

Krzysztof Szczucki

W poszukiwaniu dóbr chronionych w Konstytucji



Krzysztof Szczucki

Doktorant w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, zastępca sekretarza redakcji „Forum Prawniczego”, członek redakcji czasopisma bioetycznego „Imago”, autor publikacji z zakresu prawa karnego, bioetyki i filozofii prawa.

In looking for protected values in the Constitution

Every Constitution, as belonging to the positivistic law, addresses the community to which it is of a fundamental significance. It states not only principles of the political system, freedoms, rights and obligations of persons and rights of citizens but also an organization structure and the main tasks of the state. However, a key feature of the Constitution lies in pointing out values which are particularly important to the society. Being a member of a certain political community means that even if he/she does not identify himself/herself with a given constitutionally protected good, they are still obliged to respect it. It is important to find out the influence of the Constitution principles on the process of qualifying a certain act as a crime. What is more, a crime justification in a given case – a very complex issue – is in my understanding a secondary as well as a modifying effect of the constitutional norms' context.

Wstęp

W ciągu ostatnich pięciu lat Sąd Najwyższy wydał trzy odmienne, aczkolwiek zmierzające w tym samym kierunku, orzeczenia dotyczące stopnia ochrony życia, a właściwie rozumienia znamienia „człowieka” w prawie karnym¹. W każdym z tych orzeczeń Sąd Najwyższy

rozszerza zakres ochrony życia człowieka. Zastanawiający jest stosowany przez Sąd Najwyższy model prowadzonego wywodu, w którym ogranicza się on zasadniczo do wykładni prowadzonej w ramach ustawy karnej, nie podejmując się odszukania innych kontekstów wpływających na kształt zakazu karnego. Moją intencją nie jest ocena konkluzji wskazanych orzeczeń, ale podjęcie próby odnalezienia w Konstytucji dóbr, które należy chronić, a także wskazanie sposobu do-

¹ Mowa tu o uchwałach z 26 października 2006 r., sygn. I KZP 18/06; postanowieniu z 30 października 2008 r., sygn. I KZP 13/08; wyroku z 27 września 2010 r., sygn. V KK 34/10.

chodzenia do wiedzy o tych dobrach. Może okazać się, że odwołanie się do kontekstu konstytucyjnego pozwoli – niezależnie od tego, że prokonstytucyjna wykładnia prawa jest obligatoryjna – na pełniejsze zrekonstruowanie dóbr chronionych i tym samym bardziej czytelną interpretację zakazu.

W pierwszej kolejności odwołam się do wywodów Sądu Najwyższego w przywołanych wyżej orzeczeniach, by na ich podstawie omówić problematykę rekonstruowania dóbr chronionych z Konstytucji prowadzącego do prokonstytucyjnej wykładni prawa karnego. W oparciu o te rozważania dokonam próby zrekonstruowania dobra chronionego w odniesieniu do problemu rozumienia znamienia „człowiek”.

Wywód Sądu Najwyższego

Pierwszym z trzech wyżej wskazanych orzeczeń jest uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r. (sygn. I KZP 18/06), u której podstaw legło zagadnienie prawne następującej treści: „Czy ochronie prawnokarnej przewidzianej w art. 160 k.k. podlega zdrowie i życie dziecka już od momentu rozpoczęcia jego porodu, czy też dopiero od momentu oddzielenia dziecka od ciała kobiety lub rozpoczęcia przez dziecko oddychania za pomocą własnych płuc?”. Sąd Najwyższy rozstrzygając wskazane zagadnienie oparł się szczególnie na wykładni językowej i systemowej, ograniczając się do rekonstrukcji znaczenia znamion jedynie w oparciu o kontekst wynikający z kodeksu karnego. Wychodząc z założenia, że intensywność ochrony karnoprawnej życia ludzkiego może być zróżnicowana, potwierdził, że życie ludzkie jest w polskim ustawodawstwie chronione od momentu poczęcia, niemniej zakres ochrony różni się w zależności od etapu rozwojowego człowieka. Momentem granicznym pozwalającym, zdaniem Sądu Najwyższego, na oddzielenie typów czynów zabronionych, właściwych do ochrony dziecka poczętego, od typów czynów zabronionych, w których posłużono się znamieniem „człowiek”, jest użyte w art. 149 k.k. znamię okresu porodu. Uprzywilejowanie tego typu przestępstwa ma swoją podstawę w ocenie szczególnego stanu psychicznego rodzącej kobiety, nie zaś w etapie rozwojowym dziecka. Jeżeli czyn matki nie spełni znamion decydujących o uprzywilejowaniu typu (zabicie dziecka nie odbę-

dzie się pod wpływem przebiegu porodu), odpowie ona za zabójstwo w typie podstawowym, podobnie jak każda osoba współdziałająca, podżegająca lub pomagająca. Innymi słowy, „w całym okresie porodu (*lege non distinguente*), a więc od początku tego okresu, rodzący się korzysta z prawnokarnej ochrony przysługującej człowiekowi”. Oznacza to, że objęte ochroną typami ze znamieniem „człowiek” są nie tylko dzieci narodzone, ale również dzieci rodzące się. „Rodzenie się” należy także rozumieć jako cały okres wykonywania zabiegu cesarskiego cięcia, tj. od chwili przygotowania do niego. W konsekwencji Sąd Najwyższy uchwalił, że: „Przedmiotem ochrony przewidzianej w art. 160 k.k. jest życie i zdrowie człowieka od rozpoczęcia porodu (wystąpienia skurczów macicy, dających postęp porodu), a w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu.

Opierając się na wskazanej wyżej uchwale Sąd Najwyższy faktycznie rozszerzył zakres przewidzianej w niej ochrony w postanowieniu z dnia 30 października 2008 r. (I KZP 13/08), spowodowanym następującym zagadnieniem prawnym: „Czy ochronie prawnokarnej przewidzianej w art. 155 k.k. podlega życie dziecka od momentu rozpoczęcia porodu bądź podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę, czy też od momentu, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej?”. Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały, niemniej w uzasadnieniu *de facto* odpowiedział na wskazane zagadnienie prawne. Sąd potwierdził dwa kryteria wynikające z uchwały I KZP 18/06, z których wynika, że znamię „człowiek” dotyczy dziecka od momentu rozpoczęcia porodu, a w przypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia, od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia zabiegu. Sąd Najwyższy dokonał w przedmiotowym postępowaniu pogłębionej analizy problematyki rozpoczęcia porodu w odniesieniu do zabiegu cesarskiego cięcia. Zauważył bowiem, że czynności zmierzające do przeprowadzenia zabiegu cesarskiego cięcia mają swój początek już w procesie diagnostycznym, kiedy możliwe jest ustalenie konieczności przeprowadzenia tego zabiegu. „Zaistnienie takich okoliczności

oznacza obiektywną konieczność przeprowadzenia alternatywnego zakończenia ciąży. Wystąpienie takiej konieczności wyznacza początek okresu, w którym powinno nastąpić oddzielenie dziecka od organizmu matki, co jest tożsame z okresem porodu w rozumieniu art. 149 k.k. Od tej chwili przysługuje dziecku nienarodzonemu pełna prawna ochrona przewidziana w obowiązującym kodeksie karnym dla człowieka². Oznacza to, że znamię „człowiek” obejmuje dzieci nienarodzone od:

- a) rozpoczęcia porodu (naturalnego),
- b) w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę na żądanie kobiety ciężarnej – od podjęcia pierwszej czynności medycznej bezpośrednio zmierzającej do przeprowadzenia takiego zabiegu,
- c) w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych przesłanek takiej konieczności².

Ostatnie z trzech przywołanych na wstępie orzeczeń, wyrok z dnia 27 września 2010 r. (V KK 34/10), odwołując się do konkluzji uchwały z 26 października 2006 r. oraz postanowienia z 30 października 2008 r., wskazuje na jeszcze dalej idący zakres ochrony dziecka nienarodzonego. W rozpatrywanej sprawie oskarżonemu zarzucono nieumyślne spowodowanie śmierci dziecka w ten sposób, że będąc lekarzem dyżurnym, zobowiązanym do szczególnej opieki nad ciężarną i jej mającym się narodzić dzieckiem, pomimo że przeprowadzone badanie wskazywało na prawdopodobieństwo zagrożenia życia dziecka, zaniechał hospitalizacji kobiety i przeprowadzenia kolejnych badań. W efekcie przeprowadzonego postępowania, Sąd Najwyższy stwierdził, że „nałożony na lekarza przepisem art. 30 uzł [ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry³ – przyp. aut.] obowiązek niesienia pomocy

2 Należy zwrócić uwagę na istotną różnicę pomiędzy przestankami wyrażonymi w punktach b i c. Mianowicie, w punkcie b mowa jest o cesarskim cięciu przeprowadzonym na żądanie kobiety, bez konieczności medycznej, zaś zabieg cesarskiego cięcia w punkcie c musi być uwarunkowany koniecznością medyczną.

