

Podnoszone w opracowaniu uwagi krytyczne przekonują, że nie ustrzeżono się jednak kilku błędów (m.in. brak precyzyjnego określenia *instrumenta sceleris*; utrzymanie generalnej klauzuli przepadku przedmiotów, co do których wydano zakaz ich wytwarzania, posiadania, obrotu lub przewozu; możliwość orzeczenia jako świadczenia zastępczego nawiązki na rzecz Skarbu Państwa).

Biorąc jednak pod uwagę wszystkie wady i zalety przyjętej w nowym Kodeksie karnym regulacji, należy stwierdzić, że jest ona niewątpliwie o wiele doskonalsza od dotychczasowej i lepiej odpowiada funkcjom, jakie winna spełniać instytucja przepadku przedmiotów.

ANDRZEJ ZOLL

## NOWA KODYFIKACJA KARNA W ŚWIETLE KONSTYTUCJI\*

Przed rokiem miałem okazję do zabrania głosu na temat zasad prawa karnego w projekcie Konstytucji.<sup>1</sup> Dzisiaj zarówno obowiązuje już Konstytucja i w najbliższym czasie ma wejść w życie nowa kodyfikacja karna.<sup>2</sup> Zachodzi więc znowu potrzeba zbadania, do jakiego stopnia z jednej strony Konstytucja zabezpiecza podstawowe wolności i prawa w zakresie pozostawianym ingerencji prawa karnego i to z punktu widzenia ochrony wartości atakowanych przez sprawcę przestępstwa, jak i wartości obywateli, które mogą być zagrożone przez państwo, z drugiej strony potrzebne jest sprawdzenie, czy uchwalone nowe kodyfikacje są zgodne z Konstytucją. Z uwagi na moje zainteresowania i ograniczone kompetencje merytoryczne będę się koncentrował na zagadnieniach prawa karnego materialnego.

Punkt wyjścia dla analizy kodyfikacji karnej w świetle Konstytucji stwarza określenie w Konstytucji hierarchii źródeł prawa i wyznaczenie pierwszeństwa Konstytucji nad wszystkimi innymi normami prawnymi. Dla prawa karnego istotne jest także wyznaczenie przez Konstytucję w tej hierarchii ratyfikowanym za zgodą parlamentu umowom międzynarodowym miejsca przed ustawami. W razie sprzeczności ustawy dotyczącej odpowiedzialności karnej z międzynarodowymi standardami dotyczącymi ochrony praw człowieka te ostatnie uzyskują pierwszeństwo i są bezpośrednio stosowane (art. 91 ust. 1 i 2). Na gruncie obecnego porządku konstytucyjnego sędzia nie może posługiwać się tylko Kodeksem karnym dla ustalenia zakresu odpowiedzialności karnej oskarżonego. Musi mieć przed sobą także tekst Konstytucji i odpowiednich aktów prawa międzynarodowego.

\* Artykuł został opracowany w ramach programu „Konstytucja a prawo karne” realizowanego w Instytucji Spraw Publicznych.

<sup>1</sup> A. Zoll: *Zasady prawa karnego w projekcie Konstytucji*, PiP 1997, z. 3, s.72 i n.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553).

Konstytucja oraz wiążące Polskę umowy międzynarodowe zabezpieczają należyty standard ochrony praw człowieka w wewnętrznym prawie karnym. Konstytucja wzmacnia dotychczasowe i wprowadza nowe mechanizmy mające na celu wymuszenie zgodności ustaw z Konstytucją. Służy temu wzmocniona rola Trybunału Konstytucyjnego i instytucja skargi konstytucyjnej. Jest rzeczą znamioną, że z kilku spraw, które jako pierwsze rozpatrzy Trybunał Konstytucyjny w wyniku skargi konstytucyjnej, prawie wszystkie dotyczą szeroko rozumianego prawa karnego. Przed wejściem Konstytucji w życie, przede wszystkim ze względu na czasowe ograniczenie kognicji Trybunału Konstytucyjnego, organ ten praktycznie nie miał okazji rozstrzygać o zgodności z obowiązującymi wówczas przepisami konstytucyjnymi. Ten stan powinien ulec radykalnej zmianie. Jeszcze przez chwilę pozostane przy wątku skargi konstytucyjnej, gdyż z tą instytucją łączyło się wiele nadziei dla obrony konstytucyjnych wolności i praw jednostki także na obszarze prawa karnego.

