

Kodeks karny

z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. Nr 88, poz. 553)

Tekst jednolity z dnia 5 lipca 2016 r. (Dz.U. 2016, poz. 1137)¹

(zm.: Dz.U. 2016, poz. 862, poz. 2138; 2017, poz. 244, poz. 768 i 773)

¹ Tekst jednolity ogłoszono dnia 29.07.2016 r.

Wprowadzenie

Literatura: Monografie: *R. Alexy*, Theory of Constitutional Rights, Oxford 2005; *I. Andrejew*, Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie, Warszawa 1988; *tenże*, Polemika z W. Wolterem, PiP 1975, z. 19; *tenże*, Ustawowe znamiona czynu, Warszawa 1978; *A. Bator*, *A. Kozak*, [w:] *S. Wronkowska* (red.), Wykładnia prawa w zgodzie z Konstytucją. Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej, Kraków 2005; *L. Bosek*, Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne, Warszawa 2012; *A. Chmielarz*, Funkcja prawna konstytucji na przykładzie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Warszawa 2011; *M. Cieślak*, Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia, Warszawa 1995; *Z. Ćwiakalski*, Błąd co do bezprawności w polskim prawie karnym, Kraków 1991; *R. Dębski*, Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie, Łódź 2005; *R.A. Duff*, Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law, Oxford 2007; *tenże*, Punishment, Communication and Community, Oxford 2001; *K. Działocha*, [w:] *L. Garlicki* (red.), Komentarz do art. 8 Konstytucji – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz, t. 5, Warszawa 2007; *G.P. Fletcher*, Rethinking Criminal Law, Oxford 2000; *tenże*, The Grammar of Criminal Law: American, Comparative and International, vol. One: Foundations, Oxford 2007; *M. Florczak-Wątor*, Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne, Poznań 2006; *L. Gardocki*, Zagadnienia teorii kryminalizacji, Warszawa 1990; *S. Glaser*, Polskie prawo karne w zarysie, Kraków 1933; *A. Grzelak*, Trzeci filar Unii Europejskiej. Instrumenty prawne, Warszawa 2008; *D. Husak*, Overcriminalization: The Limits of Criminal Law, Oxford 2008; *M. Jabłoński* (red.), Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP, t. 1. Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP, Warszawa 2010; *M. Jackowski*, Ochrona praw nabytych w polskim systemie konstytucyjnym, Warszawa 2008; *Jacobs and White*, The European Convention on Human Rights, Oxford 2006; *G. Jakobs*, Strafrecht: Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlin 1990; *H.H. Jescheck*, *T. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Berlin 1996; *Z. Jędrzejewski*, Bezprawie siłowania nieudolnego, Warszawa 2000; *P. Kardas*, Przestępstwo ciągłe w prawie karnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw, Kraków 1999; *tenże*, Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie, Kraków 2001; *A. Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Goettingen 1959; *tenże*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954; *J. Kochanowski*, Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej, Warszawa 1985; *P. Konieczniak*, Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym, Kraków 2002; *M. Korycka*, [w:] *L. Morawski* (red.), Zasada proporcjonalności – refleksje na gruncie aksjologicznych podstaw konstytucji z 1997 roku i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Wykładnia prawa i inne problemy w filozofii prawa, Toruń 2005; *K. Krajewski*, Teorie kryminologiczne a prawo karne, Kraków 1994; *M. Królikowski*, Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych, Warszawa 2005; *M. Królikowski*, *P. Wiliński*, *J. Izydorczyk*, Podstawy prawa karnego międzynarodowego, Warszawa 2008; *O. Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen 1996; *J.R. Lucas*, On Responsibility, Oxford 1993; *J. Majewski*, Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu, Kraków 1997; *tenże*, Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym, Warszawa 2003; *M. Matravers*, Responsibility and Justice, Cambridge 2007; *A. Mowbray*, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford 2004; *A. Munczewski*, Reguły interpretacyjne w działalności orzeczniczej Sądu Najwyższego, Szczecin 2004; *M. Piechowiak*, Dobro wspólne, jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego, Warszawa 2012; *M. Piechowiak*, [w:] *L. Wiśniewski* (red.), Pojęcie praw człowieka, Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona, Warszawa 1997; *tenże*, [w:] *T. Guz*, *J. Gluchowski*, *M. Patubska* (red.), Aksjologiczne podstawy polskiego prawa, w: Polskie prawo – próba syntezy, Warszawa 2009; *S. Śliwiński*, Prawo karne materialne, Warszawa 1946; *P. Tuleja*, Stosowanie Konstytucji RP w świetle jej zasady nadrzędności, Kraków 2003; *C. Roxin*, Strafrecht: Allgemeiner Teil I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, Berlin 1995; *Z. Sienkiewicz*, [w:] *M. Bojarski*, Prawo karne materialne, Warszawa, 2004; *P. Tuleja*, [w:] *M. Saffjan*, *L. Bosek* (red.), Konstytucja RP, t. I. Komentarz do art. 1–86. Warszawa 2016; *tenże*, Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności: wybrane problemy, Kraków 2003; *K. Wojtyczek*, Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw

człowieka w Konstytucji RP, Kraków 1999; *tenże*, [w:] A. Zoll (red.), Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania, Warszawa 2011; W. Wolter, Zarys systemu prawa karnego, Kraków 1933; W. Wróbel, Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym, Kraków 2003; W. Zalewski, Sprawiedliwość naprawcza, Gdańsk 2006; A. Zoll, Okoliczności wyłączające bezprawność czynu, Warszawa 1982; *tenże*, [w:] T. Bojarski (red.), Konstytucyjne aspekty prawa karnego, Źródła prawa karnego, System Prawa Karnego, t. 2, Warszawa 2011; S. Zóltek, Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności, Warszawa 2008;

Artykuły: R. Alexy, On Structure of Legal Principles, Ratio Juris XIII, 2000, Nr 3; K. Ambos, Toward a Universal System of Crime, Cardozo Law Review 2007, Nr 6; A. Bator, A. Kozak, Wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją, [w:] Wronkowska, Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej, Kraków 2005; S. Biernat, Wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Wspólnoty Europejskiej, [w:] Mik (red.), Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych, Toruń 1998; M. Cieślak, Recenzja z pracy J. Kochanowskiego, Niektóre zagadnienia przedmiotu karnoprawnej ochrony, PiP 1993, z. 11; *tenże*, Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej, PiP 1986, z. 12; E. Claes, Criminal Justice, Legality and Human Dignity, [w:] Claes, Foqué, Peters (ed.), Punishment, Restorative Justice and the Morality of Law, Intersentia 2005; E. Claes, M. Królikowski, Criminalization, Plurality, and Constitutional Democracy, [w:] Democratic Criminal Justice, Warszawa 2006; Ch. McCrudden, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, European Journal of International Law, Warszawa 2008, Nr 4; R.A. Duff, Karanie obywateli, Ius et Lex IV, 2005, Nr 2; K. Działocha, Hierarchia norm konstytucyjnych i jej rola w rozstrzygnięciu kolizji norm, [w:] Trzcziński (red.), Charakter i struktura norm Konstytucji, Warszawa 1997; J. Gardner, On the General Part of the Criminal Law, [w:] Duff (ed.), Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique, Oxford 2000; L. Gardocki, Bezpośrednie stosowanie konstytucji, [w:] Konferencja RP w praktyce, Warszawa 1999; *tenże*, Pozaustawowe źródła znaczenia przepisu karnego, [w:] W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska, Lublin 2005; *tenże*, Problem tzw. wyroków interpretacyjnych Trybunału Konstytucyjnego, [w:] Winczorek, Teoria i praktyka wykładni prawa, Warszawa 2005; *tenże*, Subsydiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate – jako zasady kryminalizacji, PiP 1989, z. 12; J. Giezek, Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego, AUW PPIA, Wrocław 2002; O. Górniok, Znaczenie subsydiarności prawa karnego w jego interpretacji, PiP 2007, z. 5; M.M. Hernández, Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Ontologismus versus Normativismus?), [w:] Schüemann (ed.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin 2001; H.J. Hirsch, O krytyce finalizmu, [w:] W kręgu teorii i praktyki prawa karnego, Lublin 2005; D. Husak, Crimes outside the Court, Tulsa Law Review XXXIX, 2004; *tenże*, The Criminal Law as Last Resort, Oxford Journal of Legal Studies XXIV, 2004, Nr 2; G. Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „altereuropäischem“ Prinzipendenken. Oder: Verabschiedung des „altereuropäischen“ Strafrechts?, 107 ZStW 1995; *tenże*, Imputation in Criminal Law and Conditions for Norm Validity, Buffalo Criminal Law Review VII, 2004, Nr 2; N. Jareborg, Criminalization as Last Resort (ultima ratio), Ohio State Journal of Criminal Law 2005, Nr 2; Z. Jędrzejewski, Funkcje rozróżnienia między bezprawnością (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) a winą (okolicznościami wyłączającymi winę), [w:] Rejman, Bieńkowska, Jędrzejewski, Mierzejewski (red.), Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Alfreda Kaftala, Warszawa 2008; *tenże*, Powstanie i rozwój trójelementowej definicji przestępstwa, IN 2007, Nr 4; *tenże*, Urojenie kontratyphu a problem struktury przestępstwa, [w:] Gardocki, Królikowski, Walczak-Żochowska, Gaudium in litteris est. Księga jubileuszowa Pani Profesor Genowefy Rejman, Warszawa 2005; *tenże*, Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa, Prok. i Pr. 2008, Nr 5; T. Kaczmarek, O tzw. okolicznościach „wyłączających” bezprawność czynu, PiP 2008, z. 10; A. Kalisz, Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego, Warszawa 2007; F. Kojas, Konstytucja, KSP 1990, vol. XXIII; M. Królikowski, Granice legalizmu w odpowiedzialności karnej skarbowej związanej ze sprawozdawczością podatkową, PiPod 2006, Nr 5; *tenże*, Kontekstowa teoria (dogmatyki) prawa karnego, SI 2006, Nr 46; *tenże*, O dopuszczalności retroaktywnego stosowania wykładni w prawie karnym, [w:] Winczorek (red.), Teoria i praktyka wykładni prawa, Warszawa 2005; *tenże*, Ogólna ocena projektu nowelizacji Kodeksu karnego jego zgodności z Konstytucją, ZPBAS 2007, Nr 3; *tenże*, Problemy wykładni w prawie karnym, EP 2007, Nr 12; *tenże*, Sprawiedliwość retributywna wobec sprawiedliwości naprawczej, Ius et Lex 2006, Nr 1; G. Krysztofiuk, Obowiązek prounijnej interpretacji prawa karnego, SI 2006, Nr 46; B. Kunicka-Michalska, Zasada nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege w projekcie Kodeksu karnego w świetle norm międzynarodowych, [w:] Waltoś (red.), Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka, Kraków 1993; J. Makarewicz, Wykładnia kodeksu karnego, GS 1934, Nr 10; S. Majcher, W kwestii tzw. prawotwórstwa sądowego. Na przykładzie orzecznictwa SN w sprawach karnych, PiP 2004, z. 2; S.E. Marshall, R.A. Duff, Criminalization