3 Dz.U. z 2008 r. Nr 136, poz. 857.

występuje we wszystkich wypadkach, w których zwłoka w udzieleniu pomocy lekarskiej mogłaby spowodować określone w tym przepisie skutki, a więc i wtedy, gdy ich zaistnienie mogło i powinno być przez lekarza przewidziane. (...) Jeżeli przewidywany wzrost zagrożenia wskazuje na możliwość zaistnienia skutków wymienionych w art. 30, to pełniąc funkcję gwaranta lekarz jest zobowiązany do niezwłocznego udzielenia właściwej pomocy medycznej, chyba że zwłoka w jej udzieleniu nie zmieniłaby stopnia zagrożenia”. Oznacza to, że typy czynów zabronionych, w których przedmiot wykonawczy określony jest znamieniem „człowiek”, chronią dziecko nienarodzone nie tylko w sytuacji zaistnienia konieczności przeprowadzenia zabiegu cesarskiego cięcia, ale już w momencie stwierdzenia zagrożenia dla dziecka nienarodzonego i ryzyka zwiększenia się tego zagrożenia. Jest to odpowiedzialność oparta na konstrukcji nieumyślności (art. 9 § 2 k.k.), która w przypadku przestępstwa skutkowego spowodowanego przez zaniechanie wymaga wykazania ciężącego na podejrzanym szczególnie, prawnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi.

U podstaw normy sankcjonowanej

Refleksję na temat właściwego odczytania normy karnoprawnej, z uwzględnieniem kontekstów mających – lub takich, które powinny mieć – szczególny wpływ na ostateczny kształt normy warto rozpocząć od rozważenia jej budowy. Ważnym elementem jest dobro chronione stojące u podstaw typu czynu zabronionego. Na szczególną rolę dóbr chronionych uwagę zwraca wielu przedstawicieli doktryny. Lech Gardocki stwierdza, że przestępstwo godzi w istotne dla społeczeństwa dobra prawne⁴. Jacek Giezek i Marian Cieślak wskazują na ochronę dóbr jako podstawowe zadanie prawa karnego⁵. Dalsza część rozważań została oparta na teorii Andrzeja Zolla, dla której dobro chronione ma znaczenie fundamentalne. Nie jest moim celem wskazanie na jeden, prawidłowy schemat budowy normy karnoprawnej, chodzi

4 L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 85.

5 M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 83; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 254 i n.

mi raczej o posłużenie się wybranymi elementami modelu struktury przestępstwa proponowanego przez A. Zolla, które w mojej ocenie mają niezmiernie istotne znaczenie w procesie rekonstruowania normy karnoprawnej.

Model proponowany przez A. Zolla zbudowany został w oparciu o teorię norm sprzężonych, wyróżniającą normy sankcjonowane i sankcjonujące⁶. Przepisy prawa karnego wypowiedają jedynie normy sankcjonujące zachowania w nich określone, wyrażają powinność wymierzenia określonej sankcji w sytuacji zaktualizowania się hipotezy normy sankcjonującej, np. kary pozbawienia wolności w określonej wysokości⁷. Można stwierdzić, że sankcja wypowiedziana w normie sankcjonującej ma charakter swoistego dopełnienia polecającej funkcji (nakazującej działanie zgodne z kierunkiem

pociąga za sobą także prawnokarne konsekwencje, to też najczęściej będzie tak, że tylko niektóre typy zachowań naruszających tę normę będą zagrożone karą⁹. Innymi słowy, norma karnoprawna nie rozstrzyga o bezprawności danego zachowania – rozstrzygnięcie to bowiem ma podstawę w innej płaszczyźnie w systemie prawa – a jedynie o jego karalności¹⁰. W tym miejscu najbardziej widoczna staje się, szczególnie uwypuklana przez A. Zolla, służebna rola prawa karnego, bowiem ustawodawca podejmując decyzję o wprowadzeniu normy karnoprawnej, powinien uprzednio przeprowadzić swego rodzaju test, pozwalający na przynajmniej abstrakcyjne, bez każdorazowej konieczności sprawdzania empirycznego, stwierdzenie, że inne niż karne instrumenty ochrony prawnej nie spełniają oczekiwań w sposób dostateczny.



Dobra o charakterze podstawowym dla człowieka nie czerpią swej wagi z woli ustawodawcy.

wskazanym w normie) normy sankcjonowanej, poza którą należy jeszcze wskazać wartościującą funkcję normy sankcjonowanej, polegającą na wyrażeniu nagannej oceny zachowania z nią sprzecznego⁸. Norma sankcjonująca przybiera tutaj wtórną logiczną rolę względem normy sankcjonowanej, która wyrażając powinność określonego zachowania się, nie musi być obwarowaną normą karnoprawną, może ją bowiem sankcjonować inna gałąź prawa, jak np. prawo cywilne czy administracyjne, a w końcu może też mieć charakter *lex imperfecta*. Jak stwierdza A. Zoll: „Jeżeli nawet naruszenie normy

Jak widać, podstawowe znaczenie ma norma sankcjonowana, bez której norma sankcjonująca nie miałaby racji funkcjonowania w systemie. Wobec tego, zachodzi konieczność zastanowienia się nad kształtem normy sankcjonowanej, a także źródłami kontekstu mającymi wpływ na ów kształt. U podstaw normy sankcjonowanej leży jej rozumienie jako powinności składającej się z płaszczyzny aksjologicznej oraz płaszczyzny teleologicznej¹¹. Na płaszczyźnie aksjologicznej, mającej charakter uprzedni względem teleologicznej, nabudowany jest sąd wyrażający negatywną ocenę zachowania, zaś w ramach płaszczyzny teleologicznej wyraża się wola ustawodawcy unikania zachowań, do których ta ocena się odnosi. Zachowanie jest oceniane negatywnie, a w konsekwencji wymagane jest unikanie go, o ile narusza

6 A. Zoll rozwija proponowany przez siebie model struktury przestępstwa w oparciu o pracę K. Bindinga (*Die Normen und ihre Ubertretung*. t. I, wyd. 3, Leipzig 1916); por. też Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.

7 A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego* [w:] „Krakowskie Studia Prawnicze” 1991, t. XXIII, s. 71.

8 A. Zoll, *Komentarz do art. 1 k.k.* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2007, s. 25–26.

9 A. Zoll, *O normie prawnej...*, *op. cit.*, s. 72.

10 Normy karnoprawne mogą być jednak podstawą wnioskowania o normie sankcjonowanej, co nie oznacza, że stanowią jej źródło (A. Zoll, *O normie prawnej...*, *op. cit.*, s. 71–72).

11 A. Zoll, *O normie prawnej...*, *op. cit.*, s. 78.

dobra szczególnie ważne dla funkcjonowania społeczeństwa¹². Konsekwentnie, zachowanie zagrażające określonym dobrom jest w jakimś stopniu szkodliwe i musi być ocenione negatywnie. Pamiętać jednak należy, że dobra są w ciągłym obrocie, nie są „muzealnymi eksponatami”, a zatem negatywne wartościowanie ich naruszenia powinno mieć miejsce jedynie: po pierwsze, w takich przebiegach przyczynowych, nad którymi człowiek jest w stanie panować i, po drugie, w sytuacji naruszenia reguł ostrożności postępowania z danym dobrem¹³. Innymi słowy, jeżeli czyn narusza dobro prawne, niemniej nie wykracza poza reguły ostrożności, to nie można mówić o naruszeniu normy sankcjonowanej.

Problematyka dóbr chronionych pełni, w prezentowanym tu ujęciu A. Zolla, szczególną rolę w obszarze okoliczności wyłączających bezprawność czynu. Kolidująca dobra przyjmowana jest bowiem jako podstawa wszystkich kontratypów, co oznacza, że dobro istotne społecznie i prawnie, w sytuacji kontratypowej, jest poświęcane na rzecz innego dobra, któremu przyznaje się pierwszeństwo, zakładając, że

12 A. Zoll stawia zasadnicze pytanie: „... czy te dobra mają charakter obiektywny, niezależny od oceny ustawodawcy (grupy sprawującej władzę), czy też ich byt zależy od wcześniejszego uznania danego obiektu wartościowania za dobro. Inaczej mówiąc, czy można sporządzić idealny katalog dóbr społecznych, bez odwoływania się do wartościowania zawartego w normach, i czy można, z tego punktu widzenia, krytycznie analizować przyjęte przez ustawodawcę oceny, czy też o tym, co jest dobrem, możemy wnioskować tylko na podstawie tego, co ustawodawca za pomocą norm chroni” (A. Zoll, *O normie prawnej...*, op. cit., s. 78–79). Postawiony tu problem będzie przedmiotem analizy w dalszej części artykułu, niemniej już w tym miejscu warto zauważyć, że nieprawidłowe wydaje się takie ujęcie, które pozwalałoby na wnioskowanie o tym, co jest dobrem zawsze tylko na podstawie decyzji ustawodawcy. Otóż, ustawodawca podejmując decyzję prawodawczą, powinien czynić to w oparciu o zamiar ochrony określonych dóbr, z których przynajmniej te o charakterze podstawowym (życie, zdrowie) mają charakter logicznie wcześniejszy od decyzji ustawodawcy. W przeciwnym wypadku, jeżeli rozumieć każde dobro jako przedmiot ochrony wykreowany przez ustawodawcę, należałoby zaakceptować możliwość arbitralnego decydowania o katalogu dóbr istotnych dla określonej wspólnoty.