Efektom skutecznej skargi konstytucyjnej jest jednak jedynie uchylenie aktu normatywnego, który Trybunał Konstytucyjny uznał za sprzeczny z Konstytucją. Orzeczenie sądowe lub decyzja administracyjna wydana w oparciu o taki akt normatywny nie zostaje orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego uchylona. Orzeczenie Trybunału stanowi tylko podstawę do wystąpienia, w przewidzianym dla danej gałęzi prawa trybie, o wznowienie postępowania. Sama skarga konstytucyjna służy więc, podobnie jak abstrakcyjna kontrola norm, eliminacji z porządku prawnego złego, sprzecznego z Konstytucją przepisu. Indywidualny interes skarżącego jest czymś wtórnym i leży w ogóle poza zakresem kognicji Trybunału Konstytucyjnego. Zaskakujące jest więc, że przepis wprowadzający skargę konstytucyjną został umieszczony w rozdziale zatytułowanym „Środki ochrony wolności i praw”. Ta ochrona dokonuje się pośrednio. Skuteczna skarga konstytucyjna jest dla niej tylko pierwszym etapem. Skarga konstytucyjna nie chroni obywatela przed złym, niezgodnym z Konstytucją stosowaniem prawa przez orzekające sądy. Ogranicza to bardzo efektywność tego środka jako instrumentu ochrony podstawowych wolności i praw jednostki na obszarze prawa karnego.<sup>3</sup>

Przepisem Konstytucji, który ma dla prawa karnego podstawowe znaczenie, jest art. 30. „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej

<sup>3</sup> Tak wąskie ujęcie skargi konstytucyjnej miało jednoznacznie oddzielić kompetencje Trybunału Konstytucyjnego i sądownictwa ogólnego. Trybunał Konstytucyjny ma być sądem nad prawem a nie organem wymiaru sprawiedliwości. Patrz bliżej na ten temat B. Wierzbowski: *Skarga konstytucyjna — oczekiwania i problemy*, Przegląd Sądowy 1997, z. 4, s. 3 i n.

poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. Ta norma konstytucyjna pełni dla prawa karnego funkcję podstawowego klucza interpretacyjnego i to zarówno w zakresie wypełnienia przez tę dziedzinę prawa jego funkcji ochronnej, w zakresie wyznaczenia pola ingerencji karnoprawnej, jak i funkcji gwarancyjnej, w zakresie określenia granic jakościowych tej ingerencji. Artykuł 30 Konstytucji zobowiązuje organy państwa, także ustawodawcę, do ochrony godności człowieka nie tylko przed zagrożeniami ze strony organów państwa, ale także ze strony innych osób. Ustawodawca zobowiązany został do ochrony godności przed zamachami na nią. Obowiązek ten wykonany został nie tylko przez wprowadzenie odpowiednich typów przestępstw w rozdz. XXVII. Wiele typów czynów zabronionych, określonych w k.k., ma na uwadze godność jako przedmiot ochrony karnoprawnej. Artykuł 3 k.k. stanowi uszczegółowienie art. 30 Konstytucji w odniesieniu do stosowania w prawie karnym kar i środków karnych. Stosowanie kar i środków karnych musi uwzględniać obowiązek poszanowania godności człowieka. Artykuł 3 k.k. łączy się też ściśle z art. 40 Konstytucji zakazującym poddawanie kogokolwiek torturom albo okrutnemu, nieludzkiemu traktowaniu. W części szczególnej k.k. wprowadzone zostały nowe typy czynów zabronionych pod groźbą kary (art. 246, 247 § 3). Przepisy te stanowią podstawę pociągnięcia do odpowiedzialności karnej funkcjonariuszy publicznych stosujących niedozwolone metody śledztwa lub tolerujących znęcanie się nad osobami pozbawionymi wolności.

Kluczowym zagadnieniem z punktu widzenia gwarancyjnej funkcji prawa karnego, jest określenie przesłanek odpowiedzialności karnej. Ponieważ chodzi o możliwość ingerencji w podstawowe wolności i prawa człowieka konieczne jest zakreślenie granic odpowiedzialności karnej już w Konstytucji, aby w ten sposób związać ręce ustawodawcy zwykłemu i uniemożliwić wpływ na granice odpowiedzialności karnej każdorazowych układów politycznych w parlamencie. Granice odpowiedzialności karnej wyznacza art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji stanowiąc: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”. Mamy więc w Konstytucji klasyczną formułę *nullum crimen sine lege poenali anteriori* powtórzoną także w art. 1 k.k., stanowiącą od przeszło 200 lat fundament prawa karnego. Zamieszczenie zasady *nullum crimen sine lege poenali anteriori* zarówno w Konstytucji, jak i w kodeksie jest w najwyższym stopniu uzasadnione. Adresatem normy konstytucyjnej jest bowiem w pierwszym rzędzie ustawodawca. Normę art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji należy odczytywać bowiem jako

nakaz skierowany do ustawodawcy określenia w ustawie znamion zachowań zabronionych pod groźbą kary. Ustawodawca ma ustalić katalog zachowań karalnych. Norma kodeksowa adresowana jest w pierwszym rzędzie do sędziego i zakazuje mu pociągnięcia do odpowiedzialności osoby, która nie popełniła czynu zabronionego przez ustawę w czasie jej obowiązywania.

