

ANDRZEJ ZOLL

## ZNACZENIE KONSTYTUCYJNEJ ZASADY PODZIAŁU WŁADZY DLA PRAWA KARNEGO MATERIALNEGO

Nie potrzeba specjalnie rozbudowanej argumentacji, aby wykazać, że zasady konstytucyjne odnoszące się do zabezpieczenia podstawowych gwarancji wolności i praw człowieka i obywatela mają za adresata zarówno ustawodawcę decydującego o treści obowiązującego prawa karnego, jak i organy wymiaru sprawiedliwości, przede wszystkim sądy orzekające w sprawach karnych. Przecież to właśnie prawo karne poprzez swój system sankcji i środków zabezpieczających ingeruje w chronione konstytucyjnie podstawowe wolności i prawa, w tym przede wszystkim w wolność jednostki, jej majątek, cześć, a jeszcze tak nie dawno także i życie. W tej dziedzinie prawa muszą być więc szczególnie precyzyjnie określone podstawy takiej ingerencji i stąd zasady *nullum crimen sine lege poenali anteriori*, *nulla poena sine lege* stanowią dzisiaj fundament demokratycznego państwa prawa, znajdując swój wyraz nie tylko w treści kodeksu karnego, ale przede wszystkim w konstytucji. W ten sposób ustawodawca jest ograniczony w możliwości wprowadzania odstępstw dotyczących realizacji gwarancji wynikających z tych zasad. W literaturze z zakresu prawa karnego poświęca się stosunkowo dużo uwagi zasadzie *nullum crimen sine lege*<sup>1</sup>. Nic dziwnego. Na tej zasadzie opiera się bowiem przebogata problematyka określoności czynu zabronionego, nauka o znamionach charakteryzujących typ czynu zabronionego. Również i w tym opracowaniu nie da się pominąć różnych pytań związanych z zasadami *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege*. Chciałbym jednak spojrzeć na tę problematykę z punktu widzenia podziału władzy. Ten aspekt zagadnienia określoności czynu nie jest już tak ulubionym dzieckiem doktryny prawa karnego. Także z punktu widzenia doktryny konstytucyjnej przypisuje się zasadzie podziału władzy w większym stopniu znaczenie ustrojowe, stawiając na drugim planie aspekt gwarancyjny tej zasady w stosunku do wolności i praw człowieka i obywatela.

Konstytucja w art. 10 zasadę podziału władzy zalicza – i słusznie – do fundamentalnych zasad ustrojowych. Zgodnie z tą zasadą, władzę ustawodawczą sprawują Sejm i Senat, władzę wykonawczą Prezydent RP i Rada Ministrów, a władzę sądowniczą sądy i trybunały. Z kolei z art. 31 ust. 3 Konstytucji wynika, iż ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanowione tylko w ustawie. To samo wynika z art. 42 ust. 1 Konstytucji w odniesieniu do możliwości pociągnięcia indywidualnej osoby do odpowiedzialno-

<sup>1</sup> Zob. A. Grześkowiak, *Nullum crimen, nulla poena sine lege anteriori*, w: *Prawa człowieka. Model prawny*, red. R. Wieruszewski, Wrocław 1991; L. Gardocki, *Typowe zaktócenia funkcji zasady nullum crimen sine lege*, „Studia Iuridica” 10, 1982, s. 45 i n.

ści karnej. Władza ustawodawcza uprawniona jest więc do określenia, jakie mają być spełnione przesłanki, aby człowiek mógł być pociągnięty do odpowiedzialności karnej, i jaka kara może być wymierzona osobie spełniającej te przesłanki.

Zakres, w jakim na odpowiedzialność karną mogą wpływać normy zawarte w aktach prawnych o charakterze podustawowym, stanowi dla prawa konstytucyjnego i prawa karnego zagadnienie ważne. Zachodzi bowiem potrzeba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy pojęcie ustawy w znaczeniu art. 31 ust. 3 i 42 ust. 1 Konstytucji może być w kontekście norm stanowiących podstawę odpowiedzialności karnej rozumiane szeroko, w znaczeniu aktu normatywnego stanowiącego zgodnie z art. 89 Konstytucji powszechnie obowiązujące źródło prawa, czy też pojęcie ustawy w tych przepisach ma być rozumiane ściśle i odnosić się do aktów normatywnych uchwalanych przez Sejm i Senat w trybie określonym w art. 118-124 Konstytucji. Dla naszych rozważań istotne jest ustalenie źródła prawa stanowiącego podstawę odpowiedzialności karnej, a więc kto jest władzą ustawodawczą dla prawa karnego, i określenie wzajemnych relacji tej władzy z władzą sprawującą wymiar sprawiedliwości. W uzasadnieniu wyroku z 8 lipca 2003 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że przeciwstawia się takiej interpretacji art. 42 ust. 1 Konstytucji, „która pojęcie ustawy rozszerza na wszystkie rozporządzenia wydane zgodnie z art. 92 Konstytucji [...]”<sup>2</sup>. Na gruncie art. 42 ust. 1 Konstytucji i tym samym na gruncie art. 1 k.k. pojęcie „ustawa” należy rozumieć ściśle jako akt normatywny uchwalony przez Sejm i Senat w trybie określonym w Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny określił samo pojęcie „odpowiedzialności karnej” w kontekście zakresu przedmiotowego stosowania gwarancji konstytucyjnych. Trybunał zwraca uwagę, że o tym, czy mamy do czynienia z odpowiedzialnością karną, nie może decydować obowiązujące ustawodawstwo. Zakres stosowania art. 42 Konstytucji „obejmuje nie tylko odpowiedzialność karną w ścisłym tego słowa znaczeniu, a więc odpowiedzialność za przestępstwa, ale również inne formy odpowiedzialności prawnej związane z wymierzaniem kar wobec jednostki”. Trybunał wyraźnie wskazał, że konstytucyjnymi zasadami gwarancyjnymi objęta jest m.in. odpowiedzialność za wykroczenia<sup>3</sup>.