and Sharing Wrongs, Canadian Journal of Law and Jurisprudence XI, 1998, Nr 1; A. *Mączyński*, O tzw. wyrokach interpretacyjnych Trybunału Konstytucyjnego, [w:] *Winczorek*, Teoria i praktyka wykładni prawa, Warszawa 2005; Ch. *McCrudden*, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, The European Journal of International Law 2008, Nr 4; C. *Mik*, Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej, [w:] *Wronkowska* (red.), Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej, Kraków 2005; J.C. *Mir*, Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre, [w:] *Arnold* (ed.), *Menchengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005; L. *Morawski*, Czy precedens powinien być źródłem prawa, [w:] W kręgu problematyki władzy, państwa i prawa. Księga pamiątkowa ku czci prof. H. Groszyka, Lublin 1996; *tenże*, Precedens a wykładnia, PiP 1996, z. 10; *tenże*, Wykładnia w orzecznictwie sądów, Toruń 2002; *tenże*, Zasady prawa – komentarz krytyczny, SF 2001, Nr 1; H. *Morris*, Osoby a kara, Ius et Lex IV, 2005, Nr 2; W. *Odrowąż-Sypniewski*, O zgodności z konstytucją postulatów wykreślenia z polskiego prawodawstwa przepisów o „przestrzeganiu wartości chrześcijańskich” i „obrażaniu uczuć religijnych”, ZPBAS 2006, Nr 3; M. *Piechowiak*, Godność jako fundament powinności prawa wobec człowieka, [w:] *Morcinić, Studniczenko* (red.), *Urzeczywistnianie praw człowieka w XXI wieku*, Opole 2004; *tenże*, Klauzula limitacyjna a nienaruszalność praw i godności, PS 2009, Nr 2; K. *Pleszka*, Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni, [w:] *Zirk-Sadowski* (red.), *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, Łódź 1997; J. *Potulski*, Ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu jako sposób realizacji zasady subsydiarności prawa karnego, GSP-Prz.Orz. 2005, Nr 3; M. *Puig*, Grenzen des Normativismus im Strafrecht, [w:] *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Koeln 2005; P. *Radziejewicz*, Przywilej korzyści: jako skutek prawny orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, PL 2006, Nr 4; *tenże*, Wzruszenie „domniemania konstytucyjności” aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny, PS 2008, Nr 5; J. *Renzikowski*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, [w:] *Alexy* (ed.), *Juristische Grundlagenforschung*, Stuttgart 2005; B. *Schünemann*, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, cz. 1 i 2; *tenże*, The Role of the Victim within the Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept, Buffalo Criminal Law Review III, 1999, Nr 1; *tenże*, The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-based Jurisprudence as a Bridge between the General and Special parts of the Criminal Code, Buffalo Criminal Law Review VII, 2004, Nr 2; C. *Soñta*, Wybrane zagadnienia granic wykładni w prawie karnym w świetle zasady nullum crimen sine lege, WPP 2004, Nr 4; A. *Stelmachowski*, Prawotwórcza rola sądów, PiP 1967, z. 4–5; S. *Stomma*, Fikcja winy, PiP 1947, z. 10; K. *Szczucki*, Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego. WS, Warszawa 2015; H. *Tabault*, Granice wykładni sędziowskiej, Warszawa 1997; Ch. *Taylor*, Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate, [w:] *Rosenblum* (ed.), *Liberalism and Moral Life*, Cambridge 1989; L. *Walgrave*, Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain, [w:] *von Hirsch, Roberst, Bottoms* (ed.), *Restorative Justice and Criminal Law: Competing or Reconcilable Paradigm*, Oxford 2003; J. *Warylewski*, Zasada ustawowe określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratyppa pozaustawowe, [w:] *Majewski* (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Toruń 2008; K. *Wojtczyk*, Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania, [w:] *Zoll* (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001; W. *Wolter*, W obronie metody, PiP 1975, z. 8–9; W. *Wróbel*, Prawotwórcze tendencje w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych, [w:] W kręgu teorii i praktyki prawa. Księga pamiątkowa prof. A. Wąska, Lublin 2005; *tenże*, Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym, PPK 1993, Nr 8; *tenże*, Struktura normatywna przepisu prawa karnego, RPEiS 1993, Nr 3; *tenże*, Wina i zawienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej, [w:] *Giezek* (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. Rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006; J. *Wróblewski*, Rozumienie prawa i jego wykładnia, Ossolineum 1990; *tenże*, Sądowe stosowanie prawa, Warszawa 1988; J. *Wyrembak*, Zasada nullum crimen sine lege a wykładnia prawa (ze szczególnym uwzględnieniem pozycji metody językowej), PS 2009, Nr 2; *tenże*, Zasadnicza wykładnia znamion ustawowych przestępstwa, [w:] *Winczorek* (red.), *Teoria i praktyka wykładni prawa*, Warszawa 2005; Th. *Vormbaum*, „Politisches” Strafrecht, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 1995; J. *Zajadło*, Godność i prawa człowieka (ideowe i normatywne źródła przepisu art. 30 Konstytucji), GSP 1998, Nr 1; R. *Zawłocki*, O metodzie interpretacji przepisów prawa karnego, RPEiS LXVI, 2004, Nr 4; *tenże*, Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym, Warszawa 2007; M. *Zieliński*, Wykładnia prawa. Zasady reguły, wskazówki, Warszawa 2002; M. *Zirk-Sadowski*, Prawo a uczestniczenie w kulturze, Łódź 1998; A. *Zoll*, Kontratyppa a okoliczności wyłączające bezprawność czynu, [w:] *Majewski* (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Toruń 2008; *tenże*, Materialne określenie przestępstwa, Prok. i Pr. 1997, Nr 2; *tenże*, O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego, KSP 1990, Nr 23; *tenże*, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karą w świetle konstytucyjnej

zasady podziału władzy, [w:] W kręgu teorii i praktyki prawa, Lublin 2005; *tenże*, Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego, RPEiS 2006, Nr 2.

Spis treści

	Nb		Nb
I. Aksjologiczne i normatywne uwarunkowania odpowiedzialności karnej	1–32	a. Modele ukształtowania zasad odpowiedzialności karnej	33–38
A. Harmonizowanie kontekstu konstytucyjnego w prawie karnym	1–8	1. Dwa wyobrażenia o odpowiedzialności	33
1. Postaci	1	2. Sprawstwo	34
2. Przykład związany z zarządzaniem wykonania kary	2	3. Ujęcie ontologiczne	35
3. Problem wartości konstytucyjnych w typizacji	3	4. Ujęcie normatywne	36
4. Obalenie domniemania konstytucyjności	4	5. Ujęcie funkcjonalne	37
5. Konstytucyjne tło decyzji kryminalizacyjnej	5	6. Słabości ujęcia normatywnego	38
6. Kollizja modeli zasad prawa karnego	6	b. Obiektywizm a subiektywizm	39–45
7. Konkurencyjne paradygmaty	7	1. Konceptualizacje	39
8. Konieczność wyboru	8	2. Konteksty znaczeniowe	40
B. Zasada subsydiarności (<i>ultima ratio</i>) prawa karnego	9–19	3. Obiektywne i subiektywne przypisanie sprawstwa	41
1. Podstawa konstytucyjna	9	4. Obiektywizacja i subiektywizacja typu	42
2. Analiza normatywna wzorca konstytucyjnego	10	5. Obiektywizacja i subiektywizacja bezprawia	43
3. Proporcjonalność <i>sensu largo</i>	11	6. Ujęcie winy	44
4. Zasada konieczności sankcji karnej	12	7. Ujęcie bezprawia	45
5. Zasada <i>ultima ratio</i> prawa karnego	13	B. Kodeksowe zasady odpowiedzialności karnej	46–50
6. Obowiązek pozytywny	14	1. Ujęcie kodeksowe	46
7. Dyrektywa typizacyjna i interpretacyjna	15	2. Humanitaryzm	47
8. Hierarchizacja wartości konstytucyjnych	16	3. Inny charakter niektórych przepisów Rozdziału I KK	48
9. Negatywny test proporcjonalności	17	4. Konwencja	49
10. Ograniczenia kryminalizacji	18	5. Zasady poza strukturą Rozdziału I	50
11. Wtórność regulacji karnej	19	C. Problem struktury przestępstwa i jej funkcje	51–71
C. Zasada ochrony dóbr (wartości konstytucyjnych)	20–26	1. Dogmatyka normatywna	51
1. Regulacje karne jako forma obowiązku pozytywnego	20	2. Wpływ na konstrukcję art. 1 KK	52
2. Nakaz ochrony dóbr konstytucyjnych	21	3. Wieloaspektowa struktura przestępstwa	53
3. Uzasadnienie	22	4. Norma sankcjonowana i sankcjonująca	54
4. Teoria obowiązków pozytywnych	23	5. Układ przesłanek przestępności	55
5. Zasada ochrony godności człowieka	24	6. Szczególna norma sankcjonowana	56
6. Ujęcie optymalizujące	25	7. Aspekty normy sankcjonowanej	57
7. Dyrektywa wykładni przyjaznej prawom człowieka	26	8. Charakter kontratypów	58
D. Zasada wykładni otwartej na interes pokrzywdzonego	27–32	9. Matryca stanu wyższej konieczności	59
1. Sprawiedliwość zasad a sprawiedliwość konkretna	27	10. Karygodność	60
2. Uwzględnienie interesu pokrzywdzonego	28	11. Przesłanki karygodności	61
3. Zakres stosowania	29	12. Wina	62
4. Sprawiedliwość naprawcza	30	13. Ujęcie <i>Zollowskie</i> struktury przestępstwa	63
5. Umorzenie restytucyjne	31	14. Jednolita bezprawność	64
6. Wątpliwości	32	15. Aneksowy charakter prawa karnego	65
II. Zasady odpowiedzialności karnej	33–71	16. Zastrzeżenia	66
A. Modele zasad odpowiedzialności karnej	33–45	17. Zastrzeżenia	67
1. Sprawiedliwość zasad a sprawiedliwość konkretna	27	18. Znaczenie dla zasady subsydiarności	68
2. Uwzględnienie interesu pokrzywdzonego	28	19. Pluralizm konstrukcyjny struktury przestępstwa	69
3. Zakres stosowania	29	20. Przyjęta struktura przestępstwa	70
4. Sprawiedliwość naprawcza	30	21. Mieszane struktury dogmatyczne	71
5. Umorzenie restytucyjne	31	III. Wykładnia i stosowanie prawa karnego	72–112
6. Wątpliwości	32	A. Zakres wykładni w prawie karnym	72–78
B. Zasady odpowiedzialności karnej	33–45	1. Metody wykładni	72
1. Dwa wyobrażenia o odpowiedzialności	33	2. Istota wykładni	73
2. Sprawstwo	34		
3. Ujęcie ontologiczne	35		
4. Ujęcie normatywne	36		
5. Ujęcie funkcjonalne	37		
6. Słabości ujęcia normatywnego	38		
b. Obiektywizm a subiektywizm	39–45		
1. Konceptualizacje	39		
2. Konteksty znaczeniowe	40		
3. Obiektywne i subiektywne przypisanie sprawstwa	41		
4. Obiektywizacja i subiektywizacja typu	42		
5. Obiektywizacja i subiektywizacja bezprawia	43		
6. Ujęcie winy	44		
7. Ujęcie bezprawia	45		
B. Kodeksowe zasady odpowiedzialności karnej	46–50		
1. Ujęcie kodeksowe	46		
2. Humanitaryzm	47		
3. Inny charakter niektórych przepisów Rozdziału I KK	48		
4. Konwencja	49		
5. Zasady poza strukturą Rozdziału I	50		
C. Problem struktury przestępstwa i jej funkcje	51–71		
1. Dogmatyka normatywna	51		
2. Wpływ na konstrukcję art. 1 KK	52		
3. Wieloaspektowa struktura przestępstwa	53		
4. Norma sankcjonowana i sankcjonująca	54		
5. Układ przesłanek przestępności	55		
6. Szczególna norma sankcjonowana	56		
7. Aspekty normy sankcjonowanej	57		
8. Charakter kontratypów	58		
9. Matryca stanu wyższej konieczności	59		
10. Karygodność	60		
11. Przesłanki karygodności	61		
12. Wina	62		
13. Ujęcie <i>Zollowskie</i> struktury przestępstwa	63		
14. Jednolita bezprawność	64		
15. Aneksowy charakter prawa karnego	65		
16. Zastrzeżenia	66		
17. Zastrzeżenia	67		
18. Znaczenie dla zasady subsydiarności	68		
19. Pluralizm konstrukcyjny struktury przestępstwa	69		
20. Przyjęta struktura przestępstwa	70		
21. Mieszane struktury dogmatyczne	71		
III. Wykładnia i stosowanie prawa karnego	72–112		
A. Zakres wykładni w prawie karnym	72–78		
1. Metody wykładni	72		
2. Istota wykładni	73		