Z konstytucyjnej zasady *nullum crimen poenali anteriori* wynika obowiązek określenia znamion czynu zabronionego w akcie normatywnym o charakterze ustawowym. Ustawodawcy nie wolno tego uprawnienia delegować na władzę wykonawczą albo na władzę samorządową. Oznacza to, że musiałyby być uznane za sprzeczne z Konstytucją przepisy prawa karnego o charakterze blankietowym, w których nie została zawarta charakterystyka czynu rodzącego odpowiedzialność karną. Przepis prawa podstawowego może jedynie dopełniać taką charakterystykę, w żadnym wypadku nie mogąc rozszerzać podstaw odpowiedzialności zakreślonych ustawą. Zasada *nullum crimen sine lege*, której adresatem w oparciu o art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji jest ustawodawca, zabrania także posługiwania się przy opisie czynu zabronionego klauzulami generalnymi, przesuwającymi na sędziego udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakiego typu czynu uznane są za zabronione pod groźbą kary.

W art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji wyrażona została zasada wyrażająca zakaz wstecznego działania przepisu wprowadzającego podstawę odpowiedzialności karnej (*lex retro non agit*), należąca też do kanonu składającego się na gwarancyjną funkcję prawa karnego. W związku z pewnymi kwestiami szczegółowymi, przede wszystkim związanymi z przedawnieniem karalności, stosowanie tej zasady na gruncie konstytucyjnym będzie musiało być później omówione szczegółowo.

Artykuł 42 ust. 1 zd. 1 doznaje wyjątku określonego w zd. 2 tego przepisu konstytucyjnego. Mimo braku w czasie popełnienia ustawowego zagrożenia karą czynu danej kategorii sprawca tego czynu może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej, jeżeli czyn ten stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego. Norma zawarta w art. 42 ust. 1 zd. 2 stanowi podniesienie do rangi konstytucyjnej regulacji zawartej w art. 7 ust. 2 Europejskiej Konwencji Ochrony Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Ważna jest interpretacja pojęcia „przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego”. Ważne jest bowiem określenie granic dopuszczalnego przez Konstytucję wyjątku od zasady *nullum crimen sine lege*. Orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Praw Człowieka dotyczące interpretacji tego przepisu Konwencji jest więcej niż skromne. Można jedynie stwierdzić z całą pew-

nością, że przestępstwem w myśl prawa międzynarodowego są zbrodnie przeciwko ludzkości i zbrodnie wojenne.<sup>4</sup> Wydaje się, że rozszerzenie tego wyjątku na dalsze kategorie przestępstw wymagałoby już wyraźnej podstawy w prawie międzynarodowym. Do wyjątku wynikającego z art. 42 ust. 1 zd. 2 powrócę przy omawianiu problemów przedawnienia. Należy zauważyć, że Konstytucja pominęła zasadę *lex severior retro non agit* wyrażoną w normach prawa międzynarodowego.<sup>5</sup> Zasada ta wyrażona została w art. 4 § 1 k.k. Z uwagi na określenie tej zasady w aktach prawa międzynarodowego wiążących Polskę niezastosowanie się ustawodawcy do wymogów wynikających z tej zasady, nie miałyby — w świetle art. 91 Konstytucji — praktycznego znaczenia.

Konstytucyjna zasada *nullum crimen sine lege* nakazuje ustawodawcy określić czyny, które uznaje on za karalne. Z punktu widzenia gwarancyjnego ten nakaz nie jest wystarczający. Nie chroni on bowiem człowieka przed arbitralnością władzy ustawodawczej. W oparciu tylko o przepis art. 42 ust. 1 zd. 1 ustawodawca nie musi uzasadniać wprowadzenia zakazu określonych zachowań pod groźbą kary, nie musi uzasadniać ingerencji z wykorzystaniem prawa karnego w podstawowe wolności i prawa człowieka. Dlatego w Konstytucji powinna być zawarta norma wyrażająca zasadę *nullum crimen sine periculo sociali*. Zasada ta ma też długą tradycję, właśnie jako zasada konstytucyjna adresowana do ustawodawcy. Wyrażała ją już bowiem Deklaracja Praw Człowieka z 1789 r. Zasady tej nie można mylić z wyrażonym w art. 1 § 2 k.k. warunkiem przestępności czynu, jakim jest wyższy niż znikomy, stopień społecznej szkodliwości czynu. Adresowany do ustawodawcy zakaz zabrania pod groźbą kary zachowań, które nie są społecznie szkodliwe, dotyczy określonego typu zachowania (np. nie wolno ustawodawcy wprowadzić zakazu pod groźbą kary publicznego wyrażania swoich poglądów krytycznych dla władzy). Natomiast warunek przestępności czynu wyrażony w art. 1 § 2 k.k. dotyczy konkretnego zachowania realizującego znamiona typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Nie chodzi w tym wypadku o jakieś skorygowanie błędu ustawodawcy w określeniu znamion typu czynu zabronionego; tylko prawidłowo określony typ jest zawsze czymś abstrakcyjnym, nie mogącym uwzględnić indywidualnych cech konkretnego zachowania, cech, które mogą mieć decydujący wpływ na ocenę społecznej szkodliwości czynu.<sup>6</sup> W Konstytucji nie znajdujemy normy, która by wprost za-

<sup>4</sup> Por. J. A. Frowein, W. Peukert: *Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar*, 1996, s. 327.