Konstytucja przesądza, że uprawnionym do określenia, jakie czyny zabronione są pod groźbą kary, jest jedynie władza ustawodawcza (Sejm i Senat). Z norm konstytucyjnych należy wyprowadzić wniosek, że nie jest to tylko uprawnienie władzy ustawodawczej, lecz jest to także obowiązek tej władzy.

W związku z uprawnieniem i jednocześnie obowiązkiem ustawodawcy do określenia czynów zabronionych pod groźbą kary powstają następujące pytania szczegółowe:

a) czy ustawodawca jest w ogóle uprawniony, a jeśli tak, to jakie są granice tego uprawnienia, do przekazania władzy wykonawczej obowiązku określenia podstaw odpowiedzialności karnej?

b) czy w systemie prawnym, szczególnie w Konstytucji, są mechanizmy kontroli przestrzegania przez ustawodawcę kryteriów kryminalizacji i ewentualnego uprawnienia władzy wykonawczej do określenia podstaw odpowiedzialności karnej?

<sup>2</sup> P.10/02, OTK ZU-A 2003, z. 6. poz. 62.

<sup>3</sup> Ibidem.

c) czy ustawodawca może i jeśli tak, to w jakim zakresie, przekazać orzekającemu sądowi określenie tego, jakie czyny podlegają odpowiedzialności karnej?

d) jak daleko sięga uprawnienie ustawodawcy do określenia sankcji karnej, która ma być orzekana przez sąd w konkretnej sprawie?

**Ad a.** Jak już wyżej wspomniałem, normy sankcjonujące, a więc typowe dla prawa karnego, określają kompetencje władzy do ingerencji w podstawowe prawa człowieka i obywatela. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji taka kompetencja musi mieć swoją podstawę ustawową. Oznacza to, że przesłanki aktualizujące kompetencję władzy sądowniczej do pociągnięcia człowieka do odpowiedzialności karnej muszą być określone w ustawie. Nie ma więc ustawodawca możliwości przekazania obowiązku określenia podstawy odpowiedzialności karnej władzy wykonawczej. Delegacja ustawowa, przekazująca taki obowiązek władzy wykonawczej musiałaby zostać uznana przez Trybunał Konstytucyjny za naruszającą wzorzec konstytucyjny wynikający z art. 31 ust. 3 i art. 42 ust. 1. Konstytucji. Powstaje jednak problem dotyczący kompletności określenia podstaw odpowiedzialności karnej w ustawie.

Charakterystyczna jest ewolucja stanowiska Trybunału Konstytucyjnego odnośnie do możliwości określenia podstaw odpowiedzialności karnej przez akty prawne niższego rzędu, niż ustawy. Najbardziej rygorystyczne stanowisko zajął Trybunał jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r., a więc gdy w porządku konstytucyjnym nie była wyrażona wprost zasada *nullum crimen sine lege poenali*<sup>4</sup>. W orzeczeniu z 1 marca 1994 r.<sup>5</sup> Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Niesporne jest [...] w świetle konstytucyjnego podziału materii pomiędzy ustawy a akty wykonawcze, że podstawowe elementy zarówno czynu jak i kary muszą być określone w samej ustawie, a nie mogą być – w sposób blankietowy – pozostawione do unormowania w akcie wykonawczym. Trybunał Konstytucyjny jest zdania, że powyższe konstytucyjne wymagania pod adresem przepisów karnych należy odnosić do wszystkich przepisów o charakterze represyjnym (sankcjonująco-dyscyplinującym), a więc do wszystkich przepisów, których celem jest poddanie obywatela jakiejś formie ukarania czy sankcji”. Jeszcze bardziej wyraźnie Trybunał Konstytucyjny podkreślił swoje rygorystyczne stanowisko w orzeczeniu z 26 kwietnia 1995 r., stwierdzając: „ustawowe sformułowanie przepisów karnych (represyjnych) musi w sposób zupełny odpowiadać zasadzie określoności. Oznacza to, że sama ustawa musi w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny definiować wszystkie znamiona czynów zagrożonych karą”<sup>6</sup>.

Pewne osłabienie rygoryzmu zajmowanego stanowiska nastąpiło w wyroku z 20 lutego 2001 r. W orzeczeniu tym Trybunał uznał, że dopuszczalne jest doprecyzowanie znamion typu czynu zabronionego pod groźbą kary w aktach wykonawczych wydanych w zgodzie z art. 92 Konstytucji. Trybunał podkreślił w szczególności, że „zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw przeciwko mieniu, obrotowi gospodarczemu, czy przeciwko interesom fiskalnym państwa, konstrukcja ustawy karnej, która by całkowicie wykluczała potrzebę odwołania się

<sup>4</sup> Zasada ta była wyprowadzana z zasady demokratycznego państwa prawa.

<sup>5</sup> U.7/93, OTK 1994, cz. I, poz. 5.

<sup>6</sup> K.11/94, OTK 1995, cz. I, poz. 12.

do rozporządzeń regulujących określoną sferę działalności, jest trudna do wyobrażenia<sup>7</sup>. W rozpatrywanej sprawie Trybunał Konstytucyjny uznał zgodność z art. 2 i 42 ust. 1 Konstytucji artykułu 53 § 3, § 4 i § 6 oraz art. 65 ustawy z 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy<sup>8</sup>. Zgodnie z tymi przepisami rozróżnienie pomiędzy występkiem i wykroczeniem skarbowym albo typem zasadniczym i uprzywilejowanym zależy od wysokości najniższego miesięcznego wynagrodzenia w czasie popełnienia czynu określanego w drodze rozporządzenia przez Ministra Pracy i Polityki Socjalnej.

