odrębności chociażby przedmiotu regulacji, staram się wyraźnie separować i nie poświęcać mu osobnej uwagi.

4. A. Marek do zasad fundamentalnych, które będą też określane naczelnymi, zalicza zasadę *nullum crimen sine lege* wraz z wynikającym z niej zakazem stosowania analogii oraz zasadę *lex retro non agit*⁸. L. Gardocki wymienia zasadę odpowiedzialności za czyn, zasadę winy, zasadę odpowiedzialności indywidualnej i osobistej, zasadę humanitaryzmu, a także zasadę *nullum crimen sine lege* z jej rozwinięciami, takimi jak zakaz analogii, *lex retro non agit*, i również *nulla poena sine lege*⁹. M. Bojarski podaje katalog zbieżny z katalogiem L. Gardockiego, nie ma w nim jednak zasad odpowiedzialności za czyn i zasady odpowiedzialności indywidualnej, pojawia się natomiast zasada szkodliwości społecznej (*nullum crimen sine periculo sociali*)¹⁰.

§1 k.p.k.) dla krajowego porządku prawnego, por.: M. Muszyński, *Jesienne referendum byłoby przedwczesne*, „Rzeczpospolita” 2005, nr 108, s. C5. O policentryczności prawa na tle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego o niesprzeczności z konstytucją traktatu o przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej, por. np.: E. Siedlecka, *UE nie wadzi polskiej konstytucji*, „Gazeta Wyborcza”, 12.05.2005, s. 6.

⁷ Bardzo interesujące przykłady rozstrzygnięć Sądu Najwyższego, wywiedzionych z zasad konstytucyjnych, *nota bene* na gruncie konstytucji z 1952 r., podaje A. Wąsek, *op. cit.*, s. 16-18, w szczególności t. 7, 9, 10.

⁸ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 55-57.

⁹ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 7-19. Podobny katalog formułują K. Indeckii, K. Liszewska, *Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Warszawa 2002, s. 31-37.

¹⁰ M. Bojarski, [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2004, s. 34-43.

T. Bojarski naczelnych zasad prawa karnego materialnego jako odrębnego wymiaru opisu materii prawnokarnej nie wyróżnia, pisze natomiast o podstawowych „cechach” prawa karnego, umieszczając w nich zasadę określoności przestępstwa, zasadę winy, zasadę odpowiedzialności za czyn, indywidualizacji odpowiedzialności, w tym indywidualizacji kary, zasadę subsydiarności, równości wobec prawa, praworządności, wreszcie zasadę humanitaryzmu, postrzeganą zresztą zasadniczo jako stosowanie idei humanitaryzmu¹¹. A. Wąsek niewątpliwie uznaje istnienie „naczelnych zasad współczesnego prawa karnego”¹², zaliczanych do „porządku konstytucyjnego”, plasując wśród nich zasadę *nullum crimen sine lege poenali anteriori*, z jej rozwinięciami, w szczególności w postaci zasady *nulla poena sine lege*, a także zasady odpowiedzialności za czyn, jego społecznej szkodliwości oraz winy¹³. J. Giezek podkreśla, że konstytucyjną jest zasada *nullum crimen sine lege*, i przypomina, że takową zawierała także konstytucja marcowa z 1921 r. oraz kwietniowa z 1935 r.¹⁴ Do zasad konstytucyjnych zalicza także zasadę *lex retro non agit*. Zaznacza ponadto, że konstytucja koryguje tu przepisy kodeksowe, poprzez ustalenie, że czyn podlega ukaraniu także wtedy, gdy stanowił w czasie jego popełnienia przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego. Podnieść w tym miejscu wypada, że w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego zakaz nieretrokcji nie ma znaczenia bezwzględne¹⁵.

