

Pod latarnią jest najciemniej

WALDEMAR GONTARSKI

Art. 4 § 1. Jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy.

CZY ZAKAZ retroaktywności prawa karnego dotyczy jedynie „prawa w książce” (tekst prawny opublikowany w organie promulgacyjnym), czy również „prawa w działaniu” (w szczególności zbiór decyzji sędziowskich zawartych w orzecznictwie)? – pytanie pierwsze. Z ustrojowej niezawisłości sędziowskiej zdaje się wynikać, że co do zasady w systemie prawa stanowionego odpowiedź na tak postawione pytanie jest negatywna. Ale czy dopuszczalna jest zmiana utrwalonej wykładni sądowej, polegająca na retroaktywnej wykładni ustawy karnej skutkującej zaostrzeniem kary? – pytanie drugie. Albo czy dopuszczalna jest niejednolita (zmienna) tego rodzaju wykładnia? – pytanie trzecie.

Polska doktryna zwykle nie interesuje się tymi zagadnieniami, gdyż nie poszła w ślad za empiryzmem amerykańskim i koncentruje się jedynie na prawie w książce, zdecydowanie zaniedbując studia nad prawem w działaniu¹. Tymczasem w świetle orzecznictwa strasburskiego (składającego się wraz z przepisami Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności² na standardy Rady Europy), na pierwsze z powyższych pytań odpowiedź jest pozytywna (zakaz dotyczy również „pra-

wa w działaniu”)³, a na dwa pozostałe – negatywna.

1.

Przedłużenie obowiązywania ustawy dawnej, ale jedynie w oparciu o nakaz stosowania ustawy względniejszej (mniej surowej) – takie jest *ratio legis* art. 4 § 1 k.k. (Jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy). Nie chodzi tutaj więc jedynie o prostą odwrotność zakazu wstecznego zaostrzania odpowiedzialności karnej. Chociaż w takiej właśnie uproszczonej (negatywnej) postaci gwarancja ta zawarta jest w art. 7 ust. 1 Konwencji (Nikt nie może być uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, który według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia. Nie będzie również wymierzona kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony).

Zawarta w art. 4 § 1 k.k. zasada *lex mitior retro agit* – nie cieszy się długą tra-

dycją, chociaż przynajmniej od XIX wieku była powszechnie akceptowana przez ustawodawstwo⁴. Dzisiaj polski Trybunał Konstytucyjny nie widzi potrzeby wyprowadzania tej zasady z klauzuli generalnej rządów prawa – uznając najwyraźniej, że wystarczy jedynie umocowanie ustawowe⁵. Jak zauważa TK w wyroku z 8 grudnia 1999 r., SK 19/996 – zasada stosowania prawa względniejszego musi ustąpić przed regulacjami zawartymi w przepisach konstytucyjnych, co zdaje się wykluczać jej konstytucyjny charakter.

Jednak zasada ta w pełni jest wyrażona, jako zasada pozytywna, w art. 15 ust. 1 zd. trzecie Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁷ (Jeśli po popełnieniu przestępstwa ustanowiona zostanie przez ustawę kara łagodniejsza za takie przestępstwa, przestępca będzie miał prawo z tego skorzystać); Pakt ten w systemie polskim ma rangę ponadustawową. *W razie zmiany prawa karnego dokonanej po popełnieniu przestępstwa, art. 7 Konwencji, w odróżnieniu od art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, nie gwarantuje prawa do zastosowania bardziej korzystnych przepisów* – decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *X v. Niemcy* z 6 marca 1978 roku. W związku z tym, uwagi zawarte w orzecznictwie strasburskim odnośnie do zakazu retroaktywnego działania zmiany orzecznictwa krajowego dotyczą też *lex mitior retro agit*, a nie tylko zawartej w art. 7 Konwencji zasady *lex severior poenali retro non agit*, czyli zakazu wstecznego działania zaostrzającego karnalność, bez nakazu stosowania ustawy względniejszej.

2.

Niewątpliwie obie te zasady – *lex mitior retro agit* i *lex severior poenali retro non agit* (pierwsza konsumuje drugą) – zawiera art. 4 § 1 Kodeksu karnego. Przy czym również niewątpliwie w obu tych zasadach zakaz *nie ogranicza się jedynie do zakazu wstecznego stosowania prawa karnego na szkodę oskarżonego. Obejmuje również zasadę, iż tylko prawo może rozstrzygać o istnieniu przestępstwa oraz określać rodzaj i granice wymiaru kary. Prawo karne nie może być interpretowane rozszerzająco na niekorzyść oskarżonego, np. przez analogię. Przestępstwo musi być jasno zapisane w przepisie prawa* – orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPCz) w Strasburgu z 25 maja 1993 r. w sprawie *Kokkinakis v. Grecja*.

Zakaz zmiany utrwalonej wykładni sądowej polegającej na retroaktywnej wykładni ustawy karnej skutkującej zastrzeżeniem kary – orzecznictwo strasburskie wyprowadza z zasady pewności i przewidywalności prawa⁸, dekodowanej nie tylko z art. 7 ust. 1 Konwencji, ale też z zasady rządów prawa (preambuła Konwencji oraz art. 2 Konstytucji RP). Jak zauważa ETPCz w orzeczeniu z 22 listopada 1995 r. w sprawie *C.R. v. Wielka Brytania*, oskarżony może zorientować się z interpretacji zawartej w orzecznictwie sądowym, jaki rodzaj zachowań stanowi przestępstwo. Prawo karne powinno spełniać warunek dostępności i przewidywalności realizowany m.in. poprzez *spójne, opublikowane orzecznictwo* – orzeczenie ETPCz z 27 września 1995 r. w sprawie *G. v. Francja*. Nie wyklucza to jednak ewolucyjnego rozwoju prawa karnego poprzez *stopniowe wyjaśnianie zasad odpowiedzialności karnej w drodze interpretacji sądowej, pod warunkiem jednak, że wynikający z tego rozwój jest zgodny z istotą przestępstwa i przewidywalny* – wymienione wcześniej orzeczenie ETPCz w sprawie *C.R. v. Wielka Brytania*.