Zasadnicza interpretacja art. 42 ust. 1 Konstytucji została dokonana przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 8 lipca 2003 r. Trybunał stwierdził, że na podstawie tego przepisu „czyn zabroniony i rodzaj oraz wysokość kar i zasady ich wymierzania muszą zostać określone bezpośrednio w ustawie, przy czym Konstytucja nie wyklucza doprecyzowania niektórych elementów przez akty podustawowe (zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego)”<sup>9</sup>. Zdaniem Trybunału rola aktu podustawowego sprowadza się do dookreślenia „pewnych elementów czynu zabronionego, który zabroniony został przez ustawodawcę”. Dalej Trybunał stwierdza, że „podstawowe znamiona czynu zabronionego muszą zostać określone w ustawie w sposób odpowiadający pewnym minimalnym wymogom precyzji, tak aby adresat normy prawnej mógł zorientować się na podstawie samej tylko ustawy co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu (zasada określoności regulacji z zakresu prawa represyjnego)”. Jednakże w tym samym uzasadnieniu do wyroku Trybunał Konstytucyjny ustalił, że „nie można całkowicie wykluczyć posługiwania się techniką blankietu zupełnego, jeżeli w danym przypadku nie jest możliwe określenie przynajmniej niektórych znamion czynu zabronionego w samej ustawie”. Przedmiotem postępowania zakończony wyrokiem, w którego uzasadnieniu znalazło się takie stwierdzenie był art. 54 Kodeksu wykroczeń<sup>10</sup>. Nie ma wątpliwości, że mamy w tym wypadku do czynienia z blankietem zupełnym i do tego dynamicznym, gdyż przepisy wypełniające blankiet mogą się zmieniać po wejściu w życie przepisu blankietowego, czyli art. 54 k.w.<sup>11</sup>

Trybunał Konstytucyjny znacznie zliberalizował interpretację art. 42 ust. 1 Konstytucji. Stwierdzenie to nie jest krytyką stanowiska Trybunału Konstytucyjnego. Orzeczenia zapadłe przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. były zbyt radykalne i nie liczyły się z normatywną rzeczywistością, a w szczególności z konieczną dynamiką norm zakreślających zakres zachowań karalnych. Prawo karne pełni dwie podstawowe funkcje: gwarancyjną i ochronną. Także normy konstytucyjne nie mogą przekreślić znaczenia którejkolwiek z tej funkcji, a także naruszyć koniecznej równowagi zachodzącej pomiędzy nimi. Trybunał Konstytucyjny w omawianym wyroku z 8 lipca 2003 r. wprowadził zasady znacznie ograniczające wyrażoną liberalną interpretację art. 42 ust. 1 Konstytucji, zasady wyznaczające w sferze prawa represyjnego „pewne nieprzekraczalne

<sup>7</sup> P.2/00, OTK ZU 2001, z. 2, poz. 32.

<sup>8</sup> Dz. U. Nr 83, poz. 930 ze zm.

<sup>9</sup> Zob. przypis 1.

<sup>10</sup> Ustawa z 20 maja 1971 r. (Dz. U. Nr 12, poz. 114). Art. 54 k.w. ma treść następującą: „Kto wykracza przeciwko wydanym z upoważnienia ustawy przepisom porządkowym o zachowaniu się w miejscach publicznych, podlega karze grzywny do 500 złotych albo karze nagany”.

<sup>11</sup> Zob. R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995, s. 123 i n.

granice w zakresie posługiwania się odesłaniami o charakterze dynamicznym do aktów podustawowych”.

Możliwość posługiwania się blankietem zupełnym ma być – zdaniem Trybunału – ograniczona do czynów zabronionych zagrożonych karą „o stosunkowo niewielkim stopniu dolegliwości”. Trybunał wyklucza taką metodę określania podstawy odpowiedzialności karnej przy zagrożeniu bardziej dolegliwymi grzywami i przy wszystkich karach ograniczających wolność osobistą. „Obowiązująca Konstytucja całkowicie wyklucza przepisy o takim charakterze w prawie karnym o ścisłym tego słowa znaczeniu”. Blankiet zupełny dopuszczalny byłby jedynie wobec wykroczeń, i to zagrożonych jedynie grzywną. Trybunał uznał także, że o dopuszczalności stosowania blankietu zupełnego decyduje również charakter organu, który miałby wypełniać blankiet. Organ taki musi posiadać demokratyczną legitymację opartą na powszechnych i bezpośrednich wyborach. Dlatego też w omawianym wyroku Trybunał orzekł, że art. 54 k.w. zgodny jest z art. 2 i 42 ust. 1 Konstytucji „w zakresie, w jakim przewiduje wymierzanie kary grzywny za naruszenie przepisów porządkowych, stanowionych przez organy stanowiące samorządu terytorialnego”.

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wymaga komentarza. Przede wszystkim nie wydaje mi się słuszne przywiązywanie zasadniczej wagi do tego, czy przepis zawarty w ustawie jest blankietem zupełnym, czy niezupełnym. Zasadnicze pytanie związane z interpretacją art. 31 ust. 3 w zw. z art. 42 ust. 1 brzmi: czy opis czynu zabronionego pod groźbą kary ma być wyłącznie zawarty w ustawie, tzn. czy tylko na podstawie ustawy można odróżnić zachowanie zabronione pod groźbą kary od zachowań niekaralnych (zewnątrzna funkcja określoności czynu) oraz czy tylko na podstawie ustawy można zachowania zabronione pod groźbą kary przyporządkować poszczególnym typom, z którymi związana jest określona sankcja karna (wewnętrzna funkcja określoności czynu)? O „zamknięciu” opisu decyduje każde składające się na opis znamię. Nie jest to problem ilościowy, lecz jakościowy.

Można się zgodzić z Trybunałem Konstytucyjnym, że im bardziej dotkliwa jest ingerencja w sferę wolności i praw, tym silniejsze muszą być gwarancje zabezpieczające obywatela przed nadużyciem władzy. Zasada *nullum crimen sine lege* nie obowiązuje np. w sferze odpowiedzialności dyscyplinarnej. Obowiązuje już natomiast w prawie o wykroczeniach. Nie da się jednak znaleźć konstytucyjnej podstawy dla postawionej przez Trybunał tezy, iż blankiet zupełny może być stosowany przy zagrożeniu grzywami o ograniczonej dolegliwości, nie może być natomiast stosowany przy zagrożeniu wysokimi grzywami i karami godzącymi w wolność osobistą. Odróżnienie zagrożenia grzywną o ograniczonej dolegliwości od grzywny wysokiej jest w wysokim stopniu nieostre i względne, gdyż zależy też od sytuacji finansowej karanego.