13 Por. H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts* [w:] „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1939, t. 58, s. 515 i n., cyt. za A. Zoll, *O normie prawnej...*, op. cit., s. 79.

zostały spełnione określone przesłanki gwarantujące społeczną opłacalność tego poświęcenia¹⁴.

Jak już wyżej zostało wspomniane, celem przywołania tego ujęcia struktury przestępstwa nie jest wskazanie jego generalnej prawidłowości czy też nie trafności, a raczej zwrócenie uwagi na pewne jego elementy, które pozwalają lepiej zrozumieć, w przypadku niniejszego artykułu, proces rekonstrukcji i interpretacji typu czynu zabronionego¹⁵. Rację ma Michał Królikowski, gdy stwierdza, że nie należy dążyć do zbudowania jednolitej koncepcji bezprawności adekwatnej w każdej sytuacji. Jak zauważa wskazany autor: „Prawo karne powinno zachować zdolność do odpowiedzi na akceptowaną społecznie potrzebę odpowiedzialności karnej osób występujących we wspomnianych rolach sprawczych lub naruszających szczególnego rodzaju zakazy i różne powody kryminalizacji, pod warunkiem ich zgodności z wzorcami oceny konstytucyjnej”¹⁶.

Szczególna rola Konstytucji

Wracając do pytania o źródło dóbr podkreślić należy, że dobra o charakterze podstawowym dla człowieka (np. życie i zdrowie) nie czerpią swojej wagi z woli ustawodawcy, mają charakter pierwotny względem decyzji o ustanowieniu normy sankcjonowanej¹⁷. Ustawodawca jedynie chroni wybrane dobra, zakazując zachowań je naruszających, a w przypadku dóbr szczególnie cennych,

14 A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 104.

15 Przedstawiona tutaj koncepcja struktury przestępstwa rozwijana przez A. Zolla nie jest powszechnie akceptowana. W literaturze spotyka się inne poglądy, m.in. takich autorów, jak: L. Gardocki (por. *Prawo karne*, op. cit., s. 47 i n.), J. Giezek (M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne...*, op. cit., s. 71 i n.), M. Cieślak (*Polskie prawo karne...*, op. cit., s. 134 i n.).

16 M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do artykułów 1–31*, Warszawa 2010, s. 49; M. Królikowski, *Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym* [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, Warszawa 2010, s. 63.

17 Na obiektywny system wartości zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 23 marca 1999 r., K 2/98: „Skoro bowiem z konstytucji wynika pewien obiektywny system wartości, to na ustawodawcy ciąży obowiązek stanowienia prawa o takiej treści, by możliwa była ochrona i realizacja tych wartości w możliwie najszerszym zakresie”.

nawet zachowań jedynie narażających te dobra na niebezpieczeństwo¹⁸. Skąd jednak ustawodawca powinien czerpać wiedzę o dobrach, które należy poddać ochronie?

Poszukując źródła wiedzy o dobrach, które powinny zostać objęte ochroną ustawodawcy, odwołajmy się w pierw do problematyki relacji pomiędzy członkami społeczeństwa, ich prawami i wolnościami, a także stosunku pomiędzy nimi a celami całej wspólnoty. Innymi słowy, konieczne jest sięgnięcie, choćby tylko w wymiarze bardzo ogólnym, do problematyki wspólnoty społecznej¹⁹. Społeczeństwo tworzy wspólnotę zbudowaną na pewnym katalogu wartości, w świetle których oceniane jest postępowanie jej członków. Wartości tych powinien przestrzegać – a niekoniecznie je wyznawać – każdy członek wspólnoty. Można za Anthonym Duffem przywołać tutaj przykład społeczności akademickiej, jako wspólnoty opartej m.in. na wartościach dążenia do odkrycia prawdy, rzetelności, uczciwości. Działalność studenta czy też pracownika naukowego nierzetelnego, powielającego odkrycia innych uczonych, naruszającego prawa autorskie będzie oceniona negatywnie, niezależnie od subiektywnych odczuć zainteresowanego, co doprowadzić może ostatecznie do wykluczenia danej osoby ze wspólnoty²⁰. Nie zakładam tu oczywiście wpływu i władztwa wspólnoty nad całokształtem aktywności człowieka. Wyróżnić można sferę publiczną właściwą wspólnocie²¹ i sferę prywatną zastrzeżoną do indywidualnego zagospodarowania przez daną osobę.

18 M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne...*, op. cit., s. 84.

19 Praktyczną aplikację tego zagadnienia, w kontekście religii w przestrzeni publicznej podjęto w artykule: M. Królikowski, K. Szczucki, *Państwo świeckie, neutralne czy bezstronne?*, „Więź” 2010, nr II–12, s. 21 i n.

20 R.A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford 2003, s. 36 i n. Zauważyć należy, że są takie wspólnoty, z których nie można nikogo wykluczyć, jak np. ludzkość czy wspólnota rodzinna (nawet w sytuacji braku kontaktu z rodziną czy zerwania pewnych relacji, członkostwo we wspólnocie rodzinnej trwa niezależnie od danej osoby).

21 Sformułowanie to ma charakter umowny, ponieważ w przypadku niektórych wspólnot trudno mówić o sferze publicznej, jak np. w rodzinie. W tym typie wspólnoty należy raczej mówić o sferze wspólnej oraz zarezerwowanej dla poszczególnych członków.

Czy wobec powyższego możemy mówić o państwie polskim jako wspólnocie politycznej opierającej się na wspólnych dla jej członków wartościach? Z pomocą przychodzi Konstytucja, która wyraża nie tylko aspekty formalnej organizacji państwa, ale przede wszystkim wyraża fundamentalne zasady jego funkcjonowania oraz prawa i wolności dla wspólnoty. Już w preambule Konstytucja wskazuje na to, że członkami wspólnoty – „Narodu Polskiego” są „wszyscy obywatele Rzeczypospolitej, zarówno wierzący w Boga będącego źródłem prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna, jak i niepodzielający tej wiary, a te uniwersalne wartości wywodzący z innych źródeł” i dalej „ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej jako prawa podstawowe dla państwa oparte na poszanowaniu wolności i sprawiedliwości, współdziałaniu władz, dialogu społecznym oraz na zasadzie pomocniczości umacniającej uprawnienia obywateli i ich wspólnot”. Co więcej w preambule umieszczono wezwanie do poszanowania przyrodzonej godności człowieka, jego prawa do wolności i obowiązku solidarności z innymi, wskazując zarazem, że zasady te mają być niewzruszoną podstawą Rzeczypospolitej Polskiej. W preambule wypowiedziano zatem podstawowe wartości, wokół których zorganizowana została Rzeczpospolita Polska, ogniskujące całą wspólnotę polityczną. Zwieńczeniem tego ujęcia wspólnoty jest art. 1 Konstytucji deklarujący, że „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”.

Mając na uwadze zadeklarowane w Konstytucji ujęcie Rzeczypospolitej Polskiej, jako wspólnoty politycznej, należy postawić pytanie o dobra, które powinny podlegać ochronie, gdyż w przeciwnym razie zostaną naruszone fundamentalne wartości, wokół których wspólnota buduje swoją tożsamość. Źródłem tych dóbr nie jest prawo karne, musi się ono znajdować poza nim, niemniej jest dla niego wiążące w tym znaczeniu, że prawo karne nie może zaprzeczać dobrom wywodzonym z tego źródła²². W literaturze wskazuje się na dwa nurty koncepcji pochodzenia dóbr, tj. nurt koncepcji pozytywistycznych oraz

22 A. Rybak-Starczak, *Pojęcie i funkcja dobra chronionego prawem w systemie polskiego prawa karnego*, Poznań 2004, s. 32 – niepublikowana praca doktorska napisana pod kierunkiem prof. dra hab. Andrzeja J. Szwarca.

nurt koncepcji niepozytywistycznych²³. Koncepcje pozytywistyczne polegają na wskazaniu decyzji ustawodawcy jako źródła dobra prawnego, co najpełniej przejawia się w konstytucyjnym obrazie człowieka, a zatem w prawach i wolnościach gwarantowanych w Konstytucji. Koncepcje niepozytywistyczne odwołują się do prawa naturalnego, do porządku społecznego czy też umowy społecznej. Wydaje się jednak, że istnieje możliwość pogodzenia tych koncepcji, oparta na znanym powszechnie podziale na *mala per se* i *mala prohibita*²⁴. Bez wątplenia można bowiem wskazać liczne dobra prawne, których ochrona ma uzasadnienie znacznie dalej idące niż tylko decyzja ustawodawcy czy nawet państw zawierających umowę międzynarodową. Do takich dóbr należą m.in.: życie człowieka, jego zdrowie, ochrona życia rodzinnego, czci, własność. Do dóbr prawnych związanych z płaszczyzną *mala prohibita* można zaliczyć m.in. obrót gospodarczy czy też sprawne działanie organów państwowych, a w szczególności dotyczy to typów czynów zabronionych polegających na naruszeniu różnych procedur przewidzianych prawem²⁵.