Słowem, zmiana orzecznictwa z naruszeniem zasady przewidywalności oznaczać może naruszenie nie tylko art. 4 § 1 k.k., ale również gwarancji ponadustawowych zawartych w art. 7 ust. 1 Konwencji.

Jak zwraca się uwagę w piśmiennictwie prawniczym, niejasne i często zmieniane prawo karne może okazać się bezużyteczne ze względu na prawo do błędu prawnego (art. 30 k.k.)⁹. Tak sformułowaną uwagę należy odnieść nie tylko do prawa w książce, lecz również do prawa w działaniu. Zdaniem jednej z nielicznych polskich wypowiedzi doktrynalnych dotyczącej omawianej tutaj materii: *Jeżeli według poprzednio panującej wykładni czyn nie był uznawany za przestępstwo, to przy aktualnym odstąpieniu od tej wykładni i przyjęciu przestępczości czynu, sąd powinien rozważyć, czy sprawca nie działał w błędnie co do oceny prawnej czynu (art. 30)*¹⁰.

Według piśmiennictwa prawniczego odnoszącego się do art. 30 k.k.: *...skoro przedstawiciele doktryny, czyli ludzie świata nauki, rozmaicie interpretują znowelizowany przepis prawa karnego, to nie sposób wymagać jednoznacznej wykładni od sprawcy czynu zabronionego, reprezentującego przecież zwykle świadomość potoczną*¹¹. Uwaga ta dotyczy całego tekstu prawniczego, a więc zarówno doktryny, jak i judykatury¹².

4.

Chociaż z art. 4 § 1 k.k. i art. 7 ust. 1 Konwencji wyprowadzamy zakaz nieprzewidywalności orzecznictwa, to również w przypadku sądowej wykładni art. 4 § 1 k.k. mamy przypadki naruszenia tego zakazu. Tytułem przykładu można podać rozbieżność interpretacyjną w kwestii zakresu pojęcia „kara”. Oto w uchwale SN z 30 września 1998 r., I KZP 8/98 – zawarto pogląd, że zakaz wynikający z art. 7 ust. 1 Konwencji odnosi się jedynie do kary *sensu stricte*. Taka wykładnia nie jest zgodna zarówno z orzecznictwem strasburskim – np. orzeczenie ETPCz w sprawie *Welch v. Wielka Brytania* z 9 lutego 1995 r. – jak i z końcowym orzecznictwem sądów apelacyjnych – np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 20 maja 1993 r., II AkR 80/9313.

Doktryna wskazuje również inne przykłady tego typu naruszeń gwarancji zawartych w art. 4 § 1 k.k. i art. 7 ust. 1

3. Konwencji, to jest przykłady naruszenia zakazu nieprzewidywalności orzecznictwa polegającego na zmienności wykładni¹⁴.

Skoro wykładnia sądowa art. 4 § 1 k.k. – zawierającego gwarancję przewidywalności wykładni sądowej – jest zmienna w sposób nieprzewidywalny, i ta niejednorodność judykatury ma szczególnie duże natężenie właśnie przy wykładni tego przepisu, to chciałoby się powiedzieć, że widocznie pod latarnią jest najciemniej. Przed tego rodzaju praktykami powinien powstrzymać nie tylko art. 4 § 1 k.k., ale też przepisy zawarte w art. 2 Konstytucji RP, preambule Konwencji (zasada rządów prawa) oraz art. 7 ust. 1 Konwencji. ■

¹ Zwrócono na to uwagę w: W. Gontarski, *Dziennikarz jako pracownik. Analiza systemowa sporów sądowych*, rozprawa doktorska, Uniwersytet Warszawski 2000 r.

² DzU z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.

³ Odnośnie do zawartego w orzecznictwie strasburskim zakazu retroaktywnego działania zmian karnego orzecznictwa krajowego, por. P. Lewisch, *Verfassung und Strafrecht*, Wien 1992 r., s. 145-146 i powołane tam orzecznictwo.

⁴ Por. W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Zakamycze 2003 r., s. 473 i powołane tam piśmiennictwo.

⁵ Vide wyrok TK z 20 lipca 2000 r., OTK ZU 2000/5/144.

⁶ OTK ZU 1999/7/161.

⁷ DzU z 1977 r., nr 38, poz. 167.

⁸ Taką zasadę ETPCz dekoduje w orzeczeniu z 13 VII 1995 r. w sprawie *Miloslavsky v. Wielka Brytania*.

⁹ Tak W. Gontarski, *Prawo do błędu prawnego*, Rzeczpospolita z 21 X 2004 r.

¹⁰ K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, Zakamycze 1998 r., s. 46-47.

¹¹ W. Gontarski, tamże.

¹² Podział na tekst prawny (normatywny) i prawniczy (doktryna plus judykatura) w: W. Gontarski, *Dziennikarz jako pracownik. Analiza systemowa sporów sądowych*, rozprawa doktorska, Uniwersytet Warszawski 2000 r. i powołane tam piśmiennictwo.

¹³ OSA 1994/2/10.

¹⁴ Vide np. B. Kunicka-Michalska, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, pod red. G. Rejman, Warszawa 1999 r., s. 259-260; W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Zakamycze 2003 r., s. 488 i 654; A. Wąsek, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. O. Górniok, Warszawa 2004 r., s. 19-20; A. Zoll, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, wydanie drugie, Zakamycze 2004 r., s. 113.