Brak jest także konstytucyjnej podstawy dla wyróżnienia „przepisów porządkowych, stanowionych przez organy stanowiące samorządu terytorialnego”, jako zdolnych do wypełnienia blankietu zupełnego, z jednoczesnym zdyskwalifikowaniem np. wydanego z upoważnienia ustawowego rozporządzenia Rady Ministrów zawierającego przepisy porządkowe dotyczące zachowania się w miejscu publicznym.

Wydaje się, że klucz do odpowiedzi na pytanie dotyczące interpretacji art. 31 ust. 3 w zw. z art. 42 ust. 1 Konstytucji leży w rozróżnieniu norm na te, które

decydują o bezprawności czynu, i na te, które decydują o jego karalności. Jeszcze raz należy powtórzyć tezę, że normy prawa karnego nie odpowiadają na pytanie, jakie kategorie czynów są bezprawne, a jedynie odpowiadają na pytanie, jakie typy czynów uznanych za bezprawne traktowane są także jako karalne<sup>12</sup>.

Określające pole zachowań bezprawnych normy sankcjonowane, a więc zawierające nakazy lub zakazy określonego zachowania, poddane są rygorom konstytucyjnym odnoszącym się generalnie do rozdzielenia materii normatywnej na ustawową i podustawową. W tej kwestii wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 19 lutego 2002 r., stwierdzając: „[...] obowiązująca Konstytucja nakazuje, aby ustawa w sposób zupełny i wyczerpujący regulowała wszystkie sprawy o istotnym znaczeniu dla urzeczywistnienia wolności i praw człowieka i obywatela zagwarantowanych w Konstytucji. Zasada wyłączności ustawy nie wyklucza natomiast przekazywania do unormowania w drodze rozporządzeń określonych spraw szczegółowych, dotyczących statusu jednostki, ale nie mających istotnego znaczenia z punktu widzenia realizacji wolności i praw człowieka i obywatela zagwarantowanych w Konstytucji”<sup>13</sup>. Wydane akty podustawowe, mieszczące się w katalogu aktów powszechnie obowiązujących (art. 87 Konstytucji) muszą spełniać warunki określone w art. 92 albo art. 94 Konstytucji. Ustawodawca może więc, w sprawach nie dotyczących wolności i praw gwarantowanych konstytucyjnie, delegować władzy wykonawczej i samorządowi terytorialnemu wydawanie aktów normatywnych zawierających normy sankcjonowane (wprowadzających nakazy lub zakazy określonego zachowania się). Natomiast norma sankcjonująca (przekazująca władzy sądowniczej prawo wymierzenia kary za naruszenie normy sankcjonowanej) musi mieć wyłącznie rangę normy ustawowej. Norma sankcjonująca musi wyraźnie odwołać się do zakresu normowania przez normę sankcjonowaną, w taki sposób, aby można było jednoznacznie określić znamiona typu czynu zabronionego. Innymi słowy można wyrazić to w ten sposób, że pole bezprawności może być współokreślane przez normy podustawowe, pole karalności musi być ustalone przez ustawę.

Problem niedookreślenia znamion typu czynu zabronionego w samym tekście przepisu ustawowego nie ogranicza się tylko do aktów normatywnych podustawowych. Ustawodawca odwołuje się nieraz do reguł, które mogą mieć charakter sformalizowany (np. zasady ruchu drogowego) albo niesformalizowany i wynikać jedynie z przyjętych standardów w postępowaniu z określonym dobrem prawnym. Z taką sytuacją mamy niewątpliwie do czynienia w art. 9 § 2 k.k. przy określeniu znamion ogólnych typów czynów zabronionych charakteryzujących się nieumyślnością. Standardy te, jeśli są w ogóle sformalizowane, przyjmują często charakter norm technicznych stanowionych w aktach prawnych podustawowych. W wypadku niesformalizowanych standardów powstaje problem, który zostanie omówiony w kontekście analizy pytania zawartego w pkt c.

Zgodnie z zasadą *nulla poena sine lege*, którą można wyprowadzić z art. 31 ust. 3 Konstytucji, jedynie ustawodawca może określić sankcję karną. Jednocześnie również i w tym wypadku ustawodawca może oprzeć określenie sankcji karnej na aktach prawnych rangi podustawowej. Ma to np. miejsce w art. 48

<sup>12</sup> Bliżej na ten temat A. Zoll, *O normie prawnej w znaczeniu prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, nr 23, s. 69.

<sup>13</sup> U.3/01, OTK ZU-A 2002, z. 1, poz. 3.

§ 1 k.k.s., w którym ustawodawca określił granice grzywny grożącej za wykroczenia skarbowe, odwołując się zarówno przy określeniu minimum grożącej grzywny, jak i maksimum tej kary do wysokości najniższego miesięcznego wynagrodzenia za pracę określanego zgodnie z Kodeksem pracy przez Ministra Pracy i Polityki Socjalnej. Minimum grzywny ma stanowić jedna dziesiąta tak ustalanego wynagrodzenia, a maksimum kary jego dwudziestokrotność. Tak samo, zgodnie z art. 23 § 3 k.k.s., stawka dzienna, w której orzeka się grzywnę za występki skarbowe, „nie może być niższa od jednej trzydziestej części najniższego miesięcznego wynagrodzenia w czasie orzekania w pierwszej instancji ani też przekraczać jej czterdziestokrotności”. Brak jest – moim zdaniem – podstaw do kwestionowania zgodności tak określonej sankcji z zasadą *nulla poena sine lege* i twierdzenia, że mamy w takim wypadku do czynienia z naruszeniem przez ustawodawcę zasady podziału władzy przez niewypełnienie obowiązku ustawowego określenia sankcji.