Skąd jednak czerpać wiedzę o dobrach niepozytywistycznych? Źródłem tej wiedzy może być Konstytucja, która jest również deklaracją dóbr istotnych dla obywateli Rzeczypospolitej Polskiej²⁶. Przemawia za tym przede wszystkim wskazane już wyżej rozu-

mienie naszej wspólnoty politycznej, przejawiające się w preambule Konstytucji oraz w zasadzie dobra wspólnego, a ponadto nadrzędność Konstytucji wobec innych aktów prawnych oraz bezpośrednio stosowanie jej przepisów²⁷. Ustawodawca winien mieć na uwadze, że nie może dowolnie kreować dóbr chronionych, a już bez wątplenia nie może kreować takich instrumentów prawnych, które naruszają lub pozwalają na naruszenie dóbr o szczególnym znaczeniu dla wspólnoty tworzącej państwo.

Koncepcja poszukiwania dóbr w Konstytucji spotkała się z krytyką w doktrynie prawa karnego²⁸. Można zrekonstruować cztery zasadnicze argumenty stanowiące rację dla wspomnianej krytyki:

1) ogólnikowość – sformułowania ustawy zasadniczej są na tyle ogólne, że ustawodawca opierając się wyłącznie na nich nie miałby żadnych granic. Skonkretyzowanie praw zasadniczych w ustawie prowadzi faktycznie do wyznaczenia im treści;

2) wartości konstytucyjne oraz wartości prawa kar-

²⁷ Prowadzone tu rozważania dotyczą Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Nie można apriorycznie stwierdzić, że opisany mechanizm będzie adekwatny dla innych systemów prawnych. Konstytucja może być źródłem wiedzy o dobrach mających szczególne znaczenie dla wspólnoty politycznej, jeżeli jest ona legitymizowana przez tę wspólnotę. Nie oznacza to automatycznego zakwalifikowania do tego zakresu konstytucji państw demokratycznych i wykluczenia konstytucji państw autorytarnych (konstytucje państw totalitarnych co do zasady nie będą mogły być zakwalifikowane do tego zbioru).

²⁸ Por. m.in. H.J. Hirsch, *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 1; C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, JuS 1966, s. 377–387, cyt. za: D. Gruszka, *Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie”, Wrocław 2008, s. 150; A. Rybak-Starczak, *Pojęcie i funkcja dobra...*, *op. cit.*, s. 49 i n.; A. Zoll, *O normie prawnej...*, *op. cit.*, s. 78–79. A. Rybak-Starczak przeprowadzając swoją analizę przyjęła błędne założenie. Badała bowiem zakres, w jakim polski ustawodawca karzy dobra wyrażone w konstytucji w oparciu o tezę, iż każde z nich niesie za sobą obowiązek ochrony karnej. W mojej opinii odczytanie konstytucji wiąże ze sobą dyrektywę skierowaną do ustawodawcy, aby podjął odpowiednie działania mające na celu maksymalnie możliwą ochronę danego dobra, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, o której jeszcze będzie mowa. Nie zawsze jednak będzie to ochrona karnopravna, a jeżeli zaakcentujemy znaczenie zasady subsydiarności prawa karnego, to powiemy nawet, że zwykle to nie będzie ten rodzaj ochrony.

²³ *Ibidem*, s. 32 i n.

²⁴ Płaszczyznę *mala per se* rozumiem jako kategorię typów czynów zabronionych chroniących takie dobra prawne, które mają swoje źródło ponadpozytywne, zaś w ramach płaszczyzny *mala prohibita* wskazać można te typy czynów zabronionych, które chronią dobra prawne wykreowane przez ustawodawcę.

²⁵ Z zakwalifikowania wybranych czynów zabronionych do kategorii *mala prohibita* nie płynie jednak wniosek o zupełnej dowolności ustawodawcy, prowadzącej niekiedy do kreowania czynów zabronionych w zupełnym oderwaniu od wartości istotnych dla wspólnoty, a będących jedynie wyrazem politycznych przekonań osób sprawujących władzę, co może mieć miejsce szczególnie w systemach autorytarnych i totalitarnych, np. kodeks karny z 1969 r. przewidywał typ czynu zabronionego polegający na publicznym nawoływaniu do czynów przeciwko jednoci sojuszniczej PRL z państwem sprzymierzonym.

²⁶ W konstytucji *expressis verbis* wyrażono konstatację, że wartości (dobra) w niej wypowiedziane mają charakter ponadpozytywny, wywodzą się z Boga lub innych źródeł. Ich fundamentem jest natomiast godność człowieka, niezbywalna i przyrodzona (art. 30 konstytucji).

nego pokrywają się tylko w wąskim zakresie, głównie podstawowych dóbr. Niektóre dobra wyrażone w Konstytucji nie podlegają ochronie karnoprawnej, zaś niektóre objęte ochroną karnoprawną nie są wypowiedziane w Konstytucji;

3) słaby związek między Konstytucją a zakazem, ponieważ nie da się wyprowadzić z niej normy sankcjonowanej;

4) nie istnieje wiążący ustawodawcę konstytucyjny obowiązek ochrony, ponieważ nie można mówić w polskim systemie prawa o roszczeniu kierowanym do ustawodawcy o objęcie dóbr wyrażonych w Konstytucji ochroną karnoprawną.

Poniżej przedstawię argumenty przemawiające za słuszością koncepcji konstytucyjnie zadeklarowanych dóbr w perspektywie ich karnoprawnej ochrony. Wcześniej jednak konieczne jest zarysowanie prob-

dy są podstawami dla reguł) lub kryterium funkcji (zasady są normami argumentowania, zaś reguły są normami zachowania). R. Alexy proponuje inne kryterium, wskazujące na jakościową różnicę pomiędzy regułami i zasadami. Normy będące zasadami nakazują, aby ich treść była realizowana w możliwie najszerszym zakresie, w miarę prawnych i rzeczywistych możliwości. Oznacza to, że zasady są nakazami optymalizacji. Innymi słowy, zasady nie zakładają obowiązku każdorazowego pełnego ich zrealizowania, a jedynie ich urzeczywistnienia w możliwie najdalej idący sposób w zależności od uwarunkowań panujących w konkretnej sytuacji³¹. Reguły natomiast oparte są na systemie, który możemy określić hasłem „wszystko albo nic”. Reguła jest nakazem pełnej realizacji jej treści, nie należy robić ani więcej, ani mniej, co oznacza, że reguły mają charakter definitywny³².

Z perspektywy tematu niniejszego artykułu szcze-



Bez wątpienia można znaleźć liczne dobra prawne, których ochrona ma uzasadnienie dalej idące niż tylko decyzja ustawodawcy.

lematyki struktury praw podstawowych w oparciu o teorię zaprezentowaną przez R. Alexy'ego²⁹, która może okazać się istotnym kluczem do rozwiązania opisanych wyżej trudności.

Optymalizacja zasad

U podstaw R. Alexy'ego teorii praw podstawowych leży rozróżnienie pomiędzy regułami a zasadami. Zarówno reguły, jak i zasady są normami, bowiem wyrażają powinność, niemniej różny jest ich charakter³⁰. Wśród kryteriów podziału norm na reguły i zasady wskazuje się takie jak: kryterium generalności (zasady mają być normami o względnie wysokim, zaś reguły normami o względnie niskim stopniu generalności), kryterium podstawy (zasa-

gólnie ważny wydaje się problem kolizji zasad i konfliktu reguł, który, jak zauważa R. Alexy, uwidacznia różnicę pomiędzy regułami i zasadami³³. W przypadku kolizji reguł możliwe jest tylko takie rozwiązanie, które pozwala na zastosowanie jednej z nich, zaś odrzucenie drugiej, a zatem uznanie tylko jednej za obowiązującą. Wyobraźmy sobie, że w jednym systemie prawnym występują dwie przeciwstawne sobie normy dotyczące podstawowych zasad ruchu drogowego, z których jedna nakazuje ruch prawostronny, zaś druga ruch lewostronny. Rozwiązanie

29 R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010; por. też P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997, s. 60–87.

30 R. Alexy, *Teoria...*, *op. cit.*, s. 74.

31 Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w cytowanym już wyżej wyroku z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98: „Skoro bowiem z konstytucji wynika pewien obiektywny system wartości, to na ustawodawcy ciąży obowiązek stanowienia prawa o takiej treści, by możliwa była ochrona i realizacja tych wartości w możliwie najszerszym zakresie”.