<sup>5</sup> Zob. art. 7 ust. 1 EKOPCzPW.

<sup>6</sup> Na ten temat bliżej A. Zoll: *Materialne określenie przestępstwa*, Prokuratura i Prawo 1997, z. 2, s. 7 i n.

braniała ustawodawcy zakazywania pod groźbą kary kategorii zachowań nie charakteryzujących się społeczną szkodliwością. Pominięcie w Konstytucji zasady *nullum crimen sine periculo socialii* należy uznać za wadę. Tym bardziej, że rodzą się trudności interpretacyjne z wyprowadzeniem tej zasady w sposób pośredni z treści Konstytucji. Na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów konstytucyjnych zasadę *nullum crimen sine periculo socialii* wyprowadzano z zasady demokratycznego państwa prawnego,<sup>7</sup> a w szczególności z zasady stosunkowości. Zgodnie z tą ostatnią zasadą nie da się pogodzić z zasadą demokratycznego państwa prawa ingerencją państwa w sferę wolności i praw obywatelskich bez dostatecznego uzasadnienia.<sup>8</sup> Stosowanie przewidzianych prawem karnym sankcji w stosunku do zachowań nie wykazujących społecznej szkodliwości byłoby klasycznym przykładem naruszenia zasady stosunkowości. Ze względu na brak w poprzednio obowiązujących przepisach konstytucyjnych zasad szczegółowych dopuszczalne było wyprowadzanie z zasady demokratycznego państwa prawa zasad gwarancyjnych dotyczących m.in. prawa karnego.<sup>9</sup> Konstytucja z 2 kwietnia 1997 r. określa jednak zasady szczegółowe, także dotyczące prawa karnego, czego dowodem jest np. art. 42 ust. 1. Powstaje więc pytanie, czy jeżeli zasada *nullum crimen sine periculo socialii* nie została wyrażona w Konstytucji wprost, to czy może być wyprowadzana z art. 2 Konstytucji.<sup>10</sup> Zasadę stosunkowości, jako odnoszącą się do prawa karnego można wyprowadzić także z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wszelka ingerencja ze strony ustawodawcy w sferę gwarantowanych konstytucyjnie wolności i praw może nastąpić tylko wtedy, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie. Wyrażam więc pogląd, że mimo niewymienienia wprost w Konstytucji zasady *nullum crimen sine periculo socialii* da się tę zasadę, jako ograniczającą dowolność ustawodawcy w zakresie polityki karnej, wyprowadzić pośrednio z zasad konstytucyjnych.

Zasada stosunkowości znajduje na gruncie prawa karnego odzwierciedlenie w doborze kar i środków karnych grożących za popełnienie przestępstwa określonego typu. Wysokość ustawowych zagrożeń musi być adekwatna do abstrakcyjnie ocenianego stopnia społecznej szkodliwości danego typu czynu zabronionego.

<sup>7</sup> Artykuł 1 przepisów konstytucyjnych utrzymanych w mocy przez ustawę konstytucyjną z 17 października 1992 r.

<sup>8</sup> Zob. orzeczenie TK, U 10/92, OTK 1993, poz. 2.

<sup>9</sup> Z zasady demokratycznego państwa prawa TK wywiódł konstytucyjny charakter zasady dostatecznej określoności czynu zabronionego pod groźbą kary — zob. S 6/91, OTK 1991, poz. 34.

<sup>10</sup> Zob. M. Dąbrowska-Kardas: *O dwóch znaczeniach pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 1997, z. 1. s. 27 i n.

Z art. 38 Konstytucji, zapewniającemu każdemu prawną ochronę życia, wynika zakaz wprowadzenia do ustawodawstwa zwykłego kary śmierci. Wniosek ten wzmocniony jest treścią art. 40 zd. 2 Konstytucji. Ta ostatnia norma zakazuje stosowania kar cielesnych. Kara śmierci niewątpliwie do tego typu kar należy. Pamiętając spory polityczne związane z uchwaleniem i przyjęciem w referendum Konstytucji, można zrozumieć dlaczego nie mamy w Konstytucji zakazu kary śmierci wyrażonego *expressis verbis*. Wydaje mi się jednak, że art. 38 i 40 nie pozostawiają wielu szans zwolennikom przywrócenia w Polsce kary śmierci. Szkoda, że politycy, szczególnie autorzy ostatniego projektu ustawy dotyczącego obostrzenia odpowiedzialności karnej, próbują dalej wykorzystywać zdezorientowaną opinię publiczną dla uzyskania politycznego wsparcia.<sup>11</sup> Projekt, o którym jest tu mowa, jest wyjątkowo szkodliwy dla kultury prawnej społeczeństwa, nie tylko ze względu na zawartą w nim propozycję przywrócenia kary śmierci. Nie wpływa na podniesienie tej kultury debata nad tym, czy środek zaskarżenia od wyroku, w którym orzeczono karę śmierci ma być rozpatrywany na rozprawie, czy na posiedzeniu niejawnym, przy możliwej jedynie obecności obrońcy i czy rzeczywiście, jak proponuje to projekt, obrońcy występujący w sprawach, których projekt dotyczy, mają być dopuszczeni z listy Ministra Sprawiedliwości-Prokuratora Generalnego. Ciężki grzech dla kultury prawnej popełniają politycy, którzy dla poparcia takiego projektu angażują opinię społeczną.