**Ad b.** Nie ma możliwości dokładniejszego przedstawienia w tym opracowaniu teorii kryminalizacji, a w szczególności udzielenia odpowiedzi na pytanie, jakie warunki muszą być spełnione, aby ustawodawca był uprawniony do wprowadzenia zagrożenia naruszenia normy sankcjonowanej sankcją karną<sup>14</sup>. Konstytucja nie daje ze zrozumiałych względów ustawodawcy pełnej swobody. Także i w tym wypadku kluczowym przepisem jest art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wprowadzenie sankcji karnej musi być konieczne z punktu widzenia bezpieczeństwa demokratycznego państwa lub porządku publicznego, lub dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, lub wolności i praw innych osób. Konstytucja wyraża nakaz traktowania instrumentów prawa karnego jako *ultima ratio*. Można stwierdzić, że norma sankcjonowana wyraża negatywną ocenę zachowań godzących w chronione nią dobro prawne. Zachowanie naruszające albo narażające dobro prawne na niebezpieczeństwo oraz naruszające regułę postępowania z tym dobrem jest zachowaniem społecznie szkodliwym. Generalnie i abstrakcyjnie uznana społeczna szkodliwość czynów określonego typu jest warunkiem koniecznym dla ich zakazania pod groźbą kary. Reakcja karnoprawna musi być także reakcją adekwatną do stopnia generalnie i abstrakcyjnie ujętej społecznej szkodliwości czynu. Chociaż ustawodawca, w zakresie kryminalizacji kategorii czynów, jest autonomiczny, to jednak podlega kontroli z punktu widzenia zgodności uchwalanych aktów normatywnych z Konstytucją. Możliwość zwrócenia się do Trybunału Konstytucyjnego celem zbadania zgodności przepisu zawierającego normę sankcjonującą z Konstytucją pozwala na pogodzenie zasady związania orzekającego sędziego ustawą z jego prawem do orzekania zgodnie z własnym sumieniem<sup>15</sup>. Jeżeli sąd dojdzie do wniosku, że czyn, stanowiący przedmiot postępowania karnego, należy do kategorii zachowań zabronionych przez ustawę z naruszeniem zasad konstytucyjnych, a w szczególności zasad wynikających z art. 31 ust. 3, to zgodnie z art. 193 Konstytucji może się zwrócić do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem co do zgodności normy sankcjonującej dany typ czynów z Konstytucją. Należy

<sup>14</sup> Zob. na ten temat L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.

<sup>15</sup> A. Zoll, *Die Bindung des Richters an das Gesetz*, Schriften der Johannes Gutenberg Universität, Mainz 1996.

natomiast zająć stanowisko, że sąd orzekający (obojętnie, którego szczebla, z Sądem Najwyższym włącznie) nie może sam, uznając przepis, na podstawie którego miałby orzec o odpowiedzialności karnej, za niezgodny z Konstytucją, nie zastosować tego przepisu, opierając wyrok uniewinniający bezpośrednio na normie konstytucyjnej. Sędziowie orzekający w sprawach karnych podlegają nie tylko Konstytucji, lecz także ustawom (art. 178 ust. 1 Konstytucji). Dopóki Trybunał Konstytucyjny nie orzeknie o braku zgodności określonego przepisu zawierającego normę sankcjonującą z Konstytucją, dopóty obowiązuje, także orzekający sąd, domniemanie zgodności przepisu z Konstytucją<sup>16</sup>. Twierdzenia te odnoszą się także do oceny zgodności z Konstytucją zawartej w ustawie delegacji (blankietu) do określenia znamion typu czynu zabronionego w akcie podustawowym. Do czasu wyroku Trybunału Konstytucyjnego stwierdzającego niezgodność przepisu zawierającego delegację (blankiet) z Konstytucją przepis ten jest wiążący dla orzekającego sądu.

Odrębnie natomiast należy omówić wypadek, w którym sąd uznaje, że przepis zawarty w akcie podustawowym jest niezgodny z ustawową delegacją lub innymi ustawami albo z normą konstytucyjną. Jeszcze w okresie poprzedzającym utworzenie Trybunału Konstytucyjnego przyjmowano, że sąd orzekający może samodzielnie zbadać zgodność aktu podustawowego z normami prawnymi wyższego rzędu<sup>17</sup>. Można mieć wątpliwości, czy utworzenie Trybunału Konstytucyjnego nie zmieniło kompetencji sądu orzekającego<sup>18</sup>. Za utrwaloną praktyką mógłby przemawiać art. 178 ust. 1 Konstytucji, stwierdzający podległość sądu tylko Konstytucji i ustawom, a nie innym aktom prawnym powszechnie obowiązującym. Słusznie jednak zwraca uwagę A. Mączyński, że trudno stosować wykładnię *a contrario* w oparciu o art. 178 ust. 1, skoro niewątpliwie sądy są związane ratyfikowanymi, za zgodą parlamentu wyrażoną w ustawie, umowami międzynarodowymi. Autor ten też wskazuje na nieracjonalność utrzymania w porządku prawnym rozporządzenia, które orzekający sąd pomija przy rozpatrzeniu sprawy, gdy można korzystać z drogi wyznaczonej przez art. 193 Konstytucji<sup>19</sup>.

**Ad c.** Relacja zachodząca pomiędzy władzą ustawodawczą a władzą sądowniczą na obszarze wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych nie jest mniej skomplikowana niż omawiana wyżej relacja władzy ustawodawczej i władzy wykonawczej. Na tym obszarze powstaje też pytanie czy i jeśli tak, to do jakiego stopnia, władza ustawodawcza może przekazać swój obowiązek określenia podstaw odpowiedzialności karnej władzy sądowniczej? Oczywiście pytanie to stawiane jest w systemie opartym na tradycji kontynentalnej, z której wyrasta polski system prawny, a w szczególności konstytucyjna zasada podziału władzy.

Z zasady podziału władzy wynika, że to ustawodawca jest uprawniony do określenia, jakie czyny podlegają odpowiedzialności karnej, i do określenia pozostałych przesłanek tej odpowiedzialności. Ustawodawca może jednak okre-

<sup>16</sup> Zob. A. Mączyński, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 5, s. 3 i n.

<sup>17</sup> Tak L. Gardocki, *Zasada nullum crimen sine lege a akty normatywne naczelnych organów administracji*, „Państwo i Prawo” 1969, z. 3, s. 516 i n.