Najobszerniejszy katalog zasad podstawowych formułuje J. Warylewski¹⁶. Wymienia on: zasadę praworządności, do której zalicza *nullum delictum sine lege* i *nulla sanctio sine lege*, zasadę sprawiedliwości, humanizmu, subsydiarności, czynu, społecznej szkodliwości, winy, indywidualizacji odpowiedzialności, *in dubio pro reo*, *nulla sanctio sine iudicio*, stałości i pewności prawa. Źródeł wyróżnionych zasad upatruje w „najbardziej istotnych rozwiązaniach normatywnych i ideach przewodnich” ustawy karnej. Zastrzega też, że część zasad ma charakter „ogólnoprawny”, a część dotyczy tylko prawa karnego jako takiego. Do tak plasowanych zasad zalicza odrębnie zasadę *lex retro non agit*.

Mój własny katalog zbieżny byłby z katalogiem sformułowanym przez J. Warylewskiego, z tą jedną korektą, że nie widzę uzasadnienia dla uwzględniania w nim wymiarów „ogólnoprawnych”, a więc w szczególności zasady stałości i pewności prawa. Podkreślić jednak pragnę, iż zgodni jesteśmy, że nie można w katalogu zasad podstawowych prawa karnego materialnego nie uwzględniać przynajmniej niektórych fundamentalnych zasad procesowych, jako że odpowiedzialność karna (karanie) nierozłącznie jest związana ze sposobem jej realizacji (co trafnie

¹¹ T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2003, s. 20-22.

¹² A. Wąsek, *op. cit.*, s. 31, t. 47.

¹³ *Ibidem*, s. 16-39.

¹⁴ J. Giezek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Wrocław 2000, s. 24 i n.

¹⁵ Por. np.: M. Królikowski, *O dopuszczalności retroaktywnego stosowania wykładni w prawie karnym (przypadek tak zwanych strzelców przy murze berlińskim)*, [w:] *Teoria i praktyka...*, s. 229-244. Ogólnie o retroaktywności, por.: W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003. Por. też np.: M. Safjan, *Widmo przedawnienia (Rozważania prezesa Trybunału Konstytucyjnego. Z profesorem Markiem Safjanem rozmawia Jolanta Kroner)*, „Rzeczpospolita” 2005, nr 49, s. C3. Do przełamania nieretrokcji nawołuje R. Bugaj, *Odpowiedzialność i przebaczenie*, „Rzeczpospolita” 2005, nr 108, s. 12.

¹⁶ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 78-91.

czyni nasza konstytucja), i pomijając w nim przynajmniej „prawa do sądu”, rozumianego także jako prawo do uczciwego, sprawiedliwego i jawnego procesu, z prawem do obrony i co najmniej dwuinstancyjnego postępowania, jak również zasady domniemania niewinności (J. Warylewski ujmuje prawo do sądu wąsko – *right of access to the court*, zasadzie sprawiedliwości nadaje zaś tylko wymiar materialno-prawny)¹⁷. Nie brak mi pewnych wątpliwości, czy zasada subsydiarności, nie mająca przecież oparcia w wyraźnie sformułowanym przepisie konstytucji, może do zasad naczelnych być zaliczana i z czego ewentualnie ją wyprowadzać, jako że tkwi bardziej w pewnej wizji państwa i porządku prawnego, niż dającym się jednoznacznie wskazać dokumencie. Można wprawdzie powoływać się tu także na dorobek badań naukowych nad stosowaniem i efektywnością prawa karnego, są to jednak inne źródła niż pozostałych zasad, gdzie oparcie normatywne, czy to w porządku krajowym, czy też międzynarodowym, jest ewidentne. Dostrzegam też problem z właściwym i dostatecznie „solidnym” umocowaniem, a nawet opisaniem treści, zasady zawinienia, o czym wcześniej już wspomiano, tu zaś dodam, że w przepisach kodeksu karnego (i nie tylko, bo także np. w przepisach ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich) ulega ona istotnym ograniczeniom i korektom – żeby nie powiedzieć, wyłączeniom, jeśli tylko wspomnieć o polskim modelu odpowiedzialności za czyny popełnione w stanie nietrzeźwości lub odurzenia (por. art. 31, § 3 k.k.). Niedawno zwrócił uwagę na tę kwestię T. Kaczmarek, który zresztą we wspomnianym opracowaniu wyróżnia, nie wymienianą powyżej przez innych, zasadę ochrony dóbr prawnych, określając ją – słusznie – podstawową i równorzędną z zasadą zawinienia¹⁸. Tym samym katalog sformułowany przez J. Warylewskiego powinien ulec poszerzeniu przynajmniej o jeszcze jedną pozycję. Po skorygowaniu listy w postulowany powyżej sposób, to jest przez pominięcie zasady stałości i pewności prawa, zasad podstawowych, zgeneralizowanych, bo szereg z nich, jak choćby zasada praworządności, rozwija się w bardziej szczegółowe zasady składowe, byłoby dziesięć: ochrony dóbr prawnych, subsydiarności, praworządności, humanitaryzmu, odpowiedzialności za czyn, zawinienia, społecznej szkodliwości, indywidualizacji odpowiedzialności, sprawiedliwości, prawa do sądu.