32 R. Alexy, *Teoria...*, *op. cit.*, s. 78.

33 *Ibidem*, s. 79.

tęgo konfliktu może polegać jedynie na zastosowaniu się do jednego z tych nakazów, zaś odrzuceniu drugiego, co można uczynić opierając się na podstawowych zasadach prawniczego rozumowania, jak np. *lex posterior derogat legi priori* oraz *lex specialis derogat legi generali*. Metoda ta nie będzie konieczna, gdy reguły objęte są klauzulą wyjątku, wskazującą zakres zastosowania każdej z nich.

Kolizja zasad powstaje natomiast wtedy, gdy płynące z nich nakazy optymalizacyjne wzajemnie się wykluczają. Kolizję, zdaniem R. Alexy'ego, można rozstrzygnąć tylko uwzględniając uwarunkowania danej sytuacji, pozwalające na przyznanie pierwszeństwa jednej z zasad. Zasady w ujęciu abstrakcyjnym mają jednakową rangę, zaś w konkretnej sytuacji kształtuje się warunkowa relacja pierwszeństwa, które w innej sytuacji może przybrać zupełnie odwrotny kształt. Oznacza to, że jeżeli w warunkach C

przykład orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie *Lebach*, dotyczącej wyemitowania w telewizji filmu dokumentalnego pokazującego przestępstwo polegające na zamordowaniu śpiących żołnierzy pilnujących magazynu amunicji Bundeswehry, a także skradzeniu broni w celu popełnienia kolejnych czynów zabronionych. Jeden ze skazanych będąc na krótko przed zwolnieniem z odbywania kary, podniósł, że emisja naruszy jego prawa podstawowe³⁵. Szczególnie interesująca wydaje się metodologia prowadząca FTK do rozstrzygnięcia, które poprzedzone było trzema etapami rozumowania. Na pierwszym poziomie Trybunał stwierdził kolizję pomiędzy zasadą ochrony dóbr osobistych a wolnością przekazu. W następnej kolejności FTK wskazał na generalne pierwszeństwo wolności przekazu na temat czynów karalnych. Decyzję podjął jednak na szczeblu trzecim ustalając,



Zasady nie zakładają obowiązku każdorazowego pełnego ich zrealizowania, a jedynie ich urzeczywistnienia w możliwie najdalej idący sposób w zależności od uwarunkowań panujących w konkretnej sytuacji.

zasada Z_1 ma pierwszeństwo przed zasadą Z_2 (Z_1PZ_2) C, i jeśli z Z_1 w warunkach C wynika skutek prawny R, to obowiązuje jedna reguła, która zawiera C jako stan faktyczny i R jako skutek prawny³⁴. W tym miejscu warto jeszcze, za R. Alexy'm przytoczyć

³⁴ Zdecydowałem się na zmianę sposobu oznaczania zasad z litery „P” na „Z”, co pozwala na lepsze odróżnienie zasad od istniejącej pomiędzy nimi relacji pierwszeństwa, podobnie P. Tuleja, *Normatywna treść...*, *op. cit.*, s. 72 i n. R. Alexy proponuje także mniej techniczne sformułowanie sposobu rozwiązywania kolizji: „Warunki, w których jedna z zasad ma pierwszeństwo przed drugą, tworzą stan faktyczny jakiejś reguły, która wypowiada skutek prawny zasady mającej pierwszeństwo”, por. R. Alexy, *Teoria...*, *op. cit.*, s. 84.

że w przypadku zagrożenia dla resocjalizacji sprawcy, pierwszeństwo należy przyznać dobrom osobistym sprawcy. Abstrahując od prawidłowości rozstrzygnięcia FTK i porównywania jego właściwości z polskim Trybunałem Konstytucyjnym, należy zwrócić uwagę na zaprezentowaną tu procedurę rozstrzygnięcia konfliktów. Pomędzy poziomem abstrakcyjnej równości zasad a poziomem przewagi jednej zasady w określonych warunkach, pojawiła się jeszcze jedna płaszczyzna, a mianowicie wskazanie na zwykle występującą przewagę pomiędzy dwiema wybranymi zasadami, która oczywiście może ulec

³⁵ BVerfGE 35, 202; cyt. za: R. Alexy, *Teoria...*, *op. cit.*, s. 84–86.

przekształceniu w konkretnych warunkach. Tak zrekonstruowany sposób odczytywania kontekstu konstytucyjnego zostanie jeszcze przywołany w dalszej części opracowania.

Podsumowując dotychczas wskazane tezy R. Alexy'ego, okazuje się, że zasady są racjami *prima facie*, reguły zaś są racjami definitywnymi, chyba że ustanowiono wyjątek³⁶. Zasada przekształca się w regułę o charakterze definitywnym po zastosowaniu wskazanego wyżej mechanizmu opartego o relację preferencji, po wzięciu pod uwagę uwarunkowań towarzyszących rozstrzygnięciu kolizji.

Przed przejściem do omówienia możliwości aplikacji wskazanej tu teorii reguł i zasad do prawa karnego, należy także wskazać na związek pomiędzy teorią zasad a zasadą proporcjonalności. Jak zauważa R. Alexy, stosowanie zasad opiera się zwykle na zasadzie proporcjonalności, a zatem zakłada odwołanie się do takich kryteriów jak zdatność, niezbędność oraz proporcjonalność w węższym rozumieniu³⁷. Proporcjonalność w węższym rozumieniu, tj. nakaz wyważenia, przejawia się w konieczności zastosowania kolidujących ze sobą zasad w stopniu, w jakim to jest możliwe. Innymi słowy, proces optymalizacji kolidujących zasad powinien przebiegać w taki sposób, aby możliwe było zastosowanie każdej z nich, niekoniecznie jednak w tym samym stopniu. Niezbędność wynika z charakteru zasad, bowiem nakazują one optymalizację także względem prawnych i materialnych możliwości. Jeżeli bowiem, z perspektywy zasady mającej w danej sytuacji pierwszeństwo istotne jest zastosowanie środka M_1 lub M_2 , jednak bez różnicy którego z nich konkretnie, a z perspektywy drugiej zasady środek M_2 jest bardziej szkodliwy, to z optymalizacyjnego charakteru zasad wynika konieczność zastosowania środka M_1 . Podobnie jest ze zdatnością. Jeżeli środek M_1 nie jest przydatny dla urzeczywistnienia jednej z zasad a przeszkadza drugiej, to jest on zabroniony.

Wskazany wyżej mechanizm właściwy jest dla rozstrzygnięcia konfliktów pomiędzy zasadami wyrażonymi w konstytucji, a zatem również dla konfliktów pomiędzy prawami i wolnościami.

36 R. Alexy, *Teoria...*, op. cit., s. 89.

37 *Ibidem*, s. 97.

Odczytywanie i aplikacja kontekstu konstytucyjnego

Konstytucja jest źródłem wiedzy o dobrach – przynajmniej tych najważniejszych – relewantnych dla wspólnoty społecznej, zaś poziom i zakres ich ochrony jest skutkiem rozstrzygnięcia kolizji między tymi dobrami (odwołując się do teorii R. Alexy'ego należałoby powiedzieć zasadami). Z perspektywy prawa karnego jest to szczególnie ważne, bowiem jedną z jego podstawowych funkcji jest ochrona dóbr. Oznacza to, że wymóg uwzględnienia perspektywy konstytucyjnej w prawie karnym pojawia się na dwóch zasadniczych etapach. Po pierwsze, na etapie stanowienia prawa karnego, kiedy ustawodawca podejmuje decyzję na temat zakresu dóbr, które chce chronić z wykorzystaniem narzędzi karnoprawnych, a także katalogu sankcji. W następnej kolejności obowiązek harmonizacji kontekstu konstytucyjnego pojawia się na etapie wykładni prawa karnego w procesie jego stosowania. Wskutek uwzględnienia zasad konstytucyjnych oraz innych punktów odniesienia, na jakie Konstytucja otwiera polski porządek prawny, dochodzi do prawidłowego ustalenia zasad indywidualnej odpowiedzialności karnej, przy jednoczesnym optymalnym uwzględnieniu wartości istotnych dla wspólnoty i wypowiedzianych w Konstytucji³⁸. Uzgodnienie kontekstu konstytucyjnego może nastąpić na dwa sposoby, tj. weryfikację zgodności przepisu karnego z Konstytucją lub przeprowadzenie prokonstytucyjnej wykładni prawa.

Orzeczenie o niekonstytucyjności przepisu ma charakter *ultima ratio*, a zatem jest uzasadnione jedynie w razie niemożliwej do usunięcia w inny sposób sprzeczności pomiędzy konstytucyjnym wzorcem kontroli a przepisem karnym³⁹. Inne skutki niesie za sobą prokonstytucyjna wykładnia prawa, która przybiera jedną z dwóch form:

a) wykładni ustaw w zgodzie z Konstytucją – wyeliminowanie tego sposobu dekodowania normy,

38 M. Królikowski, *Zasada proporcjonalności w prawie karnym* [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, Warszawa 2010, s. 40.