Na wstępie stwierdziłem, że usytuowanie w hierarchii źródeł prawa powyżej ustawy ratyfikowanych za zgodą parlamentu umów międzynarodowych powoduje, że sprzeczne z takimi umowami rozwiązania polskiego ustawodawstwa karnego nie mogą mieć zastosowania i powinny być eliminowane z porządku prawnego (zob. art. 188 pkt 2 Konstytucji). Ratyfikowane umowy międzynarodowe narzucają też sposób interpretacji przepisów prawa wewnętrznego. Dobry przykład takiej wymuszonej wykładni dostarcza art. 25 § 1 k.k. w kontekście art. 2 ust. 2 lit.a EKOPCzIPW. Mające przewagę w polskiej doktrynie i orzecznictwie stanowisko odrzucające subsydiarny charakter obrony koniecznej i przyjmujące zasadę, że prawo nie musi ustępować przed bezprawiem,<sup>12</sup> musi obecnie, w świetle art. 2 ust. 2 lit.a Konwencji doznać ograniczenia. Umyślne pozbawienie życia napastnika w obronie koniecznej jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy było to bezwzględnie konieczne dla odparcia zamachu skierowanego przeciwko osobie. W każdym razie więc

<sup>11</sup> Projekt opracowany przez polityków związanych z PC (Jarosław Kaczyński) w zamierzeniu traktowany jako inicjatywa obywatelska wniesiony do Sejmu jako projekt poselski ze względu na brak w maju 1998 r. ustawy o inicjatywie obywatelskiej (zob. art. 118 ust. 2 Konstytucji).

<sup>12</sup> Por. A. Marek: *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, 1997, s. 238.

w tym ograniczonym zakresie obrona konieczna musi być interpretowana jako instytucja subsydiarna.<sup>13</sup> Nie wolno np. umyślnie pozbawić życia napastnika w obronie np. radioodbiornika samochodowego, z którym ucieka złodziej.

Z punktu widzenia określenia zakresu odpowiedzialności karnej, przede wszystkim lekarza, istotne znaczenie ma art. 39 Konstytucji zakazujący przeprowadzania eksperymentów naukowych, w tym medycznych, bez dobrowolnie wyrażonej zgody osoby poddanej eksperymentowi. Ta norma konstytucyjna znajduje swoją realizację w art. 27 k.k. jednakże tylko w bardzo ograniczonym zakresie. Wprawdzie w art. 27 § 1 określone zostały podstawowe warunki dopuszczalności eksperymentu poznawczego, medycznego, technicznego lub ekonomicznego, to jednak art. 27 § 3 dodany przez Komisję Sejmową odsyła określenie zasad i warunków przeprowadzenia eksperymentu medycznego do ustawy szczególnej. Ustawą, która określa zasady i warunki przeprowadzenia eksperymentu medycznego jest ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. z 1997 r. Nr 28, poz. 152). W kwestii określenia charakteru prawnego eksperymentu medycznego zachodzi wiele nieporozumień. Trzeba zdawać sobie sprawę z tego, że inny jest zakres regulacji normy konstytucyjnej i przepisów rozdziału 4 ustawy o zawodzie lekarza, a inny art. 27 § 1 k.k. uzupełnionego o normy zawarte w niektórych przepisach rozdz. 4 ustawy o zawodzie lekarza. Kodeks karny i uzupełniające go przepisy ustawy o zawodzie lekarza odnoszą się tylko do tych wypadków, w których zachowanie podjęte w ramach eksperymentu medycznego realizuje znamiona typu czynu zabronionego. Norma k.k. określa bowiem kontratyp, czyli wyłączenie bezprawności zachowania typowo zabronionego pod groźbą kary. Norma konstytucyjna i przepisy rozdz. 4 ustawy o zawodzie lekarza odnoszą się także do zachowań, które nie realizują znamion typu czynu zabronionego i już pierwotnie są karnoprawnie irrelewantne. Trzeba jednak pamiętać o tym, że krąg takich zachowań jest na gruncie nowego k.k. zawężony o tyle, że art. 192 § 1 określa jako czyn karalny wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta. Przepis ten odnosi się także do zabiegów leczniczych o charakterze eksperymentatorskim.