3. Zakres przedmiotu wykładni	74	3. Procedury gwarancyjne w wykładni sądowej	108
4. Rodzaje przepisów poddawanych wykładni	75	4. Ryzyko bezprawności	109
5. Przepisy typizujące	76	F. Granice przestrzenne wykładni prawa	110–112
6. Opis sprawstwa	77	1. Związanie wykładnią w konkretnej jurysdykcji	110
7. Szczegółowość dyspozycji	78	2. Wykładnia powszechnie obowiązująca	111
B. Wykładnia normy sankcjonowanej	79–89	3. Wyroki interpretacyjne TK	112
1. Normy sprzężone	79	IV. Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawno Karnych	113–129
2. Dwa zespoły argumentacyjne w wykładni prawa karnego	80	A. Rozważania ogólne	113–114
3. Rola dobra chronionego	81	1. Konstytucyjna wykładnia praw	113
4. Rodzaje dóbr chronionych	82	2. Wykładnia prokonstytucyjna jako wykładnia systemowa	114
5. Norma sankcjonowana a wykładnia systemowa	83	B. Podłoże aksjologiczne	115–116
6. Harmonizowanie kontekstów wykładniczych	84	1. Wartości nadrzędne	115
7. Wykładnia prounijna	85	2. Model materialno-proceduralny Konstytucji RP	116
8. Harmonizowanie kontekstu unijnego	86	C. Podstawa jurydyczna wykładni dóbr chronionych w prawie karnym	117
9. Ograniczenia w wykładni prounijnej	87	1. Zasada nadrzędności Konstytucji	117
10. Granice wykładni prounijnej	88	D. Bezpośredniość wpływu norm ustawy zasadniczej	118
11. Elementy pozaustawowe	89	1. Zasada bezpośredniości	118
C. Wykładnia normy sankcjonującej	90–99	E. Ramy wykładni konstytucyjnej	119
1. Dopelnianie wykładni normy sankcjonowanej i sankcjonującej	90	1. Zasada prokonstytucyjnej wykładni prawa karnego	119
2. Wykładnia normy sankcjonującej	91	F. Proporcjonalność na gruncie wykładni prokonstytucyjnej	120–122
3. Źródła wątpliwości interpretacyjnej	92	1. Zasada proporcjonalności	120
4. Ograniczona precyzja języka ogólnego	93	2. Cel norm prawno Karnych	121
5. Luzy decyzyjne i interpretacyjne	94	3. Wymóg uwzględnienia proporcjonalności	122
6. Racje funkcjonalne	95	G. Hierarchiczność wartości oraz wpływających z nich dóbr	123
7. Dyrektywy wykładni normy sankcjonującej	96	1. Ważenie zasad	123
8. Nakaz wykładni ścisłej	97	H. Zasady zasad	124
9. Zakaz wykładni rozszerzającej lub analogii na niekorzyść sprawcy	98	1. Metazasady	124
10. Pozostałe metody wykładni	99	I. Godność jako wzór interpretacyjny	125–126
D. Granice treściowe wykładni prawa karnego	100–105	1. Zasada godności	125
1. Związanie treścią	100	2. Godność człowieka a ważenie zasad	126
2. Granice związane z wykładnią językową	101	J. Dobro wspólne	127
3. Zakaz wykładni prawotwórczej	102	1. Zasada dobra wspólnego	127
4. Wykładnia kreatywna	103	K. Relacja godności i dobra wspólnego	128
5. Modyfikacja treści przez sądy powszechne i Sąd Najwyższy	104	1. Godność a dobro wspólne	128
6. Wykładnia zawężająca	105	L. Konkluzja	129
E. Granice czasowe wykładni prawa	106–109	1. Podsumowanie zasady nadrzędności konstytucji RP	129
1. Związanie wykładnią w czasie czynu	106		
2. Skutki wykładni kreatywnej	107		

I. Aksjologiczne i normatywne uwarunkowania odpowiedzialności karnej

A. Harmonizowanie kontekstu konstytucyjnego w prawie karnym

1. **Postaci.** Uwzględnienie perspektywy konstytucyjnej w prawie karnym może przybrać 1 dwie zasadnicze postaci. Pierwszą będzie **zespół argumentacji nakierowany na zapewnienie zgodności literalnego brzmienia z zespołem wartości konstytucyjnych** – najczęściej pozostających ze sobą w kolizji – istotnych dla rozstrzygnięcia istoty czynu zabronionego. Stanowi on postać współstosowania przepisu konstytucji i ustawowych przepisów karnych (kodeksowych i pozakodeksowych). Może on polegać na **stosowaniu interpretacyjnym**, gdy dla przyjęcia prawidłowego poglądu prawnego należy zbudować normę na podstawie przepisów konstytucji i ustawy, w szczególności wtedy, gdy warstwa językowa zakazu karnego dopuszcza – zgodnie

z regułami wykładni – kilka różnych sposobów odczytania normy. Wówczas, współstosowanie konstytucji pozwala wybrać taki sposób rekonstrukcji normy spośród możliwych, która najlepiej wkomponowuje się w system prawny i kontekst aksjologiczny wypowiedziany w ustawie zasadniczej. Inną postacią współstosowania konstytucji i ustawodawstwa karnego jest **stosowanie modyfikujące**, które zachodzi w przypadku, gdy część z możliwych sposobów zdekodowania normy prawnokarnej prowadziłaby do decyzji stanowiącej jednocześnie naruszenie konstytucji. Wówczas podmiot dokonujący wykładni prawa zobowiązany jest podjąć taki zabieg interpretacyjny, który zapewni zgodność stosowania ustawy karnej z Konstytucją. Stanowi on jednak pewną modyfikację przepisu ustawy, który dopiero w takiej postaci stanie się zgodny z Konstytucją. Zob. szerzej *L. Garlicki*, Bezpośrednie stosowanie konstytucji, [w:] Konferencja RP w praktyce, Warszawa 1999, s. 23 i n.; *P. Tuleja*, Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy), Kraków 2003, s. 216 i n.; *A. Bator*, *A. Kozak*, Wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją, [w:] *Wronkowska*, Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej, Kraków 2005, s. 43–66; por. *A. Zoll*, Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego, RPEiS 2006, Nr 2, s. 323–335.

2. **2. Przykład związany z zarządzeniem wykonania kary.** Omawiana problematyka ujawniła się z całą ostrością w związku z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 17.7.2013 r. (SK 9/10, Legalis), w którym Trybunał uznał za niezgodne ze wzorcem konstytucyjnym rozwiązanie zawarte w art. 75 § 1, zgodnie z którym we wskazanych w tym przepisie sytuacjach następuje **obligatoryjne zarządzenie wykonania kary pozbawienia wolności** bez badania, czy nie zachodzą szczególne względy, które mogłyby przemawiać za odstąpieniem od zarządzenia wykonania kary. Trybunał uznał, że wymieniony przepis traci moc dopiero po upływie 18 miesięcy od ogłoszenia wyroku, wobec czego powstał problem stosowania przepisu, w odniesieniu do którego przełamano domniemanie zgodności z Konstytucją RP, ale formalnie pozostawiono w obrotach. Wobec rozbieżności w orzecznictwie sądów apelacyjnych, SN opowiedział się jednoznacznie za wykładnią modyfikującą, która wymaga **wyeliminowania z obrotu** normy prawnej określonego kształtu dotychczas wywodzonego z treści i relacji między art. 75 § 1 i 2 (przejście z idei dwóch równorzędnych regulacji na relację *lex specialis* do *lex generalis*), zaś z możliwych ujęć normatywnych analizowanych przepisów wybrał interpretację preferencyjną stwierdzając, że: „Skąd może nie stosować art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 17 lipca 2013 r. (sygn. akt SK 9/10, Legalis) uznał ten przepis za niekonstytucyjny, jeżeli obligatoryjny tryb zarządzenia wykonania kary wobec skazanego, co do którego w okresie próby orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, prowadziłby do naruszenia Konstytucji RP w większym stopniu niż odstąpienie od tego trybu, z uwagi na szczególne okoliczności sprawy”.
3. **3. Problem wartości konstytucyjnych w typizacji.** W dotychczasowym orzecznictwie konstytucyjnym, za przedmiot kontroli ustawodawstwa i współstosowania przyjmowano nie tylko normy i zasady, ale również **wartości konstytucyjne** (zob. *P. Tuleja*, Stosowanie Konstytucji RP, s. 267 i n.). Mimo krytycznego podejścia do założeń teoretycznych takiego ujęcia *ius iurisprudenti*, trudno nie odnotować jego znaczenia dla rozumienia istoty typizacji w prawie karnym. Rację ma *J. Giezek*, który wykazuje, że kolizja dóbr stanowi podstawę wszystkich typów przestępstw (zob. *tenże*, Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym, Wrocław 1994, s. 162; por. *A. Zoll*, Okoliczności wyłączające bezprawność czynu, Warszawa 1982, s. 103; zob. także wyr. TK z 28.5.1996 r., K 26/96, OTK 1997, Nr 2, poz. 19; wyr. TK z 30.9.2008 r., K 44/07, Dz.U. Nr 177, poz. 1095). Wypowiedź ta nabiera pełnego sensu nie tyle w kontekście analizy dogmatycznej zespołu znamion lub włączeniu dozwolonego ryzyka do struktury przestępstwa jako przestrzeni, w której rozmiar i rodzaj pozytywnego, społecznie aprobowanego celu i prawdopodobieństwo jego osiągnięcia przeważa nad rodzajem i rozmiarem negatywnego skutku i prawdopodobieństwem jego wystąpienia, ile w **konieczności analizy konkretnego typu oraz zespołu chronionych i ograniczanych przez zakaz dóbr (wartości konstytucyjnych) w kontekście systemu wzorców konstytucyjnych i innych aksjologicznych punktów odniesień, na które Konstytucja otwiera obowiązujący porządek prawny**. Istotą tego sposobu rozumowania jest osiągnięcie – w ramach jakie wyznacza warstwa językowa przepisu prawnokarnej – systemu zasad indywidualnej odpowiedzialności karnej i przypisania

sprawstwa, jak również takiego odczytania typu przestępstwa, które maksymalizuje ochronę wypowiedzianych w Konstytucji wartości (w szczególności: podstaw aksjologicznych systemu normatywnego, wolności i praw człowieka i obywatela, zasad ustrojowych) pozostających w danym wypadku w kolizji. Tego rodzaju postępowanie może przybierać dwie – nie zawsze możliwe do precyzyjnego rozróżnienia – formy:

- 1) **wykładni ustaw w zgodzie z konstytucją**, która oznacza – w sytuacji, gdy istnieje kilka sposobów dekodowania normy – wyeliminowanie tego, który prowadziłby do ustalenia treści normy sprzecznej z normami konstytucji;
- 2) tzw. **wykładni na konstytucję**, a więc taki zabieg interpretacyjny, który prowadzi do jak największego stopnia realizacji wartości konstytucyjnych.

Przyjmuje się, że wykładnia ustaw w zgodzie z konstytucją jest konsekwencją nadrzędności konstytucji i domniemania konstytucyjności ustaw. Wykładnia zorientowana na konstytucję zakłada kształtowanie się danej gałęzi prawa w sposób możliwie pełny osadzony w aksjologii wypowiedzianej przez ustrojodawcę. Szerzej zob. *P. Tuleja*, Stosowanie Konstytucji RP, s. 210 i n.

4. Obalenie domniemania konstytucyjności. Odmianą postacią harmonizowania kontekstu konstytucyjnego jest **zespół argumentacji nakierowany na weryfikację zgodności przepisu karnego z konstytucją**, przeprowadzanej w procedurze przed Trybunałem Konstytucyjnym. W odróżnieniu od poprzedniego, kierunek rozumowania jest w tym wypadku odmienny. Polega on na odtworzeniu autonomicznego wzorca kontroli zgodności danego przepisu z konstytucją i argumentację zmierzającą do wykazania naruszenia standardu konstytucyjnego. Jak wskazuje *M. Florczak-Wątor*, same orzeczenia o niekonstytucyjności przepisu mają charakter *ultima ratio* i powinny być poprzedzone próbą dokonania wykładni tego przepisu w zgodzie z konstytucją (zob. Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne, Poznań 2006, s. 94; por. wyr. TK z 15.9.1999 r., K 11/99, OTK 2000, Nr 2, poz. 59). Ten sposób ujęcia argumentacji wynika z przyjęcia tzw. **domniemania konstytucyjności aktu normatywnego**, który stanowi dyrektywę interpretacyjną tekstu prawnego. Innymi słowy, domniemanie powinno przemawiać na rzecz zgodności rozstrzygnięć ustawowych z konstytucją, a obalenie tego domniemania wymaga bezspornego wykazania niezgodności zachodzącej między ustawą a konstytucją (zob. *P. Radziejewicz*, Przywilej korzyści jako skutek prawny orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, PL 2006, Nr 4, s. 26–32; *tenże*, Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”, PS 2008, Nr 5, s. 55 i n.). Wykładnia ustaw w zgodzie z konstytucją jest zatem rozumiana jako postać sędziowskiej wstrzemięźliwości i prawidłowy sposób wypełniania obowiązków w związku z rozdziałem funkcji ustawodawczej i sądowniczej (zob. post. SN z 12.12.2007 r., III KK 245/07, OSNKW 2008, z. 2, poz. 16 z głosem w tej części krytyczną *A. Zolla*, OSP 2008, Nr 10, poz. 767–768).