5. Czy należy mówić o zasadach bezwzględnych – jak *nullum crimen*, i względnych – jak zakaz retroakcji? Zapewne tak, choć można, i chyba trzeba, postulować usuwanie ograniczeń zasad podstawowych i formułowanie ich w sposób bezwzględny, gdyż tylko wówczas podstawowymi naprawdę się stają. Z bogactwa określiń przedmiotu artykułu wybrałem nazwę „konstytucyjne”, gdyż w takim właśnie wymiarze winny być postrzegane: jako mające szczególne znaczenie, wiążące nawet ustawodawcę, bezpośrednio kształtujące wykładnię i praktykę stosowania norm pozostałych.

6. Wyróżniane w nauce procesu naczelne zasady procesowe mają często, jak można wnosić, inne znaczenie i charakter od omawianych, jako że przypisuje im się też

¹⁷ *Ibidem*, s. 90 i 91.

¹⁸ T. Kaczmarek, *Spory wokół charakteru odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw popełnionych w warunkach zawinionej niepoczytalności*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 1, s. 35-45.

charakter opisujący i porządkujący, a nie *sensu stricto* normatywny¹⁹. Oczywiście, szereg z nich ma charakter konstytucyjny, jak choćby wymieniana już zasada *in dubio pro reo* (trudno zresztą, aby było inaczej, skoro prawo materialne służy realizacji norm materialnych i spełnia m.in. funkcje gwarancyjne, tak ważne dla podstaw ładu prawnego państwa oraz praw człowieka). Nauka procesu rozróżnia więc zasady prawnie zdefiniowane i prawnie niezdefiniowane, a wśród tych pierwszych zasady konstytucyjne. Jak to trafnie zauważa S. Waltoś, znaczenie zasady konstytucyjnej zasadza się na tym, że jeżeli sformułowana jest w sposób umożliwiający jej bezpośrednie zastosowanie, staje się „normą samowyconalną”, ponadto przepisy prawa wewnętrznego podlegają kontroli pod kątem ich zgodności z konstytucją²⁰. Katalog naczelných zasad procesowych wyróżniany i opisywany w nauce procesu karnego, z przyczyn wskazanych, posiada elementy wspólne z omawianym, na co zresztą zwrócono uwagę. Osobiście jestem zwolennikiem nieseparowania w sposób bezwzględny gałęzi prawa karnego i opisywania go na poziomie fundamentów integralnie, co zresztą narzuca nie tylko istota odpowiedzialności karnej (karania), ale także praktyka ustawodawcza, gdzie przecież normy materialnoprawne pojawiają się w sposób zapewne nieuchronny, także w ustawach procesowych (żeby wskazać przykład, powołam sformułowania art. 335 k.p.k. w brzmieniu ustalonym nowelą z 10 I 2003), zaś normy o zasadniczym znaczeniu procesowym (jak np. przedawnienie) zawarte są w ustawach materialnych.