Ustawa o zawodzie lekarza w sposób wyjątkowo skomplikowany i wewnętrznie niespójny określiła warunki dopuszczalności eksperymentu medycznego, szczególnie warunek udzielenia zgody przez osobę poddaną eksperymentowi. Niektóre z rozwiązań przyjętych w tej ustawie nie są zgodne z art. 39 Konstytucji. Trudno bowiem uznać za zgodny z warunkiem dobrowolności wyrażonej zgody osoby poddanej eksperymentowi medycznemu przepis

<sup>13</sup> Zob. A. Zoll (w:) K. Buchała, A. Zoll: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 1998, s. 223.

umożliwiający przeprowadzenie eksperymentu w oparciu o zgodę wyrażoną przez sąd opiekuńczy, gdy zgody takiej odmawia przedstawiciel ustawowy osoby mającej być poddaną eksperymentowi (zob. art. 25 ust. 6–8). Wydaje mi się, że sąd opiekuńczy, do którego wpłynąłby taki wniosek, powinien zwrócić się — po myśli art. 193 Konstytucji — o zbadanie zgodności z Konstytucją tych przepisów.

Przechodzę obecnie do problemu przedawnienia. Konstytucja poświęca tej instytucji dwa przepisy. W art. 43 Konstytucja stanowi, że zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości nie podlegają przedawnieniu. W art. 44 wprowadzona została zasada zawieszenia biegu przedawnienia w stosunku do przestępstw nie ściganych z przyczyn politycznych, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych lub na ich zlecenie. Przepisy nowego Kodeksu karnego ujęte są inaczej. W art. 105 § 1 k.k. stanowi się, że nie ulega przedawnieniu karalność ani wykonanie kary w stosunku do zbrodni przeciwko pokojowi, ludzkości i przestępstw wojennych. Rozszerzenie normy kodeksowej, w stosunku do art. 43 Konstytucji, o zbrodnie przeciwko pokojowi nie powinno stanowić większych problemów interpretacyjnych, gdyż do pomyślenia jest stanowisko, że zbrodnie wojenne, w znaczeniu art. 43 Konstytucji, obejmują także zbrodnie przeciwko pokojowi. Oczywiście nie jest dobrze, gdy trzeba odwoływać się do takich zabiegów interpretacyjnych. Trudniejszy problem powstaje w związku z art. 44 Konstytucji. W art. 105 § 2 wykluczone zostało w ogóle przedawnienie wymienionych w nim przestępstw popełnionych przez funkcjonariusza publicznego w związku z pełnieniem obowiązków służbowych. Artykuł 105 § 2 idzie więc znacznie dalej od normy konstytucyjnej, wykluczając w ogóle przedawnienie, a nie tylko zawieszając jego bieg. Pomijam w tym miejscu krzyżowanie a nie pokrywanie się zakresu przedmiotowego normy konstytucyjnej i kodeksowej, co rodzi dodatkowe problemy. Czy art. 105 § 2 jest więc zgodny z Konstytucją, czy też powinien zostać usunięty z porządku prawnego. Odpowiedź na to pytanie wymaga ustalenia istoty prawnej przedawnienia. Podstawowym zagadnieniem jest pytanie, czy przedawnienie karalności lub wykonania kary jest prawem sprawcy przestępstwa? Konstytucja umieszcza art. 43 i 44 w rozdziale II i w podrozdziale zatytułowanym „Wolności i prawa osobiste”. Przemawiałoby to za twierdzącą odpowiedzią. Wtedy art. 43 i 44 należałoby rozumieć jako konstytucyjne wyjątki wyłączające lub ograniczające prawo do przedawnienia i wszelkie wyjście poza zakres tych wyjątków w ustawodawstwie zwykłym byłby niedopuszczalny. Takie rozumienie przedawnienia oznaczałoby także, że art. 44 należałoby rozumieć jako mający znaczenie jedynie

na przyszłość, dając podstawę ustawodawcy zwykłemu do wprowadzenia zawieszenia biegu przedawnienia odnośnie do wymienionych w Konstytucji przestępstw. Jeżeli się traktuje przedawnienie jako prawo osobiste, to art. 44, nie zawierający wyraźnej w tym kierunku wypowiedzi, nie może działać wstecz, odbierając tym samym należną sprawcy przestępstwa ekspektatywę przedawnienia. Teza ta prowadzi także nieuchronnie do zakwestionowania zgodności z Konstytucją art. 9 § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. — Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 554). Wydaje mi się jednak, że na instytucję przedawnienia należy spojrzeć inaczej, uznając, że wykładnia systemowa nie jest w tym wypadku rozstrzygająca. Nie ma prawa osobistego do przedawnienia i nie ma w związku z tym ekspektatywy przedawnienia przysługującej sprawcy przestępstwa. Konstytucja nigdzie prawa do przedawnienia nie wypowiada. Ustawodawca zwykły ma swobodę w kształtowaniu instytucji przedawnienia związanej z polityką karną (celowością karania) a nie z prawami osobistymi sprawcy przestępstwa. Teoretycznie rzecz biorąc, mógłby w ogóle wyłączyć przedawnienie, bez konstytucyjnego upoważnienia, np. wszystkich zbrodni. Artykuł 43 i 44 Konstytucji zawierają normy wprowadzające rozwiązania minimalne. Ustawodawca musi wyłączyć przedawnienie odnośnie do zbrodni wojennych i przeciwko ludzkości (art. 43) i przynajmniej zawiesić bieg przedawnienia w zakresie określonym w art. 44. Takie rozumienie instytucji przedawnienia i sensu art. 43 i 44 Konstytucji pozwala na potraktowanie art. 105 § 1 i 2 k.k. za zgodne z Konstytucją. Umieszczenie art. 43 i 44 w rozdziale II należy odczytać jako wolę ustawodawcy wzmocnienia wolności i praw osobistych przed zamachami określonymi w tych dwóch przepisach konstytucyjnych.