39 *Ibidem*, s. 41; por. też M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006, s. 94; P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności” aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 5, s. 55 i n.; wyrok TK z 30 października 2006 r., P 10/06.

który prowadzi do ustalenia treści sprzecznych z Konstytucją RP⁴⁰,

b) wykładni zorientowanej na Konstytucję – dyrektywa interpretacyjna pozwalająca na możliwie najszersze (optymalne) uwzględnienie kontekstu konstytucyjnego⁴¹.

Wskazanych wyżej form prokonstytucyjnej wykładni prawa nie należy traktować rozłącznie, tj. tylko prowadząc wykładnię ustawy w zgodzie z Konstytucją albo tylko wykładnię zorientowaną na Konstytucję. Takie ujęcie jest błędne i niemożliwe. Wykładnia zorientowana na Konstytucję, prowadząca do optymalnego uwzględnienia kontekstu konstytucyjnego musi bowiem zarazem eliminować te znaczenia dekodowanych norm, które są z Konstytucją sprzeczne. Dopiero jednoczesne zastosowanie obydwu wskazanych form pozwa-

a) ustalenie kolidujących ze sobą dóbr (zwykle jest to kolizja dobra, które ma być objęte ochroną z wolnością jednostki),

b) dokonanie optymalizacji kolidujących ze sobą dóbr (zasad) na szczeblu abstrakcyjnym,

c) zastosowanie efektu optymalizacji w konkretnym stanie faktycznym w perspektywie zasady proporcjonalności,

d) uwzględnienie wyniku optymalizacji zasad i preferowanego przez ustawodawcę sposobu jej rozwiązania⁴².

Podjmując się próby wypracowania modelu prawidłowego odczytywania kontekstu konstytucyjnego relewantnego dla prawa karnego, należy jeszcze zasygnalizować problematykę hierarchii norm, która wskazywałaby na kierunek, który należy przyjąć podczas optymalizacji zasad wynikającej z ich kolizji.



Godności człowieka można przypisać charakter zasady nadrzędnej – metazasady niezależnej od woli ustrojodawcy, która nie podlega optymalizacji, co więcej, ma stanowić gwarancję prawidłowego rozstrzygnięcia kolizji zasad.

ła na prawidłowe odczytanie normy umocowanej w kontekście konstytucyjnym.

Prowadząc wykładnię prokonstytucyjną prawa karnego w oparciu o nadrzędność Konstytucji RP i domniemanie konstytucyjności ustawy, należy podjąć analizę opartą o następujące działania:

40 Jest to metoda wykładni stosowana także przez Trybunał Konstytucyjny, który w pierwszej kolejności próbuje odczytać z przepisu normę zgodną z konstytucją, a dopiero w następnej kolejności – w oparciu o zasadę *ultima ratio* – orzeka o niezgodności przepisu z konstytucją. Por. np. wyrok TK z 18 grudnia 2002 r., K 43/01, wyrok TK z 10 lipca 2007 r., SK 50/06.

41 M. Królikowski, *Zasada proporcjonalności...*, *op. cit.*, s. 40–41.

Z tym też wiąże się zagadnienie, czy istnieją zasady absolutne. R. Alexy sprzeciwia się takiemu ujęciu zasad, z którego miałyby wynikać zasady absolutne oraz abstrakcyjna hierarchia zasad⁴³. Wydaje się jed-

42 M. Królikowski proponuje nieco odmienny schemat postępowania: 1) określenie przez pryzmat norm konstytucyjnych dóbr prawnych uzasadniających ingerencję w wolność jednostki, 2) ustalenie wzorców kontroli, 3) uwzględnienie kolizji wartości konstytucyjnych i preferowanego przez ustawodawcę sposobu jej rozwiązania, 4) ocena zasadności systemu represji karnej (M. Królikowski, *Zasada proporcjonalności...*, *op. cit.*, s. 42).

43 „Jeśli istnieją zasady absolutne, to należy zmienić definicję pojęcia zasady, ponieważ fakt, że jakaś zasada w wypadku kolizji ma zawsze pierwszeństwo przed innymi zasadami,

nak, że możliwe jest wskazanie takich dyrektyw optymalizowania kolidujących ze sobą zasad, które czerpią swoje uzasadnienie z pewnego rodzaju hierarchii. Trybunał Konstytucyjny rozważając konstytucyjność art. 212 k.k. zauważył, że: „W tych warunkach [wynikającego z art. 30 Konstytucji wykluczenia zniesienia lub ograniczenia wolności i praw, prowadzącego do naruszenia godności człowieka – przyp. aut.] należy uznać, że im silniejszy jest związek danego prawa albo wolności z istotą godności człowieka, tym lepiej (skuteczniej) winno być chronione przez władze publiczne”. Dalej Trybunał wypowiedział myśl jeszcze bardziej istotną dla prowadzonych tu rozważań: „Należy uznać, że wolności i prawa wyrażające kwintesencję i stanowiące emanację godności człowieka, w tym cześć, dobre imię i prywatność (chronione z mocy art. 47 Konstytucji), mogą zasługiwać na pierwszeń-

będącą przyrodzonym i niezbywalnym źródłem wolności i praw człowieka i obywatela. Godności człowieka można przypisać charakter zasady nadrzędnej – metazasady niezależnej od woli ustrojodawcy, która nie podlega optymalizacji, co więcej, ma stanowić gwarancję prawidłowego rozstrzygnięcia kolizji zasad⁴⁶.

Zasady na poziomie abstrakcyjnym są sobie równe o tyle, że każda z nich powinna być w dotyczącym ją stanie faktycznym zastosowania w możliwie najszerszym zakresie, niemniej nie prowadzi to do wniosku, że w przypadku kolizji niektórych zasad, na poziomie abstrakcyjnym niemożliwe jest uznanie jednej z nich za domagającą się urzeczywistnienia w szerszym zakresie. Trudno byłoby bowiem bronić tezy, na podstawie której stwierdza się, że nie jest możliwe wskazanie na poziomie abstrakcyjnym szczególnej wagi zasady prawnej ochrony życia w przypadku kolizji



Wymóg uwzględniania kontekstu konstytucyjnego w prawie karnym pojawia się na co najmniej dwóch etapach.

stwo w kolizji z wolnością słowa oraz wolnością prasy i innych środków społecznego przekazu, a w konsekwencji prowadzić do ich ograniczenia, niezależnie od tego, że mają one nie tylko wymiar indywidualny, ale też ogólnospołeczny, jako gwarancja debaty publicznej niezbędnej w demokratycznym państwie prawnym⁴⁴. W świetle uwag Trybunału Konstytucyjnego możliwe jest skonstruowanie pewnego modelu rozumienia hierarchiczności norm. W pierwszej kolejności należy wskazać na godność człowieka, wyrażoną w Konstytucji⁴⁵,

a także przed tą mówiącą, iż należy stosować się do ustanowionych reguł, oznacza, że jej realizacja nie zna żadnych prawnych granic” (R. Alexy, *Teoria...*, *op. cit.*, s. 92).

44 Wyrok TK z 30 października 2006 r., P 10/06.

45 Podkreślenia wymaga fakt, że konstytucja nie jest źródłem godności. Z przyrodzonego i niezbywalnego charakteru godności wynika to, że jest ona immanentna człowiekowi niezależnie od tego, czy stanowi tak jakikolwiek akt prawa

z zasadą nienaruszalności mieszkania. Prawdą jest, że w przypadku nie wszystkich zasad możliwe jest wskazanie takiego prymatu już na poziomie abstrakcyjnym, niemniej nie może to prowadzić do stwierdzenia, że jest to zupełnie niezasadne⁴⁷. Im bardziej

pozytywnego. Por. L. Garlicki, *Komentarz do art. 30 Konstytucji RP* [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom 2*, Warszawa 2001. Więcej na temat znaczenia godności człowieka dla systemu prawnego: J. Bucińska, *Godność człowieka jako podstawowa wartość porządku prawnego*, „Prawo Administracja Kościoł” 2001, z. 2/3; K. Complak, *Uwagi o godności człowieka oraz jej ochrona w świetle nowej konstytucji*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 5; M. Piechowiak, *Godność jako fundament powinności prawa wobec człowieka* [w:] P. Morciniec (red.), L. Stadniczeńko (red.), *Urzeczywistnianie praw człowieka w XXI wieku*, Opole 2004.

46 Inaczej R. Alexy, który wskazuje, że godność jest jedną z zasad podlegającą optymalizacji (R. Alexy, *Teoria...*, *op. cit.*, s. 92–95).