5. Konstytucyjne tło decyzji kryminalizacyjnej. W ramach badania zgodności przepisów karnych z konstytucją należy uwzględnić całą treść wyrażonych w tych przepisach norm, a zatem **opis czynu zabronionego, rodzaj i surowość sankcji**. Badanie decyzji kryminalizacyjnej zakłada zatem analizę prawidłowości wprowadzenia karalności, ukształtowania typu i możliwości wykładni zorientowanej na konstytucję, jak też surowość represji karnej. Analiza ta wymaga (zob. zwłaszcza wyr. TK z 30.10.2006 r., P 10/06, OTK-A 2006, Nr 9, poz. 128):

- 1) określenia przez pryzmat norm konstytucyjnych dóbr prawnych, które uzasadniają ingerencję prawnokarną w wolność jednostki;
- 2) ustalenia wzorców kontroli zgodności z konstytucją przepisów prawa karnego, jak również oceny rodzaju wypowiedzi konstytucyjnej i wynikającego z niej stopnia związania ustawodawcy wypowiedzią ustrojodawcy (np. normą programową, normą gwarancyjną lub zakazem konstytucyjnym; zob. *P. Tuleja*, Stosowanie Konstytucji RP, s. 268–269; *K. Działocha*, Hierarchia norm konstytucyjnych i jej rola w rozstrzyganiu kolizji norm, [w:] *Trzcziński* (red.), Charakter i struktura norm konstytucyjnych, Warszawa 1997, s. 78 i n.); w końcu – oceny relacji, w jakiej te wzorce pozostają względem siebie;
- 3) uwzględnienia kolizji wartości konstytucyjnych i preferowanego przez ustrojodawcę sposobu jej rozwiązania (decyzja interpretacyjna odniesiona do norm konstytucji) dla oceny decyzji kryminalizacyjnej i wykładni znamion konkretnego typu przestępstwa;
- 4) oceny zasadności systemu represji karnej.

Zaproponowany porządek rozumowania jest aktualny w przypadku wszystkich omówionych wcześniej argumentacji zapewniających harmonizowanie kontekstu Konstytucji RP w prawie karnym, z tym jednak zastrzeżeniem, że w **zależności od rodzaju argumentacji odmienny może okazać się kierunek rozumowania**, wyznaczony np. przez system domniemań zgodności z Konstytucją RP (uzasadnienie niezgodności przepisu z Konstytucją RP) lub zasadę stosunkowości z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (uzasadnienie decyzji kryminalizacji lub penalizacji w procesie legislacyjnym – zob. *M. Królikowski*, Ogólna ocena projektu nowelizacji Kodeksu karnego jego zgodności z Konstytucją, ZPBAS 2007, Nr 3, s. 89 i n.).

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

- 1) **subsydiarności** (kryminalizacji i stosowania) prawa karnego;
- 2) **ochrony wartości konstytucyjnych** (dóbr prawnych);
- 3) **wykładni otwartej na interes pokrzywdzonego**.

Zasady te stanowią pryzmat dla odczytania roli, jaka w tworzeniu i stosowaniu prawa karnego przypada normom, zasadom i wartościom konstytucyjnym, w szczególności wyrażonych w nich **wolnościom i prawom człowieka i obywatela** (zob. również *A. Zoll*, Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego, RPEiS 2006, Nr 2, s. 323–335, zw. s. 329 i n.). Pozwalają one jednocześnie opisać założenia, które stosujący prawo karne czynią uprzednio względem analizy formalno-logicznej przepisów prawno-karnych.

7 7. Konkurencyjne paradygmaty. Każda ze wskazanych zasad wyraża **istotny paradygmat prawa karnego i sposób realizacji przez niego funkcji gwarancyjnej i ochronnej**. Jednym razem akcentuje się **konieczność maksymalizowania wolności od penalnej interwencji państwa** (w celu gwarancji istoty wolności indywidualnej i demokratycznego porządku normatywnego danego społeczeństwa). W tym też zakresie wskazuje się na prawo karne jako *ultima ratio* każdej formy polityki społecznej czy też na ograniczenia w powodach kryminalizacji i konstrukcji (wyboru) dóbr prawnych, które mogą być chronione przez prawo karne (polega ono choćby na przyznawaniu pierwszoplanowej roli zasadzie szkody, a drugoplanowej – zasadom prawnego paternalizmu i moralizmu – zob. *L. Morawski*, Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian, Warszawa 2005, s. 125 i n.). Innym razem wskazuje się na relacje między **stabilizacją porządku normatywnego i wspieraną autorytatywnie reakcją na naruszenie indywidualizowanego dobra konkretnej jednostki** (zob. *G. Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteruropäischem“ Prinzipendenken. Oder: Verabschiedung des „alteruropäischen“ Strafrechts?, 107 ZStW 1995, s. 843 i n.; *tenże*, Imputation in Criminal Law and Conditions for Norm Validity, Buffalo Criminal Law Review VII, 2004, s. 491 i n.), jak również podkreśla się racje na rzecz komunitarystycznego ujęcia normatywnego porządku demokracji, w tym również wspólnotowego ujęcia treści dóbr prawnych i komunikacji społecznej opartej na potępieniu czynu naruszającego dzielone przez członków wspólnoty normatywnej wartości (zob. *S.E. Marshal, R.A. Duff*, Criminalization and Sharing Wrongs, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 1998, Nr 1, s. 7 i n.; *R.A. Duff*, Answering Crime, Oxford 2008, s. 79 i n.). W interpretacji funkcji prawa karnego i zasad odpowiedzialności karnej, bardzo często, również w wykładni znamion poszczególnych przestępstw, konieczne jest zachowanie właściwej perspektywy i krytycznej analizy uwzględniającej wszystkie te zbiegające się perspektywy rozumienia prawa karnego.

8 8. Konieczność wyboru. Każda preferencja którejś z zasad powinna być w naszej ocenie wypowiedziana przez stosującego prawo karne i uzasadniona – prowadzi ona bowiem do istotnego ukształtowania rozumowania prawnego, niewidocznego w perspektywie czysto dogmatyczne [zob. również *M. Królikowski*, Kontekstowa teoria (dogmatyki) prawa karnego, SI 2006, Nr 46, s. 179 i n.]. Istotne znaczenie ma **zrównoważenie funkcjonowania tych paradygmatów w rozumieniu istoty prawa karnego oraz formułowaniu ocen de lege lata i ferenda**. Wspomniane zasady wprost najczęściej nie prowadzą do jednoznacznych rozstrzygnięć w zakresie wytyczenia granic kryminalizacji i stosowania prawa karnego (zob. np. sceptyczne uwagi co do

skuteczności wzorca zasady subsydiarności na gruncie niemieckiej konstytucji – *O. Lagodny*, *Strafrecht vor den Scharnek der Grundrechte*, Tübingen 1996; por. *L. Gardocki*, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 127 i n.). Stanowią jednak wyraz przyjmowanej przez doktrynę i orzecznictwo aksjologii i interpretacji istoty prawa karnego, decydującej o przyjęciu istotnych rozwiązań w zakresie przypisania sprawstwa i odpowiedzialności karnej.

B. Zasada subsydiarności (*ultima ratio*) prawa karnego

1. **Podstawa konstytucyjna. Normatywnym punktem odniesienia dla idei *ultima ratio* 9** prawa karnego w polskim systemie prawnym jest art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, wypowiadający **zasadę stosunkowości (proporcjonalności)** ustawowego ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela. Zgodnie z tym przepisem, „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. **Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw**”. Przepis ten wyraża trwałe przekonanie ustrojowe, widoczne w orzecznictwie TK jeszcze z początku lat dziewięćdziesiątych, a także nawiązanie do tradycji zaczerpniętej z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jak również do współczesnych kierunków w filozofii prawa karnego (zob. np. kompleksowe uwagi *D. Husaka*, *The Criminal Law as Last Resort*, *Oxford Journal of Legal Studies*, XXIV, 2004, s. 207 i n.; *tenże*, *Crimes outside the Court*, *Tulsa Law Review* XXXIX, 2004, s. 755 i n.; *tenże*, *Overcriminalization: The Limits of Criminal Law*, Oxford 2008, s. 55 i n.; *O. Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996). Warto przywołać uchwałę TK z 2.3.1994 r. (W 3/93, OTK 1994, Nr 1, poz. 158) – a więc jeszcze sprzed wejścia w życie aktualnej konstytucji – w której sformułowano trzy warunki dla ograniczenia wolności i praw jednostki: „Po pierwsze, ustawowe ograniczenie wolności może nastąpić tylko wówczas, gdy jest dopuszczone w sposób wyraźny w innych przepisach konstytucyjnych, bądź gdy konieczne jest wzajemne harmonizowanie wolności z innymi zasadami, normami i wartościami konstytucyjnymi [...]. Po drugie, ustawowe ograniczenia wolności [...] mogą być wprowadzane tylko w zakresie niezbędnym i traktowane być muszą w kategoriach wyjątków [...]. Po trzecie, ani poszczególne ograniczenia ustawowe, ani ich suma nie mogą naruszać istoty [konkretnej] wolności” (szerzej zob. *L. Garlicki*, [w:] *Garlicki* (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2003, t. III, uw. do art. 31; *K. Wojtyczek*, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 136 i n.; *tenże*, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, [w:] *Zoll* (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001, s. 297–314; *A. Zoll*, *Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego*, *RPEiS* 2006, Nr 2, s. 329 i n.).

2. **Analiza normatywna wzorca konstytucyjnego.** W literaturze wskazuje się, że przepis 10 art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – jako norma o charakterze ogólnym i odnoszącym się do wszystkich konstytucyjnych wolności i praw niezależnie od tego, czy w szczegółowej dziedzinie prawa wprowadzono **samoistne przesłanki ograniczania danego prawa lub wolności** – pełni funkcję reglamentacyjną i gwarancyjną. Przepisy szczególne Konstytucji RP mogą wyłączyć częściowo zakres zastosowania art. 31 ust. 3, ale i tak ogólne zasady z tego przepisu mogą znaleźć zastosowanie na zasadzie dopełnienia regulacji (zob. *L. Garlicki*, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności*, *PiP* 2001, z. 10, s. 5 i n.). **Wyliczenie** w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wartości uzasadniających ograniczenie wolności i praw jednostki **ma charakter wyczerpujący**.

3. **Proporcjonalność *sensu largo*.** Granice ustawowych ograniczeń wynikają z **zasady 11 stosunkowości (proporcjonalności *sensu largo*)**. W odniesieniu do niej można mówić o trzech kryteriach:

- 1) przydatności;
- 2) pomocniczości (subsidiarności, *ultima ratio* prawa karnego);
- 3) proporcjonalności *sensu stricto* (zob. *K. Wojtyczek*, *Granice*, s. 150 i n.), kwalifikowanej przez kontekst „państwa demokratycznego”, z obowiązkiem poszanowania istoty limitowanej wolności lub prawa (zob. *L. Garlicki*, *Konstytucja*, s. 28 i n.).

Pierwsze kryterium ma charakter **prakseologiczno-pragmatyczny** i oznacza **wartościowanie według kryteriów racjonalności instrumentalnej obranych przez ustawodawcę celów**, w szczególności ocenie tej podlega przydatność kryminalizacji danego zachowania i sankcji karnej. Drugie kryterium wiąże się z nakazem, by **spośród dostępnych ustawodawcy środków rozwiązania określonego problemu społecznego wybrać to najmniej uciążliwe dla jednostki**. W końcu, stosowanie zasady proporcjonalności w ścisłym znaczeniu wiąże się z koniecznością **uwzględnienia szerokiego kontekstu dóbr konstytucyjnych chronionych i ograniczanych przez normy penalne**, a należy unikać oceny zgodności z konstytucyjnym wzorcem zasady subsydiarności relacji, jaka zachodzi między wyizolowanym z kontekstu normatywnego dobrem i daną ingerencją prawodawczą (zob. *R. Alexy*, *Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2005; por. *P. Tuleja*, *Stosowanie Konstytucji RP*, s. 129 i n.). Oznacza to, że omawiany wzorzec może być w praktyce mniej ostry niż można byłoby się pierwotnie spodziewać. Jednocześnie zasada ta może być odczytana jedynie jako **nakaz zachowania odpowiedniej proporcji między efektem regulacji a ciężarem nakładanym na jednostkę** (zob. *K. Wojtyczek*, *Granice*, s. 136 i n.; szerszy aspekt zasady proporcjonalności jako wymogu pozytywnego – zob. *M. Królikowski*, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005, s. 67 i n.).