Osobnej analizy wymaga ocena zgodności z Konstytucją art. 9 § 1 Przepisów wprowadzających k.k. Przepis ten działa z mocą wsteczną, mając zastosowanie do czynów popełnionych w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. Objęte nim są dwie zasadniczo różne sytuacje. Pierwsza następuje wtedy, gdy termin przedawnienia jeszcze nie upłynął przed dniem wejścia w życie przepisów wprowadzających. W chwili wejścia w życie przepisów sprawca przestępstwa podlega karze i — zgodnie z tym, co powiedziano wyżej — nie ma ekspektatywy przedawnienia. Przedłużenie karalności jest więc uprawnioną decyzją ustawodawcy, znajdującą oparcie w art. 44 Konstytucji. Druga sytuacja następuje wtedy, gdy termin przedawnienia upłynął przed dniem wejścia w życie przepisów wprowadzających k.k. W chwili wejścia tych przepisów w życie sprawca przestępstwa nie podlegał więc już odpowiedzialności karnej. Podstawę takiej odpowiedzialności stanowią do-

piero przepisy wprowadzające.<sup>14</sup> Jest to więc sytuacja podobna, z punktu widzenia funkcji gwarancyjnej prawa karnego, do tej, z jaką mielibyśmy do czynienia przy wprowadzeniu karalności z mocą wsteczną określonego zachowania. Zakaz wprowadzenia z mocą wsteczną karalności określonego zachowania wynika wprost z art. 42 ust. 1 zd. 1. Przywrócenie karalności czynów, co do których przedawnienie już nastąpiło, jest z pewnością sprzeczne z art. 7 ust. 1 EKOPCzIPW. To samo dotyczy wypadków, w których karalność ustąpiła w wyniku zastosowania amnestii lub abolicji (art. 9 § 2 Przepisów wprowadzających). Powstaje pytanie, czy zasadą sprawiedliwości można uzasadnić odstępstwo od reguł demokratycznego państwa prawa. Zasady gwarancyjne prawa karnego stanowią barierę właśnie dla zaspokojenia poczucia sprawiedliwości. Takie odstępstwo na rzecz zaspokojenia poczucia sprawiedliwości byłoby uzasadnione w pierwszym okresie po ustaniu przeszkody do prowadzenia postępowania. Od 31 grudnia 1989 r. minęło już jednak wiele czasu i coraz trudniej jest znaleźć dla tego odstępstwa uzasadnienie.

W związku z przepisami wprowadzającymi k.k. rodzi się jeszcze jeden zasadniczy problem natury konstytucyjnej. Artykuł 14 pkt 4 stanowi, że „do osób warunkowo zwolnionych, jak również do osób odbywających kary pozbawienia wolności stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu karnego o warunkowym zwolnieniu”. Przepisy o warunkowym zwolnieniu są z reguły surowsze w nowym k.k., niż nastąpiło to w poprzednim stanie prawnym. Czy np. osoby, które na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego spełniają przesłanki (odbycie jednej trzeciej kary) do warunkowego przedterminowego zwolnienia mogą być zwolnione po wejściu nowego Kodeksu karnego w życie, jeśli przesłanka odbycia odpowiedniego okresu kary według nowych przepisów nie jest jeszcze spełniona. Artykuł 14 pkt 4 stoi temu na przeszkodzie. Powstaje znów pytanie, czy w tym wypadku przepis surowszy może działać wstecz. Jeśli odrzucimy oparcie się na zasadzie demokratycznego państwa prawa, to brak jest w Konstytucji wyraźnej wypowiedzi w tym zakresie. Wydaje się, że należy sprawę rozwiązać następująco: jeżeli zapadła decyzja o przedterminowym zwolnieniu na gruncie dawnych przepisów i skazany znajduje się w okresie próby, to nawet jeżeli w świetle nowych przepisów nie było spełnionych przesłanek do warunkowego przedterminowego zwolnienia, to nie można tylko z tego powodu odwołać przedterminowego zwolnienia. Jeżeli natomiast skazany nie rozpoczął okresu próby, to należy