47 Por. cyt. wyżej wyrok TK z 30 października 2006 r., P 10/06.

zasada jest umocowana w godności człowieka, tym w większym zakresie powinna być zrealizowana w efekcie procesu optymalizacji. Płaszczyzna optymalizacji jest szczególnie ważna dla ustawodawcy karnego. Otóż, to na tym poziomie rekonstruuje on kształt dobra, które należy objąć ochroną karnoprawną. Innymi słowy, optymalizacja zasad na poziomie abstrakcyjnym (np. zasady ochrony życia z zasadą prywatności), bez odniesienia do konkretnego stanu faktycznego powinna leżeć u podstaw decyzji kryminalizacyjnej, przynajmniej w przypadku dóbr, o których źródłem wiedzy jest Konstytucja.

Jeżeli ustawodawca zdecydował się na karnoprawną ochronę określonego dobra, mając na uwadze optymalizację zasad kolidujących ze sobą *in abstracto*, to powinien mieć także świadomość, iż w wyniku różnych okoliczności może się jednak okazać, że dobro chronione powinno ustąpić innemu dobru, którego ochrona wiąże się z wejściem w obszar określonego typu czynu zabronionego. Jak zauważa M. Królikowski: „Konstrukcja norm optymalizujących powoduje, że jedno rozstrzygnięcie ustawodawcy (o ukształtowaniu typu) nie przesądza o tym, że wynikające z nich obowiązki maksymalnej realizacji zawartych w nich postulatów normatywnych nie będą wymagały korekty uprzedniej decyzji ustawodawcy”⁴⁸. Przykładowo, ustawodawca podjął decyzję o karnoprawnej ochronie mienia prywatnego (np. art. 278 k.k., art. 289 k.k.). Może się jednak okazać, że zabór czyjegoś samochodu może być niezbędny do uratowania życia w nagłej sytuacji jego zagrożenia. Ustawodawca odczytując zasady wynikające z Konstytucji w perspektywie ich optymalizacji uznał, że należy objąć ochroną karnoprawną zarówno życie człowieka, jak i jego mienie. Pozostawienie zakresu ochrony w takim kształcie powodowałoby odpowiedzialność karną w wyżej wskazanej sytuacji zaboru pojazdu w celu krótkotrwałego użycia, co bez wątpienia naruszałoby Konstytucję, a szczególnie zadeklarowaną w art. 38 zasadę ochrony życia, bowiem ochrona życia powinna być zrealizowana w możliwie najszerszym zakresie, a zasada ochrony

mienia prywatnego ustąpić jej w możliwie największym stopniu. Konstrukcją odpowiednią dla takich sytuacji jest przewidziany przez ustawodawcę stan wyższej konieczności. Oznacza to, że ustawodawca karny wprowadza do systemu konstrukcje pozwalające na powtórzenie procesu rozstrzygnięcia kolizji zasad⁴⁹.

Kolejną płaszczyzną optymalizacji zasad, a zatem rozstrzygania ich kolizji, istotną dla prawa karnego jest zastosowanie efektu procesu optymalizacji w konkretnym stanie faktycznym. Prawdłowo zrekonstruowane dobro chronione pozwala na poprawne odczytanie normy sankcjonowanej, a w konsekwencji także hipotezy normy sankcjonującej. Tym samym, akceptując teorię o konstytucyjnym źródle wiedzy o dobrach, niezbędne jest sięgnięcie do kontekstu konstytucyjnego w celach wykładniczych. Rozstrzygając o odpowiedzialności sprawcy należy także odwołać się do przytoczonych już wyżej instrumentów będących efektem korekty kryminalizacyjnej decyzji ustawodawcy, których zadaniem jest wyłączenie odpowiedzialności karnej w pewnych szczególnych sytuacjach.

Konstytucja jako źródło wiedzy o dobrach chronionych

Zaprezentowana wyżej metoda odczytywania kontekstu konstytucyjnego oraz formy prokonstytucyjnej wykładni prawa powinny być uwzględniane w procesie stosowania prawa, tak aby w sposób prawidłowy zrekonstruować dobro chronione. W związku z tym, wskazane wyżej zarzuty względem odszukiwania dóbr chronionych w Konstytucji, wydają się wątpliwe.

Zaprezentowana metoda rozstrzygania kolidujących ze sobą zasad konstytucyjnych poprzez ich optymalizację wskazuje, że możliwa jest rekonstrukcja dobra, które należy chronić. Zasady być może pozornie jawią się jako ogólnikowe, niemniej mogą prowadzić do bardzo konkretnych wniosków związanych z ich aplikacją. Ze względu na ograniczoną objętość niniejszego artykułu nie jest możliwe przedstawienie badań z zakresu porównania dóbr chronionych mających swe źródło w Konstytucji oraz dóbr chronionych przez prawo karne aby stwierdzić, jakie są pomiędzy

48 M. Królikowski, *Komentarz do art. 1 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I*, Warszawa 2010, s. 169.

49 *Ibidem*, s. 169.

nimi stosunki ilościowe, tzn. których jest więcej, niemniej nie liczba ma tu decydujące znaczenie, ale raczej jakość i waga dóbr wynikających z Konstytucji.

Nieprawidłowy wydaje się także zarzut wskazujący słaby związek między Konstytucją a zakazami karnoprawnymi, uzasadniany tym, że z Konstytucji nie da się wyprowadzić normy sankcjonowanej. Jeżeli jednak odwołamy się do przytoczonej już wyżej koncepcji A. Zolla, która wśród elementów składowych normy sankcjonowanej widzi dobra prawne oraz reguły ostrożności postępowania z tymi dobrami, to okaże się, że to Konstytucja jest podstawowym źródłem wiedzy o dobrach, których część jest następnie obejmowana ochroną przez ustawodawcę karnego. Można przeto powiedzieć, że istnieje bardzo silny związek między Konstytucją a zakazami karnymi⁵⁰. Wypracowanie reguł ostrożności uzależnione jest już od odpowiedniej wiedzy i doświadczenia⁵¹. Jeżeli na-

wyrazisty po uwzględnieniu obowiązku przeprowadzenia prokonstytucyjnej wykładni prawa karnego.

Nie można zgodzić się także z zarzutem ostatnim, wskazującym, że nie istnieje wiążący ustawodawcę konstytucyjny obowiązek ochrony dóbr wypowiedzianych w Konstytucji, ponieważ nie można mówić w polskim systemie prawa o roszczeniu kierowanym do ustawodawcy o objęcie dóbr wyrażonych w Konstytucji ochroną karnoprawną. Przede wszystkim błędne jest wnioskowanie, że konstytucyjny obowiązek ochrony istnieje o tyle, o ile możliwe jest skierowanie do ustawodawcy roszczenia o ochronę dóbr wyrażonych w Konstytucji. Być może skuteczność obowiązku ochrony jest wtedy mniejsza, wszakże nie musi być on obwarowany sankcją w postaci roszczenia. Co więcej, jak już wyżej zostało powiedziane, nie wszystkie dobra wypowiedziane w Konstytucji muszą zostać objęte ochroną karnoprawną. Decyzja



Istnieje bardzo silny związek między Konstytucją a zakazami karnymi.

wet nie uznaje się przywołanej tutaj koncepcji normy sankcjonowanej, to nie można mieć żadnych wątpliwości, że dobro prawne stanowi istotną kategorię dla prawa karnego⁵². Innymi słowy, pomiędzy Konstytucją a ustawą karną istnieje ścisły związek, szczególnie

taka należy bowiem do ustawodawcy, który obowiązany jest wziąć pod uwagę wiele czynników, w tym zasadę proporcjonalności, a także szczególny charakter instrumentów karnoprawnych. Dobra, o których źródłem wiedzy jest Konstytucja, mogą zostać objęte ochroną przez inne instrumenty prawne lub nawet pozostać bez sformalizowanej ochrony, jeżeli nie są one zagrożone.

Wobec zaprezentowanego wyżej modelu uwzględniania dóbr wypowiedzianych w Konstytucji może zostać postawiony jeszcze jeden zarzut, wedle którego zasada wykładni prokonstytucyjnej prawa karnego w przedstawionym kształcie prowadzić może do naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*, bowiem odrywa rozumienie przepisu li tylko od jego literalnego brzmienia. Odpowiadając na tak postawiony zarzut, można wskazać przynajmniej dwa argumenty broniące tezy o konieczności prowadzenia prokonstytucyjnej wykładni prawa karnego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że owa zasada, wypowiedziana w art. 42 ust. 1 Konstytu-

50 A. Zoll, *O normie prawnej...*, op. cit., s. 78; por. też M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I*, Warszawa 2010, s. 41 i n.

51 Z dobrem chronionym bezpośrednio związana jest problematyka reguł ostrożności, których zachowanie powoduje uniknięcie wejścia w obszar bezprawności, nawet jeżeli w jakiś sposób zostało naruszone dobro chronione. Źródłem reguł postępowania jest wiedza o naturze danego dobra oraz doświadczenie z obchodzenia się z tym dobrem. Zachowanie reguł ostrożności należy ocenić z uwzględnieniem trzech kryteriów: kwalifikacji podmiotu, cech narzędzia oraz sposobu wykonania czynności (por. A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I*, Kraków 2004, s. 34).