7. Wspomnieć też trzeba o występujących w innych, niekarnych, dziedzinach prawa tzw. klauzulach generalnych, jak choćby klauzuli zasad współżycia społecznego zamieszczonej w art. 5 kodeksu cywilnego (czy art. 8 kodeksu pracy). Nie miejsce w ramach tego artykułu wchodzić na to pole. Tym niemniej, pytanie o analogiczność problemu warte jest przynajmniej zasygnalizowania²¹. Niektóre z wymienio-

¹⁹ Por.: np. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. 6, Warszawa 2002, s. 205-334; *idem*, *Naczelné zasady procesu karnego*, Warszawa 1999; K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny*, Katowice 2003, s. 41-108; A. Gaberle, *Leksykon polskiej procedury karnej*, Gdańsk 2004, s. 358-382, a także np.: M. Wąsek - Wiaderek, *Zasada równości stron w polskim procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Kraków 2003.

²⁰ S. Waltoś, *Proces...*, s. 209.

²¹ Por. np.: L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001; I. C. Kamiński, *Slusznosc i prawo. Szkic prawnoporównawczy*, Kraków 2003; T. Pietrzykowski, *Wsteczne działanie prawa i jego zakaz*, Kraków 2004. Jako przykład stosowania klauzul generalnych prawa cywilnego por. np. tezę orzeczenia SN z 8.01.2003, II CKN 1097/00, OSNC nr 4/2004, poz. 55, o treści: „Postanowienia umowy zastrzegające rażąco wygórowane odsetki jest nieważne w takiej części, w jakiej zasady współżycia społecznego ograniczają zasadę swobody umów”. Postawię tu retoryczne pytanie: Czy można sobie wyobrazić i na dodatek postulować, aby tak właśnie było, że zapadnie orzeczenie, w którym sąd karny stwierdzi, że np.: „ukaranie sprawcy w przedmiotowym przypadku narusza zasadę humanitaryzmu ze względu na jego bardzo podeszły wiek i bardzo zły stan zdrowia”? Z drugiej strony trzeba podkreślić, penetrując te cywilistyczne inspiracje myślenia o podstawowych zasadach i roli w stosowaniu prawa, że Sąd Najwyższy nie postrzega art. 5 k.c. jako „nadrzędnego” w stosunku do pozostałych przepisów prawa cywilnego – por. wyrok z 22 V 2002, I CKN 1567/99, OSNIC 7-8/2003, poz. 109 (z: Uzasadnienia, s. 115). Jednak zarazem „zasady współżycia społecznego” plasowane być mogą obok np. zasady praworządności i tym samym zaliczane do „naczelných zasad prawnych obowiązujących w RP” – w materii tej por. wyrok Sądu Najwyższego z 11 VII 2002, IV CKN 1211/00, OSNIC 9/2003, poz. 125 i powołane tam orzecznictwo dotyczące „obowiązujących zasad państwa prawa”, a nadto por. wskazane w tym wyroku przepisy Konstytucji jako źródła zasad podstawowych (art. 32 – równość wobec prawa, art. 2 – sprawiedliwość społeczna, ale też art. 20 – wolność gospodarcza; perspektywa odniesień jest więc szeroka i – rzecz można – nieskrępowana).

nych zasad konstytucyjnych mają, lub mieć powinny, w moim przekonaniu, charakter właśnie klauzul generalnych, a więc winny być uwzględniane przy stosowaniu norm pozostałych, wyznaczać ich granice, a nawet kształtować treść. Taką przecież klauzulą generalną jest zasada humanitaryzmu, której znaczenie dla systemu karania trudne jest do przecenienia.