12 4. Zasada konieczności sankcji karnej. Akcentując przy omawianiu zasady subsydiarności prawa karnego **zasadę konieczności sankcji karnej**, literatura prawnokarna nie prezentuje zgodnego jej ujęcia. Wśród podstawowych sposobów jej rozumienia przyjmuje się, że:

- 1) zasada konieczności sankcji **nie jest związana z założeniem *ultima ratio* prawa karnego** – prawo karne jako system norm sankcjonujących, chroni bowiem nie wszystkie dobra, ale tylko te, które na poziomie norm sankcjonowanych zostaną uznane za wartościowe dla porządku prawnego, a więc dobra legitymizowane (zob. niemiecka konstrukcja *Rechtsgut* – *Th. Vormbaum*, „*Politisches*” *Strafrecht*, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 1995, s. 757 i n.);
- 2) zasada konieczności sankcji jest **jednobrzmiąca z zasadą proporcjonalności** wyznaczającą warunki dla ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela (zob. *C. Roxin*, *Strafrecht: Allgemeiner Teil I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrenchenslehre*, Berlin 1995, s. 11–30; *G. Jakobs*, *Strafrecht: Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin 1990, s. 49);
- 3) zasada konieczności sankcji jest **poходną zasad kryminalizacji**, która uzależnia tworzenie zakazu karnego od karygodności abstrakcyjnego typu zachowania, pozytywnych skutków wprowadzenia zakazu i zasady humanitaryzmu mitygującej zakres odpowiedzialności i podkreślającej prawa ofiary przestępstwa – w tym znaczeniu pokrywa się z domniemaniem *in dubio pro libertate* [takie stanowisko relacjonuje *N. Jareborg*, *Criminalization as Last Resort* (*ultima ratio*), *Ohio State Journal of Criminal Law* 2005, Nr 2, s. 521 i n.; zob. również *L. Gardocki*, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 127 i n.];
- 4) zasada konieczności sankcji karnej – w końcu – tworzy **wymóg uzasadnienia interwencji prawnokarnej**. Niekiedy mówi się w związku z tym o idei *in dubio pro libertate*, która miałaby oznaczać, że aby uniknąć niesłusznej kryminalizacji ciężar udowodnienia jej potrzeby spoczywa na ustawodawcy. W razie wątpliwości z kryminalizacji należy zrezygnować (zob. *L. Gardocki*, *Subsydiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate* – jako zasady kryminalizacji, *PiP* 1989, z. 12, s. 65). Decyzja o wprowadzeniu zakazu karnego lub zwiększeniu stopnia punitywności systemu karnego musi być postrzegana jako zabieg społeczny, poddany wymogowi dowiedzenia, że inne środki regulacji zachowań potencjalnych przestępców zmierzających do redukcji liczby naruszeń zakazów prawnokarnych nie są podobnie skuteczne lub ze względu na charakter dóbr – właściwe.

Jako warunek minimalny, należy uznać, że **zasada subsydiarności prawa karnego powinna nakładać przynajmniej na ustawodawcę obowiązek podania rzetelnego (aksjologiczno-racjonalnego) uzasadnienia dla konkretnej decyzji kryminalizacyjnej**, zaś na stosującego prawo karne obowiązek takiej realizacji zasady *nullum crimen sine lege stricta*, by w sytuacjach wątpliwych przy interpretacji podstaw odpowiedzialności karnej uwzględniać dyrektywę zawężenia zakresu zakazu. Warto jednak dodać, że założenie to nie może, co do zasady,

modyfikować kierunku dowodzenia w badaniu zgodności przepisu karnego z Konstytucją RP nadanego domniemaniem zgodności rozstrzygnięć ustawowych z Konstytucją RP (tak wyraźnie TK w wyr. P 10/06, pkt 4.5; zob. również *P. Radzewicz*, Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”, PSejm 2008, Nr 5, s. 66 i n.).

5. **Zasada *ultima ratio* prawa karnego.** Nawiązując do rozróżnienia subsydiarności tworzenia i stosowania prawa karnego, zaproponowanej przez *L. Gardockiego*, wskazuje się, że zasada subsydiarności prawa karnego powinna być rozpatrywana jako:

- 1) **zasada kryminalizacji** służąca do rozstrzygnięcia o dopuszczalności kryminalizacji określonych zachowań;
- 2) **dyrektywa** (zbiór dyrektyw) **wykładni** wynikająca z czynników (reguł), które legły u podstaw kryminalizacji (*ratio legis*). Zob. również *O. Górniok*, Znaczenie subsydiarności prawa karnego w jego interpretacji, PiP 2007, z. 5, s. 49 i n.

Dodatkowo przywołuje się rozróżnienie na **subsydiarność zewnętrzną i wewnętrzną**. W pierwszym ujęciu wyrażony zostaje zbiór warunków dla wprowadzenia ochrony penalnej w strukturze aksjologii systemu prawa. W drugim zawarto ideę stopniowania formy reakcji w ramach systemu odpowiedzialności prawnokarnej (zob. kompleksowe ujęcie – *S. Żółtek*, Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności, Warszawa 2008, *passim*).

6. **Obowiązek pozytywny.** Na tle różnorodnych ujęć można bezpiecznie przyjąć, że zasada subsydiarności prawa karnego i konieczności sankcji karnej nakazuje, aby **spośród środków skutecznych wybierać środki możliwie najmniej uciążliwe dla jednostki**. Analiza zgodności z Konstytucją RP danego rozwiązania ustawowego wymaga w związku z tym rozważenia możliwych środków alternatywnych (porównywalnych przynajmniej we wzajemnej relacji między różnymi sposobami reakcji prawnokarnej) i określenia ich skuteczności (zob. TK w wyr. z 11.10.2006 r., P 3/06, OTK-A 2006, Nr 9, poz. 121 oraz wyr. z 30.10.2006 r., P 10/06, OTK-A 2006, Nr 9, poz. 128). Zasada konieczności sankcji karnej nakazuje jej ustalenie na **możliwie niskim poziomie**, przy którym można osiągnąć cele kary w zakresie prewencyjnym, jak również, przez dopełnienie innych aspektów zasady stosunkowości, na poziomie odpowiadającym treści czynu (winy i szkody), do którego odnosi się daną sankcję karłą. W literaturze potwierdzenie znajduje stanowisko, że konstytucyjna zasada proporcjonalności nakazuje traktować jako *ultima ratio* nie tylko karę pozbawienia wolności, ale wszelkie inne rodzaje kar i środków penalnych (zob. *W. Wróbel*, [w:] *Zoll* (red.), Komentarz do Kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 2007, s. 663). W wyroku z 11.10.2006 r. (P 3/06), TK przychylając się do takiego ujęcia zasady subsydiarności prawa karnego podkreślił, że: „celowość zaostrzenia odpowiedzialności karnej [...] wymaga szczególnie wnikliwego uzasadnienia, zwłaszcza wtedy, gdy efektem stosowania instrumentów prawnokarnych może być ograniczenie innych sfer wolności wyraźnie gwarantowanych przez konstytucję”. W literaturze wskazuje się przy tym, że nie chodzi tu o domaganie się danych o charakterze empirycznym, ale o domaganie się przekonującej argumentacji wyjaśniającej powody interwencji ustawodawcy karnego (zob. *L. Gardocki*, Subsydiarność, s. 65; *M. Królikowski*, Ogólna ocena projektu nowelizacji Kodeksu karnego jego zgodności z Konstytucją, ZPBAS 2007, Nr 3, s. 89 i n.).

7. **Dyrektywa typizacyjna i interpretacyjna.** Zasada stosunkowości i jej uszczegółowienie w postaci zasady konieczności w zakresie zasad kryminalizacji tworzy dyrektywę określenia zachowań karalnych w możliwie wąski sposób. W polskiej literaturze nie rozwinięto jak dotąd szczegółowego testu dla weryfikacji konieczności regulacji prawnokarnych w odniesieniu do wolności konstytucyjnych. Propozycja metody takiej weryfikacji *ultima ratio* prawa karnego i kryminalizacji musi określić możliwe relacje proporcjonalności, jakie zachodzą między charakterem praw i wolności obywatelskich a możliwym celem ich ograniczenia (interesem publicznym), wskazanym przez art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Chodzi mianowicie o rozstrzygnięcie, **jak rodzaj i treść praw i wolności obywatelskich osłabia znaczenie interesu publicznego mogącego potencjalnie stanowić podstawę ich ograniczenia**. Innymi słowy, czy w zależności od wspomnianego rodzaju i treści praw przedmiotem badania proporcjonalności (i oceny spełnienia warunków wyznaczanych przez tę zasadę) po stronie interesu publicznego jest każdy powód o charakterze ogólnym (wówczas o proporcjonalności decyduje efektywność w realizacji interesu

publicznego), czy też powód o szczególnej wadze (wówczas o proporcjonalności decyduje zarówno efektywność w realizacji interesu publicznego, jak i jego kwalifikowany charakter). W każdym z dwóch przypadków dodatkowym punktem granicznym jest wyraźny wymóg art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, by wprowadzane ograniczenie nie naruszało istoty wolności i praw.

- 16 8. **Hierarchizacja wartości konstytucyjnych. Możliwość rozróżnienia praw i wolności konstytucyjnych na podstawie ich treści, które miałyby charakter hierarchizujący**, nie budzi wątpliwości Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku z 10.11.1998 r. (K 39/97, OTK 1998, Nr 6, poz. 99) Trybunał podkreślił, że: „istnieją materie, w których konstytucja wyznacza ustawodawcy znacznie ciaśniejsze ramy jego politycznej swobody regulowania ustawowego. [...] Odnosi się to w pierwszym rzędzie do normowania «klasycznych» (osobistych i politycznych) praw człowieka i obywatela”. W innym miejscu uzupełnił tę wypowiedź wskazując, że pozostałe prawa i wolności „mogą podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym bądź politycznym” (wyr. z 8.4.1998 r., K 10/97, OTK 1998, Nr 3, poz. 29). Prawa „klasyczne”, o których mówi TK, w doktrynie praw człowieka nazywano prawami człowieka pierwszej generacji, zaliczając do nich prawa i wolności osobiste oraz polityczne, w szczególności: prawo do życia, nietykalność osobistą, prawo oporu przeciwko bezprawnej przemocy, nienaruszalność mieszkania, tajemnicę korespondencji, prawo do przemieszczania się i wyboru miejsca zamieszkania, czynne i bierne prawo wyborcze, wolność wyrażania opinii, wolność wyznania, wolność zrzeszania się, wolność zgromadzeń i wieców. W doktrynie akceptuje się założenie, że kryteria oceny regulacji wkraczających w sferę wolności i praw gwarantowanych konstytucyjnie, w tym również odniesienie zasady proporcjonalności (stosunkowości) do charakteru interesu publicznego, może się różnić ze względu na rodzaj i treść ograniczanych praw i wolności (zob. *L. Garlicki*, Konstytucja, s. 28 i n.; *K. Działocha*, Hierarchia norm konstytucyjnych i jej rola w rozstrzyganiu kolizji norm, [w:] *Trzcziński* (red.), Charakter i struktura norm Konstytucji, Warszawa 1997, s. 78 i n.; *P. Tuleja*, Stosowanie Konstytucji w świetle zasady jej nadrzędności, Kraków 2003, s. 129 i n.). W związku z tym można przyjąć, że w odniesieniu do praw podstawowych (fundamentalnych) ograniczenie ich wykonywania przez objęcie danego zachowania zakazem karnym jest możliwe jedynie wówczas, gdy przemawia na rzecz takiego rozwiązania istotny interes publiczny. W tym wypadku konstytucyjna zasada proporcjonalności oznacza badanie proporcji między prawem–wolnością a ograniczeniem wynikającym z zakazu karnego przede wszystkim przez przywołanie istotności interesu publicznego (dobra chronionego) wskazującego na konieczność ograniczenia wolności i praw obywatelskich. W ramach tego wąskiego katalogu praw i wolności wykazanie samej skuteczności kryminalizacji, a więc realnej zmiany zachowań obywateli, i uznanie jej za pożądaną nie wyczerpuje przesłanek zasady proporcjonalności. W odniesieniu do pozostałych praw i wolności obywateli nie jest konieczne zachowanie tak ścisłego rygoru oceny dopuszczalności powodów kryminalizacji – wystarczające jest wykazanie, że objęcie zakazem karnym danego zachowania pozostaje w ścisłym merytorycznym związku z interesem publicznym (dobrem chronionym), który zamierza się za pośrednictwem takiej decyzji realizować. Oczywiście, również w tych przypadkach dodatkowym punktem ocennym jest stwierdzenie, czy ograniczenie nie narusza istoty wolności i praw.
- 17 9. **Negatywny test proporcjonalności**. Tak opisane pozytywne przesłanki kryminalizacji i zwiększania stopnia punitowności mogą być ujmowane negatywnie – **brak przekroczenia punktu granicznego wyznaczonego przez zasadę proporcjonalności przesądza na rzecz decyzji o odstąpieniu od objęcia danego zachowania zakazem karnym**. Co więcej, ze względu na normatywny kontekst państwa demokratycznego, aspekt negatywny zasady *ultima ratio* prawa karnego wydaje się punktem wyjścia dla oceny zgodności z Konstytucją RP (i wyrażoną w niej zasadą proporcjonalności) wprowadzenia lub istnienia zakazu karnego w określonej treści.
- 18 10. **Ograniczenia kryminalizacji**. Zasada subsydiarności prawa karnego jest wyrażana na poziomie ogólnej teorii prawa karnego i zasad odpowiedzialności karnej, w szczególności sposobie konstrukcji struktury przestępstwa, w różnym pod względem intensywności stopniu. **Ograniczenia w zakresie kryminalizacji w odniesieniu do zasady subsydiarności prawa karnego mogą mieć charakter zewnętrzny i wewnętrzny**. Te pierwsze, to istniejące niejako