<sup>18</sup> Takie stanowisko zajął J. Trzcinski, *Glosa do uchwały SN z 9 września 1986 r.*, III AZP 4/86, „Państwo i Prawo” 1987, z. 10, s. 177.

<sup>19</sup> A. Mączyński, *op. cit.*, s. 12.

ślać jedynie kategorie zachowań zabronionych pod groźbą kary, tworząc normy sankcjonujące o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. Ustawodawca stwarza jedynie typy czynów zabronionych pod groźbą kary. Typizacja ta wskazuje na te cechy, które są, generalnie i abstrakcyjnie rzecz ujmując, istotne dla kryminalizacji (oddzielenia typów zachowań zabronionych pod groźbą kary od zachowań niekaralnych) oraz istotne dla wzajemnego odróżnienia od siebie poszczególnych typów zachowań karalnych. W obu wypadkach decydującą rolę odgrywa rozpoznany przez ustawodawcę stopień społecznej szkodliwości czynu danej kategorii zachowań. Ten stopień jest także rozpoznany generalnie i abstrakcyjnie. W ustawowej charakterystyce typu zabronionego muszą być pominięte cechy indywidualizujące czyn, cechy, które rzutują też istotnie na stopień społecznej szkodliwości konkretnego czynu. Cechy indywidualizujące czyn mogą prowadzić do tego, że pomimo realizacji przez konkretny, indywidualny czyn znamion abstrakcyjnie ujętego typu czynu zabronionego, czyn taki będzie, z punktu widzenia społecznej szkodliwości, atypowy. Ta atypowość może wystąpić w obu kierunkach, tzn. konkretny czyn może mieć atypowo wysoki stopień społecznej szkodliwości (co prowadzi w systemie ustawowego określenia maksimum kary do braku możliwości oddania tej nadwyżki w wymiarze konkretnej kary) albo konkretny czyn może mieć atypowo niski stopień społecznej szkodliwości. Sytuacja taka zmusza w procesie sądenia do skorzystania z przewidzianych przez ustawodawcę możliwości nadzwyczajnego łagodzenia kary lub nawet odstąpienia od jej wymierzenia. Sytuacje te są przewidziane przez ustawodawcę i z punktu widzenia zasady podziału władzy nie rodzą żadnych wątpliwości, a nawet brak możliwości orzeczenia przez sąd kary wyższej, niż przewiduje to ustawa, w wypadku atypowo wysokiego stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu stanowi potwierdzenie wyłączności ustawodawcy w zakresie granic represji.

Inaczej nieco wygląda sytuacja, gdy atypowo niski stopień społecznej szkodliwości konkretnego czynu osiąga skalę znikomości. Oznacza to, że pomimo zrealizowania przez czyn generalnie i abstrakcyjnie ujętych znamion typu, brak jest materialnego uzasadnienia odpowiedzialności karnej za przestępstwo. Polski Kodeks karny wybrał wariant materialnoprawny, uznając w art. 1 § 2, że czyn o znikomym stopniu społecznej szkodliwości nie stanowi przestępstwa. Przepis ten odnosi się oczywiście do oceny stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu. To organ stosujący prawo rozstrzyga więc, czy konkretny czyn jest, czy nie jest przestępstwem, pomimo realizacji wszystkich ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Czy nie mamy więc w tym wypadku do czynienia z nieuprawnionym, z punktu widzenia zasady podziału władzy, przekazaniem kompetencji przez ustawodawcę władzy sądowniczej (a nawet w tym wypadku także prokuratorskiej)?

Na to pytanie należy udzielić – moim zdaniem – odpowiedzi przeczącej. Są dwa znane sposoby uporania się z czynami realizującymi znamiona typów czynów zabronionych pod groźbą kary, ale z uwagi na ich znikomość społecznej szkodliwości (ze względu na cechy indywidualizujące) nie zasługujące na to, by ich sprawców pociągać do odpowiedzialności karnej. Jednym z nich, bardziej rozpowszechnionym, jest odstąpienie od zasady legalizmu i oddanie w ręce organów ścigania decyzji, czy z punktu widzenia celów publicznych należy dopro-

wadzić do osądzenia. Drugim rozwiązaniem jest przyjęty w polskim kodeksie karnym dodatkowy element struktury przestępstwa, jakim jest karygodność konkretnego czynu, tzn. osiągnięcie stopnia społecznej szkodliwości wyższego od znikomego. Rozwiązanie materialnoprawne ma tę przewagę nad modelem procesowym, że pozwala brak karygodności czynu ograniczyć właśnie do samego czynu. Przy rozwiązywaniu procesowym łatwiej jest uzasadnić decyzję o zaniechaniu ścigania względami na osobę sprawcy. Kodeks karny z 1997 r. ogranicza ponadto dowolność organu oceniającego stopień społecznej szkodliwości poprzez określenie czynników, które na ten stopień wpływają (art. 115 § 2).