8. Na zakończenie pytanie o możliwość rozszerzania katalogu tzw. zasad konstytucyjnych, przynajmniej na płaszczyźnie postulatywnej. Odpowiedź tkwi w sposobie odczytywania norm konstytucyjnych i źródeł ich pochodzenia. Wykładnia Trybunału Konstytucyjnego często sięga do argumentów i rozstrzygnięć daleko wykraczających poza literalne brzmienie przepisu. Taka jest przecież natura norm konstytucyjnych. Nie bez znaczenia jest orzecznictwo Trybunału w Strasburgu, jako że ponadkrajowy porządek prawny przybiera także wymiar konstytucyjny. Osobiście postuluję dopisanie do katalogu zasad o charakterze fundamentalnym zasady priorytetu kar i środków wolnościowych nad stosowaniem kar izolacyjnych (karanie karą pozbawienia wolności jako *ultima ratio*, odpowiednio zasada taka winna być adresowana także do tymczasowego aresztowania)²² oraz zasady generalnego nie stosowania klasycznej odpowiedzialności karnej – odpowiedzialności karnej *sensu stricto* – wobec małoletnich²³. Takie postulaty, podzielane dość powszechnie w środowiskach naukowych, muszą jednak najpierw zyskać szerszą akceptację społeczną i zrozumienie dla ich źródeł, aby móc pretendować do rangi normy o charakterze konstytucyjnym (chyba że nabiorą mocy konstytucyjnej inną drogą, co w praktyce oznacza wprowadzenie ich do porządku międzynarodowego).

Trzeba też postulować, aby „konstytucyjność” zasad była czymś faktycznym, wprost wynikającym z rodzaju tekstu prawnego, w którym są zawarte, a nie hipotezą pozbawioną normatywnego podłoża, jakże bowiem łatwo nadajemy swoim, nie podzielanym przez innych przekonaniom moc omalże konstytucyjną i jak zarazem łatwo jest przeoczyć zmiany wynikające ze zjawisk współczesności, narzucające konieczność korygowania sądów o zasadach karania (problem zaakceptowania rezygnacji z karania śmiercią, gdy zasada ta została wypracowana w porządku międzynarodowym).

Podsumowanie

Na kanwie tych wywodów ośmielę się wyrazić postulat pod adresem Komisji Rządowej do Spraw Nowelizacji Kodeksu Karnego i Innych Ustaw Karnych: może by tak rozważyć poświęcenie pierwszego rozdziału „karnej ustawy zasadniczej” na zebranie i wyrażenie podstawowych (konstytucyjnych) zasad odpowiedzialności

²² A. Zoll w swej publikacji: *Założenia politycznokryminalne kodeksu karnego w świetle wyzwań współczesności*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 9-10, s. 49, stwierdza: „Założeniem kodeksu karnego jest traktowanie kary pozbawienia wolności w stosunku do drobnych i średnich przestępstw jako *ultima ratio*”. Dobitnie zasadę tę wyjaśnia J. Warylewski, *op. cit.*, s. 86-87.

²³ Por.: A. Gaberle, *Kontynuacja i zmiana (o projekcie kodeksu nieletnich)*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 16.

karnej. Zdaję sobie sprawę, że odmienne są tradycje redagowania ustaw karnych, jednak wobec wielości pomysłów dotyczących tego, jak karać i jak postępować z przestępcami²⁴, zbudowanie i wyrażenie katalogu niewątpliwych rudymentów ułatwić winno rozstrzygnięcie kwestii bardziej szczegółowych, co nie znaczy, że dla praktyki karania mniej ważnych, i zapewnić kontynuację szlachetnych i nowatorskich idei polskiego prawa karnego, w szczególności tych, które przyświecały projektodawcom kodeksu karnego z 1932 r. Obecny rozdział I kodeksu karnego, oprócz niewątpliwie fundamentalnych zasad karania wyrażonych w art. 1, zawiera przepisy, które równie dobrze mogą się znaleźć w innym miejscu ustawy (jak np. reguły intertemporalne i interlokalne – art. 4-6 k.k.). To rzecz jasna tylko pewna figura myślowa – wyobrażenie sobie innego kształtu początku kodeksu karnego. Dla rozważań podjętych w tym artykule stanowi, jak myślę, czytelną puentę.

²⁴ Por.: M. J. Lubelski, *Przewodnie idee postępowania ze sprawcami czynów zabronionych (kontrowersje prawa karnego u progu XXI wieku)*, [w:] *Polska i społeczeństwo w XXI wieku. Państwo i prawo w XXI wieku – szanse i zagrożenia*, red. B. Stoczevska, Kraków 2004, s. 175-191.