niezależnie od prawa karnego wzorce systemowe, które nakazują postrzegać regulacje penalne w świetle istotnych dla nich ograniczeń. Taką funkcję będzie pełnił, np. art. 31 ust. 1 Konstytucji RP. Twierdzi się np. że konstytucyjna zasada stosunkowości oznacza możliwość kryminalizacji jedynie czynów typowo szkodliwych, w sensie społecznej szkodliwości (tak A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, [w:] W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska, Lublin 2005, s. 433). Te drugie, to **sposób konstruowania norm składających się na tzw. część ogólną prawa karnego**, w szczególności odnoszących się do problematyki budowy typu zabronionego i zasad indywidualnej odpowiedzialności karnej, które pośrednio wpływają na zakres zakazu karnego. W tej grupie trzeba będzie ulokować m.in. figurę społecznie akceptowanego ryzyka w obrocie dobrami, rozróżnienie norm wyznaczających bezprawność i wprowadzających karalność danego zachowania oraz ich relacji do kompetencji prawa karnego, czy funkcjonowanie figury społecznej szkodliwości czynu (zob. np. M. Dąbrowska-Kardas, O dwóch znaczeniach pojęcia społecznej szkodliwości czynu, CzPKiNP 1997, Nr 1, s. 29–30; J. Potulski, Ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu jako sposób realizacji zasady subsydiarności prawa karnego, GSP–Prz.Orz. 2005, Nr 3, s. 115 i n.). Dwa biegunowo różne ujęcia będą w tym wypadku oznaczać analizę istoty przestępstwa jako szczerkowej względem możliwego sposobu naruszenia dobra (bezprawności zachowania) decyzji o posłużeniu się zakazem karnym (zob. np. A. Zoll, „Pozaustawowe”, s. 433); albo – rozpoczynając od analizy samodzielnie wprowadzonego typu przestępstwa – zrównanie z konsekwencjami braku narażenia dobra prawnokarnie chronionego (a więc z brakiem wypełnienia znamion czynu, zob. A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, Gdańsk 2005, s. 29–30) innych okoliczności decydujących o braku racjonalności objęcia danej sytuacji efektywnym zakazem karnym, w tym zawężonego rozumienia przepisu karnego będącego efektem uwzględnienia zasady subsydiarności prawa karnego (por. L. Gardocki, Pozaustawowe źródła znaczenia przepisu karnego, [w:] W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska, Lublin 2005, s. 123–129).

11. **Wtórność regulacji karnej.** W literaturze wskazuje się, że oprócz rozwinięcia ogólnej 19 teorii subsydiarności prawa karnego konieczne jest uwzględnienie tej zasady w konkretyzowanych względem danego typu przestępstwa zasadach przypisania sprawstwa (np. rozwój teorii obiektywnego przypisania skutku opartego o kategorię zwiększenia ryzyka w przypadku przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji lub wynikających z naruszenia sztuki lekarskiej). W szczegółowych specjalizacjach prawnokarnych, takich jak prawo karne gospodarcze, wyraźnie akcentuje się szczególną relację między typem przestępstwa a regulowaną materią przez sformułowanie **zasady wtórności** danej części **prawa karnego**. Zasada ta wskazuje na **zależność funkcjonalną pomiędzy regulacją odpowiedzialności karnej a regulacją pierwotną**, która wyraża się w traktowaniu naruszenia norm pierwotnych jako podstawowej przesłanki dla powstania odpowiedzialności karnej (zob. szeroko S. Żółtek, Prawo karne gospodarcze, s. 163 i n.). Skoro chronione stosunki społeczne są wyznaczane przez istniejące normy prawne (dozwalające i regulujące), to każda norma prawa karnego z nimi niezgodna powodować będzie dysfunkcję przepisów karnych, a w konsekwencji wyznaczy granicę kryminalizacji w konkretnym przypadku. Zakres normowania wynikający z przepisu karnego może być więc w istocie węższy lub wręcz nieistniejący niż wynikałoby to z jego literalnego brzmienia (tak S. Żółtek, Prawo karne gospodarcze, s. 306 i n.; R. Zawłocki, Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze, Warszawa 2004, s. 321), zwłaszcza w przypadku, w którym bezprawność karna zostanie wyłączona przez normę dozwalającą.

C. Zasada ochrony dóbr (wartości konstytucyjnych)

1. **Regulacje karne jako forma obowiązku pozytywnego.** Zasada subsydiarności nie 20 oznacza, że ustawodawcy pozostawiona jest pełna swoboda w wyborze środków służących ochronie wartości konstytucyjnych. W literaturze słusznie zwraca się uwagę, że **niekiedy aksjologia konstytucyjna zakłada wręcz stosowanie środków penalnych** (np. art. 43 Konstytucji RP, mówiący o nieprzedawnianiu się pewnych kategorii przestępstw), a pośrednio przez akcentowanie znaczenia pewnych kategorii wartości (życie czy własność) (zob. W. Odrowąż-Syp-

niewski, O zgodności z konstytucją postulatu wykreślenia z polskiego prawodawstwa przepisów o „przestrzeganiu wartości chrześcijańskich” i „obrażaniu uczuć religijnych”, ZPBAS 2006, Nr 3, s. 11 i n.). *L. Gardocki* zwraca nawet wprost uwagę na granice możliwości zastosowania zasady subsydiarności w przypadku tych czynów, które budzą silną, społeczną potrzebę odpłaty i napiętnowania sprawcy (zob. *tenże*, Subsydiarność prawa karnego, s. 65; zob. również *S. Zóltek*, Prawo karne gospodarcze, s. 94 i n., który z zasady subsydiarności wyprowadza więzkę **obowiązków pozytywnych**, tj. zakładających konieczność ochrony danego dobra, i negatywnych, tj. ograniczających możliwość lub intensywność takiej ochrony). W tym zakresie akcentuje się także w literaturze, że to prawo karne jest właściwym medium do nadania prawnej postaci i racjonalizowania w strukturze prawnej tej potrzeby ukarania (tak *M. Królikowski*, Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych, Warszawa 2005, s. 15 i n.). W dogmatyce prawnokarnej omawiana zasada została wyrażona w konstrukcji przedmiotu ochrony (zob. *J. Giezek*, Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego, AUW PPIA, Wrocław 2002, s. 113 i n.; *W. Cieślak*, Niektóre zagadnienia przedmiotu karnoprawnej ochrony, PiP 1993, z. 11, s. 63 i n.; *R. Zawłocki*, Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym, Warszawa 2007, s. 110 i n.; na temat historii pojęcia dobra prawnego zob. *I. Andrejew*, Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie, Warszawa 1988, s. 107 i n.).

- 21** 2. **Nakaz ochrony dóbr konstytucyjnych. Przeciwwagą dla zasady konieczności sankcji karnych i zasady stosunkowości (proporcjonalności)** w ograniczaniu wolności jednostki jest **pozytywna funkcja sprawiedliwościowej teorii proporcjonalności, której towarzyszy nakaz zapewnienia dostatecznej ochrony dóbr konstytucyjnych** (tak *K. Wojtyczek*, Zasada proporcjonalności, s. 297 i n.; *M. Królikowski*, Sprawiedliwość karania, s. 27 i n.). Nakaz zapewnienia dostatecznej ochrony dóbr konstytucyjnych odnosi się zarówno do dóbr jednostkowych, jak i dóbr ogólnospołecznych, jakkolwiek w przypadku tych ostatnich należy pozostawić prawodawcy o wiele większą swobodę (tak *K. Wojtyczek*, Zasada, s. 45–69). Co więcej, zaniechanie ustanowienia odpowiedniej ochrony praw człowieka lub innych interesów jednostki można uznać za **szczególną formę ingerencji w dane prawo lub interes**. W tym zakresie, minimalny poziom ochrony dobra wyznacza zasada dostatecznej ochrony dóbr konstytucyjnych, która nakazuje rozważyć, czy zakres ochrony odpowiada rodzajowi i wadze danego dobra. Jest to przesłanka, która umożliwia ustawodawcy – oczywiście w reżimie argumentacyjnym właściwym dla zasady konieczności – podjęcie decyzji o zakresie i poziomie stopnia punitywności systemu karnego.
- 22** 3. **Uzasadnienie**. Założenie o potrzebie ochrony pewnych dóbr za pomocą prawa karnego jest różnorodnie uzasadniane w literaturze. Do najważniejszych, zresztą uzupełniających się kierunków należą:
- 1) **teoria mówiąca o potwierdzeniu ważności i obowiązywania społecznych norm postępowania przez penalizację i sankcję karną** (tak *G. Jakobs*, Imputation in Criminal Law and Conditions for Norm Validity, Buffalo Criminal Law Review VII, 2004, Nr 2, s. 491 i n.; *J. Kochanowski*, Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej, Warszawa 1985, s. 7). W tym ujęciu akcentuje się dwu wektorowość funkcji sprawiedliwości karnej, która zwracając się ku przeszłości potwierdza fakt naruszenia dóbr chronionych prawnie, aktualność tej ochrony i znaczenie naruszonych dóbr, a jednocześnie oddziałuje prewencyjnie, przyczyniając się do stabilizacji porządku normatywnego;
 - 2) **teoria dokonująca komunitarystycznej interpretacji dóbr prawnych**, zarówno społecznych i jednostkowych, i wywodząca z niej **obowiązek autorytatywnego udziału państwa w komunikacji społecznej dotyczącej potępienia danego zachowania** (tak *Ch. Taylor*, Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate, [w:] *Rosenblum* (ed.), Liberalism and Moral Life, Cambridge 1989, s. 159–160; *R.A. Duff*, Punishment, Communication and Community, Oxford 2001, s. 88 i n.; *M. Królikowski*, Sprawiedliwość karania, s. 89 i n.). W tym ujęciu akcentuje się prawo wspólnoty normatywnej do zdefiniowania jednostkowego dobra jako wspólnotowego, a w związku z tym obowiązek reakcji na naruszenie lub zagrożenie wartości postrzeganych jako istotnie publicznie.
- 23** 4. **Teoria obowiązków pozytywnych**. Z pewnością, omawiana zasada wiąże się z **konstrukcją obowiązków pozytywnych państwa wynikających z istoty wolności i praw człowieka**

i obywatela. W orzecznictwie ETPC wskazuje się, że ich treść powinna być wyznaczona przez słuszone zrównoważenie (*fair balance*) ogólnego interesu publicznego i interesów jednostkowych, dokonane na podstawie czytelnego wyboru priorytetów wobec istniejących możliwości działania państwa. W szczególności, nie mogą one prowadzić do **nałożenia niemożliwych do wykonania lub nieproporcjonalnych obowiązków** (zob. *Ila'cu and others v. Moldova and Russia*, App. 48787/99, wyr. z 8.7.2004 r.; por. *A. Mowbray*, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004, *passim*). W odniesieniu do szczegółowej aplikacji konkretnego prawa człowieka można wskazać na dwuwymiarowość pozytywnego obowiązku państwa (zob. *Jacobs and White*, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 2006, s. 243). Mianowicie:

- 1) w pierwszej kolejności należy zagwarantować poszanowanie istoty danego prawa (co oznacza więcej niż tylko powstrzymanie się od jego naruszenia przez działanie władzy publicznej);
- 2) w drugiej zaś kolejności pojawia się obowiązek państwa do ochrony jednostki przed ingerencją w jej kompleks uprawnień pochodzący od innych osób.