Pozostawienie organom stosującym prawo oceny karygodności czynu nie jest jedynym wypadkiem przekazania przez ustawodawcę władzy sądowniczej ustalenia przesłanek odpowiedzialności karnej. Znacznie większe zastrzeżenia, z punktu widzenia zasady podziału władzy, budzić będzie przekazanie sądom określenia poszczególnych znamion typu czynu zabronionego na płaszczyźnie generalnej i abstrakcyjnej. L. Gardocki wymienia cztery odmiany takiego „przekazania” sądom określenia znamion typu czynu zabronionego: używanie przez ustawodawcę znamion ocennych, tworzenie przepisów zawiłych i niejasnych językowo, legalną analogię, szerokie ujęcie przepisu<sup>20</sup>. Ustawa musi być i jest napisana językiem potocznym. Nie da się określić typu czynu zabronionego pod groźbą kary ze względu na jego społeczną szkodliwość za pomocą formuł matematycznych lub wyłącznie ścisłych pojęć technicznych. Użyte w ustawie znamiona są najczęściej wyrażeniami nieostryimi co do ich zakresu znaczeniowego lub są określeniami ocennymi. Nawet takie znamię, jak „człowiek” użyte w art. 148 § 1 k.k. wymaga uściślenia w drodze wykładni zakresu. Nie jest bowiem do końca jasne, od którego momentu istota ludzka staje się człowiekiem jako przedmiotem zamachu czynu opisanego w art. 148 § 1 k.k. i do którego momentu przedmiotem takim pozostaje. Trudno byłoby znaleźć przepis zawierający normę sankcjonującą, w której zakres zastosowania normy wynikałby wprost z opisu ustawowego, bez interpretacji sądowej. Jeżeli jednak postawione zostaje pytanie o możliwość przekazania przez władzę ustawodawczą władzy sądowniczej określenia typu czynu zabronionego, to chodzi o sytuację, w których ustawodawca używa pojęć z natury swej wysoce nieostrych, niejako świadomie pozostawiając sądom wyznaczenie granicy kryminalizacji. Taka sytuacja ma miejsce w art. 202 § 1 k.k., w którym znamieniem typu jest rozpowszechnianie „treści pornograficznych”. Podobna sytuacja występuje np. w art. 148 § 2 pkt 1 i art. 197 § 4 k.k., w których użyto pojęcia „szczególnego okrucieństwa”. Nie wydaje mi się możliwe zdefiniowanie ustawowe tych pojęć i nie jest też możliwe ich pominięcie w opisie czynu zabronionego. Jest to więc przypadek usprawiedliwionego przekazania władzy sądowniczej sprecyzowania granic kryminalizacji. Wynika jednak z takiego stanowiska jeden istotny wniosek. To przekazanie może nastąpić tylko na rzecz władzy sądowniczej. Sąd musi sam, bez pomocy biegłych, ustalić, czy zachodzi rozpowszechnianie treści pornograficznych lub czy zachodzi szczególne okrucieństwo<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> L. Gardocki, *Typowe załócenia funkcji zasady nullum crimen sine lege*, „Studia Iuridica” 1982 (X), s. 47.

<sup>21</sup> Nie wyklucza to oczywiście wpływu orzecznictwa sądów wyższej instancji zawierających kryteria ustalania realizacji znamion ocennych na orzeczenia sądów niższych instancji w innych sprawach. Zob. np. wyrok SA w Lublinie z 19 września 2002 r., II AKa 182/2002, „Prokuratura i Prawo” 2003, z. 3, dodatek, poz. 27; wyrok SA w Katowicach z 11 lipca 2002 r., II AKa 215/2002, „Prokuratura i Prawo” 2003, z. 11, dodatek, poz. 24.

Wadą procesu legislacyjnego, która się nasiliła szczególnie w ostatnich latach, jest formułowanie przepisów niezrozumiałych z powodu ich zawilóści lub niejasności językowej. Sąd, który ma istotne trudności ze zrozumieniem przepisu, powinien zwrócić się w trybie art. 193 Konstytucji do Trybunału Konstytucyjnego celem zbadania zgodności tego przepisu z Konstytucją. Niemożność dekodowania z przepisu zawartego w ustawie karnej normy sankcjonującej powinno prowadzić do uznania takiego przepisu za niezgodny z art. 2 i 31 ust. 3 Konstytucji. W praktyce spotykamy się z innego rodzaju niejasnościami językowymi, w przypadku których zachodzą wątpliwości, w jakim znaczeniu użyte zostało w przepisie karnym określone pojęcie. Sąd w drodze wykładni zmuszony jest ustalić jego znaczenie. Dobrym przykładem będą kłopoty z ustaleniem znaczenia na gruncie kodeksu karnego pojęcia „broń palna”, a w szczególności, czy pojęcie to obejmuje także broń gazową i czy we wszystkich wypadkach jego użycia na gruncie kodeksu karnego (art. 159, 263, 280 § 2) ma być rozumiane tak samo. Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów zajął w tej sprawie stanowisko, przyjmując, że broń gazowa jest bronią palną w znaczeniu używanym we wszystkich przepisach określających odpowiedzialność karną<sup>22</sup>. W wypadku takiego stanowiska (bez oceny obecnie jego trafności) na podkreślenie zasługuje wielorakość stosowanych metod wykładni z położeniem akcentu na metodę językową, systematyczną i historyczną. Wyraźnie na dalszym planie stała metoda funkcjonalna. Świadczy to o dążeniu Sądu Najwyższego do wyjaśnienia stanowiska ustawodawcy, a nie zastępowania go w roli kreatora normy sankcjonującej.

Obecnie obowiązujący kodeks karny niewątpliwie unika opisów typów czynów zabronionych odwołujących się do wewnętrznej analogii, tzn. uznających za wypadki zrealizowania znamion danego typu nie tylko czyny, które realizują znamiona wprost wymienione w ustawie, ale także znamiona podobne. Typowym przykładem takiej wewnętrznej analogii było określenie podstawy odpowiedzialności za pomocnictwo w k.k. z 1969 r. W art. 18 § 2 kodeks ten stanowił: „Odpowiada za pomocnictwo, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, albo godząc się na to, dostarcza jej środków, udziela rady lub informacji lub też w inny podobny sposób ułatwia popełnienie tego czynu”. Objęcie odpowiedzialnością za pomocnictwo „innych podobnych” zachowań do wymienionych w ustawie było wyraźnym i sprzecznym z obowiązkiem ustawodawcy przekazaniem władzy sądowniczej określenia zakresu karalności za tę formę współdziałania w popełnieniu przestępstwa. Jednak także w obowiązującym kodeksie mamy typizacje ze względu na omawiany aspekt wątpliwe. W szczególności zaliczyć należy do tej kategorii te typy, które odwołują się do innych sposobów zachowania już nawet bez ograniczenia podobieństwem (np. art. 165 § 1 pkt 4 i 5). Mam na myśli także opisy typów czynów zabronionych, które zawierają tzw. wewnętrzną egzemplifikację, np. typ określony w art. 239 § 1 k.k. Ustawodawca jedynie przykładowo wymienia w tym przepisie formy utrudnienia lub udaremnienia postępowania karnego<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Uchwała Składu Siedmiu Sędziów SN z 29 stycznia 2004 r., I KZP 39/2003, OSNKW 2004, z. 2, poz. 13.