<sup>14</sup> Ścisłe biorąc, momentem rozstrzygającym jest wejście w życie ustawy z 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywn i nawiązek w prawie karnym (Dz.U. Nr 95, poz. 475), która to ustawa wprowadziła do k.k. z 1969 r. art. 108 § 2 o treści identycznej z art. 9 § 1 Przepisów wprowadzających k.k. z 1997 r.

przyjąć, że przedterminowe warunkowe zwolnienie wymaga spełnienia wszystkich warunków określonych w nowych przepisach. Analiza dotycząca zgodności prawa karnego z Konstytucją nie może ograniczyć się do nowego Kodeksu karnego. Wyjątkowe problemy, z powodu niewątpliwego błędu popełnionego przez twórców Konstytucji, występują w obszarze prawa karnego skarbowego. Artykuł 175 ust. 1 Konstytucji oddaje cały wymiar sprawiedliwości, w tym naturalnie we wszystkich sprawach karnych, sądom. Zgodnie z tym art. 42 ust. 3 stanowi: „Każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu”. Wyłączność sądu ma objąć też orzekanie w sprawach o wykroczenia, z tym że art. 237 ust. 1 Konstytucji pozostawia okres 4 lat od wejścia w życie Konstytucji na wprowadzenie tej zasady w życie. Niestety zapomniano, że nie tylko w sprawach o wykroczenia orzekają w Polsce organa pozasądowe. Zgodnie z art. 123 § 1 u.k.s. w sprawach o przestępstwa skarbowe zagrożone wyłącznie zasadniczą karą grzywny oraz w sprawach o wykroczenia skarbowe orzekają finansowe organy orzekające. Artykuł 123 § 1 u.k.s. jest, w zakresie dotyczącym przestępstw skarbowych, sprzeczny z art. 175 § 1 i z art. 42 ust. 3 Konstytucji. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że wadliwe jest rozumienie art. 236 ust. 1 Konstytucji, iż przepis ten dopuszcza przez okres 2 lat od wejścia w życie Konstytucji stosowanie, a nawet uchwalanie przepisów niezgodnych z Konstytucją. Przepis ten należy odczytywać dosłownie i wyraża on jedynie obowiązek Rady Ministrów przedstawienia projektów ustaw niezbędnych do stosowania Konstytucji. Chodzi tu więc o te wypadki, gdy norma konstytucyjna nie może być zastosowana wprost bez uchwalenia odpowiedniej, przewidzianej w Konstytucji, ustawy. Artykuł 236 ust. 1 Konstytucji nie wprowadza natomiast swoistego *vacatio legis* dla norm konstytucyjnych. Wydaje się, że najprostszym zabiegiem doprowadzającym do uzgodnienia prawa karnego skarbowego z Konstytucją, do czasu przeprowadzenia gruntownej reformy tej dziedziny prawa, byłoby zmienienie definicji wykroczenia skarbowego przez objęcie tym pojęciem tych przestępstw skarbowych, które podlegają orzecznictwu finansowych organów orzekających. Zdaję sobie sprawę z niedoskonałości tej operacji, pomijającej zagadnienie gwarancyjne. Nie ma jednak — moim zdaniem — innego realnego dzisiaj sposobu uniknięcia konsekwencji błędu popełnionego przez twórców Konstytucji.

Nie tylko problem kompetencyjny jest przyczyną sprzeczności rozwiązań zawartych w prawie karnym skarbowym z Konstytucją. Artykuł 46 Konstytucji stanowi, że przepadek rzeczy może nastąpić tylko w ustawie i tylko

na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu. Ustawa karna skarbową przewiduje karę dodatkową przepadku rzeczy także za przestępstwa skarbowe podlegające właściwości finansowych organów orzekających (np. art. 65 § 1 w zw. z art. 48 § 1 lub art. 49). Sprzeczność z Konstytucją jest tu ewidentna i wymagana jest natychmiastowa interwencja ustawodawcy. Do czasu takiej interwencji finansowe organy orzekające powinny — ze względu na art. 8 ust. 2 — wstrzymać się z orzekaniem przepadku rzeczy, nawet w tych przypadkach, w których według ustawy karnej skarbowej orzeczenie takiego przepadku byłoby obligatoryjne. Dla dokończenia reformy prawa karnego niezbędnym krokiem jest wprowadzenie w życie uchwalonych kodeksów. Budzi niepokój domaganie się kolejnego przesunięcia ustawowo określonej daty określającej początek ich obowiązywania. Kodeksy nie są doskonałe. Należy jednak zebrać doświadczenia i po pewnym czasie przeprowadzić nowelizację zmierzającą do usunięcia spostrzeżonych błędów. Dzisiaj dokonane zmiany będą prowadziły do braku spójności rozwiązań. Odsuwanie wejścia w życie kodyfikacji daje też okazję dla nieodpowiedzialnych prób o wymowie populistycznej, szkodzących kulturze prawnej.