W tej perspektywie należy odczytać stwierdzenia ETPC, który niejednokrotnie podkreślał, że w skład zespołu obowiązków pozytywnych państwa wynikających z istoty danego prawa człowieka wchodzi **zapewnienie jednoznaczne odnośnie do treści zakazu, a jednocześnie efektywnego ustawodawstwa karnego**. Dotyczy to w szczególności przypadków najpoważniejszych deprawacji godności człowieka lub wartości fundamentalnych, naruszających m.in. zakaz tortur, nieludzkiego traktowania, niewolnictwa lub innego rodzaju naruszenia praw człowieka w przypadku, gdy pokrzywdzonym, ze względu na cechy osobowościowe, wiek lub konkretną sytuację, była osoba szczególnie wrażliwa na krzywdę (zob. zwłaszcza *X and Y v. the Netherlands*, wyr. z 26.3.1985 r.; *MC v. Bulgaria*, App. 39272/98, wyr. z 4.12.2003 r.; *Siliadin v. France*, App. 73316/01, wyr. z 26.7.2005 r.). W przypadku pewnej grupy kategorii czynów, które można opisać jako jaskrawe przypadki naruszenia godności człowieka w doktrynie i orzecznictwie praw człowieka przyjmuje się zaostrożone standardy i bardziej wyrazistą stanowczość w stwierdzeniu i publicznym potępieniu przypadków pogwałcenia wartości fundamentalnych dla społeczeństw demokratycznych (zob. zwłaszcza *Selmouni v. France*, App. 25803/94, wyr. z 28.7.1999 r., pkt 101; por. *M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izdorczyk*, *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 38 i n.; *Ch. McCrudden*, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, *European Journal of International Law* 2008, Nr 4, s. 655–724).

5. Zasada ochrony godności człowieka. Kluczową rolę w wyznaczeniu podstawy zasady 24 ochrony wartości konstytucyjnych (dóbr prawnych), w pewnych relacjach równoważącą zastosowanie konstrukcji *in dubio pro libertate* w perspektywie kryminalizacji i stosowania prawa karnego spełnia **zasada ochrony godności człowieka**, wyrażona w art. 30 Konstytucji RP, oraz nawiązująca do niej **figura in dubio pro dignitate** [zob. *J. Zajadło*, *Godność i prawa człowieka (ideowe i normatywne źródła przepisu art. 30 Konstytucji)*, GSP 1998, Nr 3, s. 62; por. *M. Piechowiak*, *Godność jako fundament powinności prawa wobec człowieka*, [w:] *Morciniec, Studniczenko* (red.), *Urzeczywistnianie praw człowieka w XXI wieku*, Opole 2004, s. 33 i n.; por. *E. Claes*, *Criminal Justice, Legality and Human Dignity*, [w:] *E. Claes, R. Foqué, T. Peters* (ed.), *Punishment, Restorative Justice and the Morality of Law*, Intersentia 2005, s. 17 i n.; *E. Claes, M. Królikowski*, *Criminalization, Plurality, and Constitutional Democracy*, [w:] *Democratic Criminal Justice*, Warszawa 2006, s. 61–78; *Ch. McCrudden*, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, *European Journal of International Law* 2008, Nr 4, s. 655–724]. W wyroku P 10/06, TK uznał, że: „w świetle art. 30 Konstytucji **wykluczone jest także zniesienie lub ograniczenie poszczególnych wolności i praw, które prowadziłoby do naruszenia godności człowieka** [...]. W tych warunkach należy uznać, że im silniejszy jest związek danego prawa albo wolności z istotą godności człowieka, tym lepiej (skuteczniej) winno być ono chronione przez władze publiczne”. Trybunał wskazał przy tym, że istota publicznego charakteru czynu polegającego na naruszeniu indywidualnej wiązki praw i wolności, czy też wprost godności człowieka, wynika z powiązania art. 30 (zasada ochrony godności człowieka) z art. 1 (zasada dobra wspólnego) Konstytucji RP (por. TK w wyr.: z 28.5.1996 r., K 26/96, OTK 1997, Nr 2, poz. 19; K 44/07; z 5.3.2003 r., K 7/01, OTK-A 2003, Nr 3, poz. 19;

z 15.11.2002 r., SK 6/02, OTK 2002, Nr 5, poz. 65; z 12.12.2005 r., K 32/04, Dz.U. Nr 250, poz. 2116; z 30.3.2004 r., K 14/03, OTK-A 2004, Nr 1, poz. 1). Zob. również *M. Piechowiak*, Filozoficzne podstawy rozumienia dobra wspólnego, KF 2003, t. 31, Nr 2, s. 15; *W. Sokolewicz*, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2007, t. V, uw. do art. 1.

25 6. **Ujęcie optymalizujące.** Punktem wyjścia dla interpretacji postanowień prawa karnego pozostają ogólne rozstrzygnięcia o tym, co jest dobrem lub interesem chronionym prawnie, jakie wartości należy uwzględnić przy rozwiązywaniu sytuacji kolizyjnych, w końcu – w jakim porządku należy je rozpatrywać, tak aby rozumowanie oddawało założenia aksjologiczne leżące u podstaw systemu prawnego. Wskazana formuła przesądzania na rzecz dostrzeżenia i ochrony godności człowieka wyraża **nakaz możliwie pełnego zrealizowania ochrony podstawowego dla systemu prawnego dobra, jakim jest godność człowieka** i jej przejawy w konkretnych prawach i wolnościach, w konkretnej sytuacji faktycznej, w której w konkurencji pozostają różne dobra i interesy. Optymalne z punktu widzenia sposobów rozwiązywania kolizji między zasadami ukształtowanie konkretnej sytuacji prawnej – zarówno na poziomie tworzenia przepisów, jak i ich interpretacji – polega na ograniczeniu pewnych praw i wolności przy zastosowaniu zasady konieczności (a więc tych, które ze względu na niższą pozycję w hierarchii podyktowanej przez leżącą u podstaw porządku prawnego aksjologię) i stosunkowości (a więc proporcjonalnie do interesu publicznego i potrzeb dobra wspólnego – odnośnie do obu zasad zob. art. 1 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Te ograniczenie powinno zostać poddane rygorom zasady równości i niekiedy normom proceduralnym, stojącym na straży uwzględnienia istotnego kontekstu wartościowania dóbr konstytucyjnych. W żadnym jednak razie **nie może prowadzić do naruszenia wyraźnych zakazów konstytucyjnych, takich jak nienaruszalność godności człowieka, zakaz tortur lub innego nieludzkiego traktowania**. Stanowisko takie znalazło również potwierdzenie w orzecznictwie TK. W wyroku z 26.5.2008 r. (SK 25/07, Dz.U. Nr 96, poz. 620) Trybunał przyjął, że zasada proporcjonalności, wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP nie znajduje zastosowania jako wzorzec kontroli i podstawa usprawiedliwienia naruszenia norm chroniących godność człowieka, zwłaszcza gdy Konstytucja RP w sposób wyraźny uznaje dane prawo czy wolność za nienaruszalną (zob. art. 30 Konstytucji RP), lub gdy nienaruszalność danego prawa czy wolności wynika z umów międzynarodowych (zob. art. 40 zd. 1 Konstytucji RP), lub gdy dane prawo (i odpowiednio jego naruszenie) pozostaje w ścisłym związku z nienaruszalnością tych wartości podstawowych (zob. art. 41 ust. 4 Konstytucji RP). Por. warstwę uzasadnienia wyr. TK z 5.3.2001 r., K 7/01, OTK-A 2003, Nr 3, poz. 19.

26 7. **Dyrektywa wykładni przyjaznej prawom człowieka.** Uściślenie normatywnej treści konstytucyjnej zasady godności człowieka – możliwe przede wszystkim od strony negatywnej, tj. przez wskazanie sytuacji, w których z pewnością doszło do deprawacji przyrodzonego i niezbywalnego statusu podmiotowego człowieka – pozwala na sprecyzowanie prawnokarnych zakazów koniecznych dla jej realizacji. W literaturze prezentowane są przy tym dwa ujęcia zasady ochrony godności, nadając jej **przedmiotowy charakter** lub postrzegając ją jako **podstawę dla sformułowania publicznego prawa podmiotowego**. Nawet jednak przy pierwszym, bardziej skromnym ujęciu, uzasadnione jest odwołanie się do godności człowieka dla uzasadnienia norm zakazujących jej naruszenia i ich interpretacji (szerzej *P. Tuleja*, Stosowanie Konstytucji RP w świetle jej zasady nadrzędności, Kraków 2003, s. 108 i n.). Zasada ochrony godności wpływa również na kształt **dyrektywy wykładni przyjaznej prawom człowieka**, korygując możliwe, nadmiernie indywidualistyczne sposoby rozumienia uprawnień jednostkowych.

D. Zasada wykładni otwartej na interes pokrzywdzonego

27 1. **Sprawiedliwość zasad a sprawiedliwość konkretna.** Apriorycznie przyjęte twierdzenie, jakoby przestępstwo musiało być ukarane opiera się na założeniu, że odpowiedzialność z tytułu wyrządzonej szkody jest ukierunkowana na **potwierdzenie godności sprawcy i przywrócenie możliwości jego dalszego udziału we wspólnocie normatywnej**. Tak zbudowany system sprawiedliwości karnej jest formą sprawiedliwości nakładanej ogólnie, związanej ze sprawiedliwością zasad, a nie praktycznie odczuwaną sprawiedliwością społeczną. Opiera się na wdrażanej idei rządów prawa w sposób oderwany od społecznego kontekstu możliwych rozwiązań problemu.

2. **Uwzględnienie interesu pokrzywdzonego.** Współczesna literatura karnistyczna coraz częściej akcentuje rolę pokrzywdzonego, która – jej zdaniem – powinna być w pełniejszy sposób rozpoznana w ogólnej definicji przestępstwa, istoty odpowiedzialności karnej i interpretacji poszczególnych znamion przestępstw. Kierunek ten bywa określany jako **wykładnia otwarta na interes pokrzywdzonego** (propozycja pochodzi od *B. Schünemann*, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, s. 193 i n. (cz. 1), s. 439 i n. (cz. 2); *tenże*, The Role of the Victim within the Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept, Buffalo Criminal Law Review III, 1999, Nr 1, s. 33 i n.; *tenże*, The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-based Jurisprudence as a Bridge between the General and Special parts of the Criminal Code, Buffalo Criminal Law Review VII, 2004, Nr 2, s. 551 i n.). Można wskazać na konstytucyjne umocowanie tego rodzaju argumentacji. Taką funkcję odegra horyzontalne odniesienie wolności i praw człowieka i obywatela i zasada ochrony godności człowieka (por. *K. Wojtyczek*, Zasada proporcjonalności, s. 297 i n.).

3. **Zakres stosowania. Wspomniany kierunek odnosi się zarówno do ogólnej teorii zasad przypisania odpowiedzialności karnej, jak również wykładni znamion poszczególnych typów.** Do pierwszej grupy przypadków należy zaliczyć sytuacje, w których to argument z ochrony pokrzywdzonego i wyrażenia w systemie prawnym jego bezpośrednich interesów rozstrzyga np. o zamknięciu katalogu okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną (zob. *A. Zoll*, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, [w:] W kręgu teorii i praktyki prawa, Lublin 2005, s. 425 i n.; *W. Wróbel*, [w:] *Majewski* (red.), Okoliczności wyłączające bezprawność czynu, Toruń 2008, s. 94 i n.). Do drugiej grupy przypadków należy, dokonywane przy wykładni znamion poszczególnych przestępstw, funkcjonalne **uwzględnienie interesu pokrzywdzonego jako pozaustawowego źródła wyznaczającego treść zakazu, modyfikując odpowiednio treść dobra chronionego danym typem** (zob. *B. Schünemann*, Zur Stellung, s. 439 i n.; *tenże*, The System of Criminal Wrongs, s. 551 i n.). Interesujący jest na tym tle spór dotyczący ujęcia **zgody pokrzywdzonego** w strukturze przestępstwa. Stosownie do propozycji sformułowanej w doktrynie niemieckiej chodzi tu o rozróżnienie między figurą wyłączenia istoty czynu a figurą wyłączenia bezprawności. Wskazuje się, że wówczas, gdy chronione dobro prawne ujmuje się bardziej indywidualistycznie, uważa się je za związane z wolą pokrzywdzonego i w efekcie podstawową wartością, która podlega ochronie, jest wolność dysponowania wartościami przez jednostkę. Jeśli dysponent wyraża zgodę na jego ograniczenie, to nie dochodzi w ogóle do jego naruszenia, a istota czynu zostaje wyłączona (zob. *C. Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, Monachium 2006, s. 545 i n.). Drugie ujęcie wskazuje na to, że w przypadku bardziej wspólnotowego ujęcia dóbr lub w przypadku wybranych dóbr prawnych, wobec których to podejście nie może być skutecznie kwestionowane, wola jednostki by zrezygnować z ochrony przed pewną postacią naruszenia dobra nie wyłącza interesu wspólnoty, w związku z czym interes społeczny będzie źródłem legitymacji ochrony prawnokarnej (tak *H.H. Jescheck*, *T. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Berlin 1996, s. 257 i n.). W tym wypadku, przy obiektywizacji chronionego dobra – sytuacji kolizyjne będzie trzeba rozpatrzyć w sposób właściwy dla okoliczności wyłączających bezprawność (szerzej na ten temat zob. *Z. Jędrzejewski*, Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa, Prok. i Pr. 2008, Nr 5, poz. 36 i n.; por. *A. Zoll*, Okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną. Zagadnienia ogólne, Warszawa 1982, s. 93 i n.).