<sup>23</sup> Zob. wyrok SA w Łodzi z 29 stycznia 2002 r., II AKa 255/2001, „Prokuratura i Prawo” 2004, z. 5, dodatek, poz. 24.

Dobrze ilustruje zbyt szeroko ujętą kryminalizację art. 199 § 3 k.k. w brzmieniu nadanym ustawą z 27 lipca 2005 r.<sup>24</sup> Przepis ten obejmuje zachowania, które mogą być uznane za naganne z punktu widzenia obyczajowego, ale które szczególnie w środowiskach młodzieżowych są szeroko aprobowane. Szczególnie przy szerokim rozumieniu „innej czynności seksualnej” za czyn realizujący znamiona tego typu może być uznane skłonienie podstępem małoletniej partnerki (przed ukończeniem 18 lat) do namiętnego pocałunku.

**Ad d.** W tradycji kontynentalnej bardzo wyraźnie przeważa względne określenie kar grożących za popełnione przestępstwo, a więc podanie przez ustawodawcę dolnej i górnej granicy zagrożenia. Z punktu widzenia zasady podziału władz i powierzenia wymiaru sprawiedliwości władzy sądowniczej wydaje się, że tylko tak określone zagrożenie pozostaje w zgodzie z tą zasadą. Kara bezwzględnie określona sprowadza sąd do roli organu ustalającego fakt popełnienia przestępstwa, a więc zgodności zachowania z typem czynu zabronionego i ustalenia sprawcy tego zachowania oraz jego zdolności do ponoszenia odpowiedzialności. Nie ma już jednak wtedy miejsca na ustalenie wymiaru odpowiedzialności i miarkowanie karą. Kara bezwzględnie określona nie uwzględnia też tego, o czym już była wcześniej mowa, że typizacja czynu zabronionego ma charakter generalny i abstrakcyjny. Typ obejmuje więc zachowania o różnym stopniu społecznej szkodliwości wynikającym z indywidualnych cech czynu, które nie mogły być uwzględnione przy opisie znamion typu. Typ czynu zabronionego nie obejmuje też warunków osobistych i właściwości sprawcy czynu zabronionego. Podmiotu przestępstwa ujmuje się w sposób abstrakcyjny i generalny. W końcu typ czynu zabronionego nie oddaje stopnia zawinienia, który ma istotne znaczenie przy wymiarze kary<sup>25</sup>. Mając to na uwadze, należy się przywrócić nowelizacji Kodeksu karnego ustawą z 27 lipca 2005 r.<sup>26</sup>, w której zmieniono zagrożenie związane ze zbrodnią określoną w art. 148 § 2 k.k. Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym kwalifikowane zabójstwo zagrożone jest karą 25 lat pozbawienia wolności albo karą dożywotniego pozbawienia wolności. Ponieważ w kodeksie karnym i w innych ustawach karnych nie było dotychczas zagrożenia minimalnego karą 25 lat pozbawienia wolności Kodeks karny nie przewidział sposobu nadzwyczajnego łagodzenia takiej kary. Oznacza to, że pomimo wystąpienia podstaw łagodzenia, sąd nie będzie mógł kary nadzwyczajnie złagodzić. Pomijam w tym miejscu racjonalność wprowadzenia takiego ustawowego zagrożenia, a chodzi mi jedynie o dopuszczalność takiej regulacji z punktu widzenia zasady podziału władzy. Podniesionej wątpliwości nie wyłącza pozostawiona alternatywa w ustawowym zagrożeniu. Alternatywa ta zostaje także formalnie wykluczona wobec sprawców, którzy w czasie popełnienia przestępstwa nie ukończyli 18 lat (art. 54 § 2 k.k.). Wydaje się, że w tym wypadku doszło do przejęcia przez władzę ustawodawczą funkcji, którą ma pełnić władza sądownicza. Ustawodawca w sposób niedopuszczalny skrzepował sąd, uniemożliwiając w wielu wypadkach orzeczenie kary według

<sup>24</sup> Dz. U. Nr 163, poz. 1363.

<sup>25</sup> Prawidłowo oddaje potrzebę uwzględnienia przy wymiarze kary stopnia zawinienia art. 53 k.k., nakazując sądowi baczenie na to, aby dolegliwość związana z karą nie przekroczyła tego stopnia.

<sup>26</sup> Zob. przypis 24.

uznania sądu w granicach przewidzianych ustawą. Jest niezmiernie trudno wyznaczyć dolną granicę wymiaru kary, która pozwalałaby sądowi wymierzać ją w zgodzie z tymi dwoma podstawowymi dyrektywami wymiaru kary. Problem ten jest redukowany przez instytucję nadzwyczajnego złagodzenia kary. W omawianym wypadku ustawodawca tego nie przewidział, co spowodowało – moim zdaniem – naruszenie zasady podziału władzy.

*Prof. dr hab. Andrzej Zoll jest pracownikiem Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie i byłym Rzecznikiem Praw Obywatelskich.*

#### THE MEANING OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS FOR SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW

##### S u m m a r y

Legal issues in criminal law from the point of view of the constitutional principle of the separation of powers could only be given in outline here. Four main issues have been discussed. Firstly, whether the legislator is entitled, and if he can, to what extent, to invest into the executive power with the task of determining the grounds (constituting) criminal responsibility, and more precisely, the interpretation of the *nullum crimen sine lege* principle in the context of article 31 clause 3 and article 42 clause 1 of the Constitution. Secondly, whether in Poland's constitutional system (order) exist instruments which a legislator could use to check the scope of criminalisation. Here, the dispute concerning the right of criminal courts to disregard, at their own discretion, the norm arising from an Act or ordinance, if such a norm is found to be in conflict with the Constitution. Thirdly, an attempt has been made to determine the level of judicial competence that may be vested in the criminal court to establish the attributes of a prohibited act. And fourthly, the level to which the legislator is authorised to propose absolutely determined punishment has been analysed, followed with a question whether such punishments are in line with the separation of power-based jurisdiction of courts appointed to administer justice.