4. **Sprawiedliwość naprawcza.** Istotnym elementem argumentacyjnym towarzyszącym uwzględnianiu roli pokrzywdzonego w konstrukcji systemu karnego jest kwestionowana legitymacja współczesnych procedur sądowych i argumentacji prawniczych towarzyszących formalnym rozstrzygnięciom (kierunek ten określany jest mianem **sprawiedliwości restytutywnej lub naprawczej**). W konsekwencji, zdaniem niektórych rozrasta się rozdźwięk pomiędzy tym, czego wymaga satysfakcjonujące rozwiązanie konkretnego konfliktu, a tym co funkcjonuje w danym systemie jako reguły prawne. W tym kontekście, atuty postępowania naprawczego, w istotny sposób odformalizowanego, zorientowanego na odpowiedzialne uczestnictwo i satysfakcję wypracowanego rozwiązania dla stron, otwartego na argumentację związaną z ich rzeczywistymi poglądami – wydają się być nie do przecenienia (zob. *W. Zalewski*, Sprawiedliwość naprawcza, Gdańsk 2006, *passim*; por. *M. Królikowski*, Sprawiedliwość retributywna wobec sprawiedliwości

naprawczej, Ius et Lex 2006, Nr 1, s. 107 i n.). Zgodę – a nawet zachętę – na tego rodzaju przeobrażenie pojmowania sensu odpowiedzialności karnej i rozumienia podstawowych dla niej pojęć zawarto w reprezentatywnej dla dość szerokiego środowiska naukowego prawa karnego rekomendacji uczestników konferencji pt. „Zapobieganie i zwalczanie przestępczości w Polsce przy zastosowaniu probacyjnych środków karania”, która odbyła się 1–3.12.2003 r. w Popowie (publikacja materiałów pod tą samą nazwą przez Senat RP w 2004 r.), a następnie uchwale Senatu RP z 3.6.2004 r. w sprawie polityki karnej w Polsce. Jest to **wyraz dynamiki pojmowania odpowiedzialności karnej**, która tylko wówczas nie deprecjonuje sprawiedliwości i nie pomniejsza znaczenia porządku na niej budowanego, jeżeli wskazuje w innym aspekcie – niż typowo rozumiana odpowiedzialność karna – na tę samą potrzebę ukierunkowania na dobro człowieka, która warunkuje wymiar sprawiedliwości – zarówno w odniesieniu do ofiary, sprawcy przestępstwa, jak też wszystkich, których jego skutki dotyczą, choćby tylko na płaszczyźnie normatywnej (zob. *E. Claes, R. Foqué, T. Peters* (ed.), *Punishment, Restorative Justice and the Morality of Law*, Intersentia 2005, s. 77 i n.; *R.A. Duff*, *Punishment, Communication and Community*, Oxford 2001, s. 30 i n.; *L. Walgrave*, *Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain*, [w:] *von Hirsch, Roberst, Bottoms* (ed.), *Restorative Justice and Criminal Law: Competing or Reconcilable Paradigm*, Oxford 2003, s. 61–79).

- 31 5. **Umorzenie restytucyjne**. Należy zwrócić uwagę, że ewidentnym przykładem wpływu konstrukcji zmierzających do uwzględnienia interesu pokrzywdzonego w polskiej Kodyfikacji karnej jest nowowprowadzony art. 59a, przewidujący tzw. **umorzenie restytucyjne**, zgodnie z którym możliwe jest umorzenie postępowania karnego w przypadku, gdy sprawca nie tylko pojedna się z pokrzywdzonym, ale również naprawi szkodę wyrządzoną przestępstwem lub zadośćuczyni wyrządzonej krzywdzie. Decydującą rolę odgrywać ma wola samego pokrzywdzonego. Od jego zgody zależy bowiem będzie, czy prokurator w postępowaniu przygotowawczym, a następnie sąd (do momentu rozpoczęcia przewodu sądowego) – wyda decyzję umarzającą postępowanie. Sprawca i pokrzywdzony mogą osiągnąć porozumienie także w wyniku **mediacji**, choć jej przeprowadzenie ma nie być warunkiem koniecznym do zastosowania projektowanej instytucji. Należy zauważyć, że przynajmniej teoretycznie, wprowadzenie możliwości umorzenia postępowania karnego za zgodą pokrzywdzonego w przypadku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia krzywdzie spowoduje istotną zmianę roli pokrzywdzonego w postępowaniu karnym na rzecz większej jego podmiotowości. Ustawodawca liczy przy tym na to, że z procesu karnego w szybszy sposób będą eliminowane sprawy, których sam pokrzywdzony nie jest zainteresowany już prowadzeniem, przede wszystkim ze względu na zakończenie sporu, a do uczestniczenia w których byłby jednak zobowiązany bez wprowadzenia tej instytucji (zob. szerzej. *M. Królikowski*, *Wokół umorzenia restytucyjnego*, [w:] *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej*. Księga jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego, red. *A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska*, Warszawa 2013, s. 69 i n.). Podobnie instytucję tę rozumie *W. Wróbel*, nadając jej postać **zgody następczej oraz rezygnacji przez dysponenta dobrem prawnym z ochrony prawnokarnej**. Argumentuje on na rzecz tego, by traktować zgodę następczą dysponenta dobra (na jego naruszenie) w identyczny sposób jak zgodę uprzednią – przynajmniej w ujęciu prakseologicznym – i wiązać z nią zanegowanie sensu karania. Zwłaszcza, jeżeli rolę kary kryminalnej pojmujemy w sposób zsubiektywizowany do postaci rozwiązywania konfliktu pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym. W tym też sensie zgoda następcza dysponenta dobrem powinna w ocenie tego Autora stanowić negatywną przesłankę stosowania sankcji karnej, a nawet więcej – w sposób samoistny wyłączyć możliwość wszczęcia postępowania karnego. Da się to wszakże pojęciowo obronić dopiero wówczas, jeżeli **zgoda następcza będzie rozumiana nie jako afirmacja naruszenia dóbr prawnych dokonana przez ich dzierżyciela**, co raczej akceptacja tego – dokonanego już – stanu rzeczy. Może ona wystąpić ze względu na chęć osiągnięcia przez pokrzywdzonego jakiegoś celu, ot choćby uzyskania pełnego i realnego naprawienia szkody, za cenę braku odpowiedzialności karnej sprawcy czynu bezprawnego (szerzej *W. Wróbel*, *Znaczenie zgody następczej oraz rezygnacji przez dysponenta dóbr prawnych z ochrony prawnokarnej w perspektywie zasady ultima ratio prawa karnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne*. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, Warszawa 2012, s. 751 i n.).

- 32 6. **Wątpliwości**. W zakresie tej propozycji alternatywy wobec tradycyjnego wymiaru sprawiedliwości karnej brak jest **jasno sprecyzowanych, czy wręcz czytelnie określonych**

celów. Mowa jest bowiem najczęściej o przywróceniu utraconego statusu pokrzywdzonego, rozpoznanie przez sprawcę wyrządzonego zła, uzdrowieniu konfliktowej sytuacji między ofiarą a sprawcą szkody, naprawieniu nadwyręzonego poczucia zaufania w społeczności, zabezpieczeniu społeczności przed dalszym postępowaniem szkodliwym, w końcu – o obniżeniu poczucia zagrożenia przestępczością. Nie tylko wielość wskazanych zadań, przed którymi staje postępowanie naprawcze, stanowi problem. Trudności wynikają zasadniczo z niejednoznaczności ich sformułowania, w związku z czym nie jest do końca jasne, co i w jaki sposób może być naprawiane. Tymczasem, to co nas interesuje przy zagadnieniu sprawiedliwości karnej, to m.in. krzywda wyrządzona pokrzywdzonemu i wspólnocie – czyli szkoda istotowo związana z przestępstwem, w tym również jej wymiar ocenny. Ostatecznie, również w świetle ostatnich uwag, niezwykle problematyczne okazują się kryteria ewaluacji postępowania naprawczego. Podobnie jak w przypadku zagadnienia celów tego postępowania, i tu mamy do czynienia z dość różnorodnym zbiorem proponowanych odniesień do oceny jego sukcesu. Wśród nich wybija się na pierwszy plan wspomniana już **kategoria rozwiązania satysfakcjonującego strony.** Powstaje przy tym pytanie, czy mówiąc o sprawiedliwości naprawczej, operujemy pojęciem o charakterze proceduralnym, czy materialnym. Można bowiem podkreślić, że już samo zagwarantowanie odpowiedniej procedury zbiorowego rozwiązywania konfliktu przez wszystkie jego strony wyczerpuje to pojęcie, czyni zadość wymogom sprawiedliwości. Innymi słowy, nie jest ważny wynik i jego stosunek do jakichkolwiek istniejących norm i wartości, jeżeli strony uznają wypracowane rozwiązanie za satysfakcjonujące, tj. czyniące zadość temu, co ich zdaniem powinno być konsekwencją wyrządzonej szkody. Niektórzy teoretycy koncentrują się jednak przede wszystkim na **wyniku postępowania naprawczego** i jeśli poddają ją ocenie aksjologicznej, to mówią o naprawianiu pewnych relacji społecznych (przywróceniu utraconej własności, poczuciu bezpieczeństwa itp.) lub ugruntowywaniu wartości (godności, procedur demokratycznych itp.). Nie można jednak zgodzić się na to, że system sprawiedliwości (naprawczej) w zakresie reagowania na wydarzenia krzywdzące jednostkę pomija jakiegokolwiek abstrakcyjne normy, zwłaszcza te o charakterze gwarancyjnym, których znaczenie wydaje się być tym bardziej istotne, że proces naprawczy jest istotnie odformalizowany i poddany dyskrejonalnej władzy stron i sędziego. Mianem sprawiedliwości naprawczej można określić jedynie takie systemy myśli lub postępowania, które przykładają przynajmniej równą wagę do każdego z dwóch członów tej nazwy, jeśli nawet nie większą do pojęcia sprawiedliwości. Właściwą definicją byłoby wówczas stwierdzenie, że **sprawiedliwość naprawcza jest „formą działania zorientowanego zasadniczo na wprowadzenie sprawiedliwości przez naprawienie szkody spowodowanej przez przestępstwo”.** Wcześniej omówione sposoby definiowania sprawiedliwości naprawczej, w świetle podniesionych zastrzeżeń, nadają się jedynie jako opis „postępowania naprawczego” lub „rozwiązania wypracowanego w ramach postępowania naprawczego”, które to pojęcie nie rości sobie pretensji do miana odmiany pojęcia sprawiedliwości.

II. Zasady odpowiedzialności karnej

A. Modele zasad odpowiedzialności karnej

a. Modele ukształtowania zasad odpowiedzialności karnej

1. **Dwa wyobrażenia o odpowiedzialności.** Istnieją dwa sposoby pojmowania odpowiedzialności karnej, a co za tym idzie – jej zasad i systemu. „O pierwszym można powiedzieć, że jest **spojrzeniem na odpowiedzialność poprzez pryzmat naszego aktualnego o niej wyobrażenia,** czyli ukształtowanego historycznie archetypu odpowiedzialności, który [...] wydaje się nam «sam przez się zrozumiały», «zgodny ze zdrowym rozsądkiem i istotą odpowiedzialności»”. Jest to podejście aprioryczne, bowiem zakładając w domyśle pewien model odpowiedzialności, zajmuje się właściwymi dla niego zasadami i zawartymi w nim implikacjami. Jednym z podstawowych zastrzeżeń, które można postawić przeciwko takiemu podejściu do rozumienia istoty zagadnień prawnokarnych jest spostrzeżenie, że „skoro współczesne nam wyobrażenie o odpowiedzialności jest tym «jedynym», «właściwym» jej pojmowaniem, to tym samym stanowi ono «konieczny punkt ostateczny», poza którym odpowiedzialność nie będzie ulegała dalszym przekształceniom i rozwojowi”. Drugi sposób widzenia odpowiedzialności „przeciwstawia się