52 Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 85; M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 83; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 254 i n.

cji RP jest – w myśl podziału norm przywołanego tu za R. Alexy’em – raczej regułą niż zasadą. Jeżeli bowiem ustrojodawca mówi, że odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, to nie można mieć wątpliwości, że odpowiedzialność na innej podstawie nie jest możliwa, za wyjątkiem odpowiedzialności na podstawie prawa międzynarodowego, co zaznaczono w zdaniu drugim przywołanego przepisu. Innymi słowy, art. 42 ust. 1 nie pozostawia pola do optymalizacji, może być tylko stosowany w myśl powiedzenia „wszystko albo nic”. Mając zatem na uwadze, że norma płynąca z art. 42 ust. 1 ma charakter reguły, a zatem nie można od niej odstąpić w przypadku prokonstytucyjnej wykładni prawa karnego, a raczej – przeciwnie – należy się jej szczególnie miejsce w procesie wykładni, z problemem

Wydaje się także, że zasadne w przypadku omawianego tu zarzutu jest odwołanie się do zaproponowanych przez Johna Gardniera pojęć przejrzystości tekstowej (*textual clarity*) oraz przejrzystości moralnej (*moral clarity*) przepisu⁵⁴. John Gardner zauważa, że tekst przepisów jest zrozumiały tylko dla nielicznych, głównie osób należących do grona profesjonalistów. Na poparcie tej tezy można przywołać liczne przykłady z polskiej ustawy karnej, jak np. problem usiłowania nieudolnego, różnicę pomiędzy przywłaszczeniem a kradzieżą, pomiędzy zniesławieniem a znieważeniem, czy też większość znamion w tzw. przestępstwach gospodarczych. Większość ludzi, jak twierdzi dalej Gardner, zdaje sobie sprawę z tego, co stanowi prawo, nie wiedząc jednocześnie, w jaki sposób to stanowi, przy użyciu jakich treści i konstrukcji. Tak rozumiane poczucie prawa, jego intuicję, określa Gardner moralną przejrzystością.



Zarysowana tu metoda wykładni jest raczej gwarancją *nullum crimen sine lege*, aniżeli zagrożeniem dla niej.

zarzutu z *nullum crimen sine lege* należy zmierzyć się w inny sposób. Prokonstytucyjna wykładnia prawa karnego nie oznacza odstąpienia od zasady odpowiedzialności karnej na podstawie ustawy, a raczej wskazuje konkretne źródło czerpania znaczeń dla interpretacji językowego brzmienia przepisu. Odwołanie się do takiego źródła jest potrzebne szczególnie w sytuacjach trudnych, o złożonym kontekście, kiedy różne dyrektywy wykładni językowej dają odmienne rezultaty interpretacyjne⁵³. Specyfika kontekstu konstytucyjnego, ze względu na wyżej przywołane argumenty, wymaga aby był on uwzględniany za każdym razem podczas prowadzenia wykładni. Zarysowana tu metoda wykładni jest raczej gwarancją *nullum crimen sine lege*, aniżeli zagrożeniem dla niej.

Aplikując propozycję Gardniera do zaprezentowanej w niniejszym artykule propozycji metody wykładni prawa karnego, można dojść do przekonania, że propozycja ta raczej wzmacnia niż osłabia rolę kontekstu konstytucyjnego w prawie karnym. Jeżeli bowiem, jak już wyżej zauważono, Konstytucja jest źródłem wiedzy o dobrach mających fundamentalne znaczenie dla wspólnoty politycznej, w ramach której obowiązuje, to bez wątpienia norma karna wyinterpretowana poprzez uwzględnienie kontekstu konstytucyjnego będzie bliższa przekonaniom (sądom, intuicjom) przeciętnego obywatela, który uwewnętrznia wspomniane dobra. Innymi słowy, harmonizacja kontekstu konstytucyjnego w prawie karnym pozwala na uniknięcie arbitralnego kon-

53 L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 82–83.

54 J. Gardner, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford 2007, s. 44–45.

struowania czynów zabronionych i gwarantuje ich powiązanie z katalogiem dóbr szczególnie ważnych dla społeczeństwa i jego poszczególnych członków.

Zastosowanie

Aplikacja wskazanego wyżej modelu harmonizacji kontekstu konstytucyjnego w prawie karnym do przedstawionych na początku orzeczeń Sądu Najwyższego wymaga w pierwszej kolejności wskazania zasad konstytucyjnych będących źródłem wiedzy o dobrach, które ustawodawca chroni w art. 155 k.k. i 160 k.k. oraz zasad konstytucyjnych z nimi kolidujących. Nie można mieć żadnych wątpliwości, że ustawodawca kryminalizując te zachowania miał na celu ochronę życia człowieka, a w przypadku art. 160 k.k. także jego zdrowia⁵⁵. Ochrona życia i zdrowia człowieka, jakkolwiek obligatoryjna niezależnie od zadeklarowania jej w jakimkolwiek akcie prawnym, została wypowiedziana w art. 38 („Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”) oraz art. 68 („Każdy ma prawo do ochrony zdrowia”) Konstytucji. Zasadą bezpośrednio kolidującą z prawem do ochrony życia i zdrowia człowieka jest wolność innych ludzi wypowiedziana w art. 31 ust. 1 („Wolność człowieka podlega ochronie prawnej”) i 2 („Każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje”) Konstytucji.

Wolność na gruncie polskiej Konstytucji rozumiana jest jako swoboda decydowania o własnym postępowaniu, której ograniczenie może nastąpić jedynie w wyniku interwencji prawodawcy⁵⁶. Swoboda decy-

dowania oznacza nie tylko wolność od nakazów, ale także wolność od zakazów, które również stanowią element ingerencji w proces podejmowania decyzji przez jednostkę. Dopóki ustawodawca nie wprowadzi zakazu określonego zachowania się, jednostka może – z punktu widzenia prawa – swobodnie działać, nawet w obszarze dużego ryzyka i niebezpieczeństwa lub też działań społecznie szkodliwych. Jak można zauważyć, absolutyzacja wolności w rozumieniu konstytucyjnym mogłaby doprowadzić do istotnego zaburzenia ładu społecznego, a już z pewnością do zaprzeczenia podstawowym zasadom i wartościom istotnym dla wspólnoty społecznej. Pamiętając, że charakter zasady podstawowej ma przyrodzona i niezbywalna godność człowieka, która jest także źródłem jego wolności, należy zauważyć, że owa wolność może ulec ograniczeniu dla ochrony innych zasad, również mających pozapozytywistyczne umocowanie, a których realizacja wymaga pewnego ograniczenia wolności w przywołanym tu rozumieniu. Godność człowieka i jej ochrona może domagać się w niektórych przypadkach ograniczenia wolności już to podmiotu, którego godność jest chroniona, już to innego podmiotu, którego zachowanie może prowadzić do naruszenia godności innego człowieka⁵⁷. Oznacza to, że każda zasada konstytucyjna, skłaniająca ustawodawcę do kryminalizacji określonego zachowania, będzie wchodziła w kolizję z zasadą wolności wyrażoną w art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji.

Z wolnością rozumianą jako wolność od zakazów koliduje bez wątpienia zasada prawa do ochrony życia wypowiedziana w art. 38 Konstytucji. Ochrona życia jest jedną z podstawowych zasad mających swoje źródło w godności człowieka. Przenika ona cały porządek prawa pozytywnego, którego podstawowym adresatem jest przecież człowiek. Doskonale wyartykułował to Trybunał Konstytucyjny w znanym wyroku z 28 maja 1997 r. (sygn. K 26/96), kiedy

55 A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II*, Kraków 2006, s. 318 i 378.

56 L. Garlicki, *Komentarz do art. 31 Konstytucji RP* [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja...*, op. cit. Autor wskazuje, że wolność jest ugruntowana obiektywnie, przysługuje jej nadrzędna ranga wobec postanowień prawa pisanego, ma ona prawnonaturalny rodowód. Na marginesie tylko należy zauważyć, że prawnonaturalne rozumienie wolności różni się od tego proponowanego na gruncie rozważań konstytucyjnych. Wolność w prawie naturalnym rozumie się raczej jako możliwość wyboru dobra w kontekście celu w jakim podąża człowiek. Wolność nie znaczy tutaj tyle co wybór spośród jak najszerzej palety możliwości. Więcej na ten temat: M. A. Krąpiec, *Ludzka wolność i jej granice*, Lublin 2008.

57 L. Garlicki zauważa: „pojęcie i funkcje wolności należy kształtować jako podporządkowane osiągnięciu celu najwyższego, jakim jest ochrona godności człowieka, ale też dopuszcza ograniczenia wolności, o ile jest konieczne dla ochrony godności” (L. Garlicki, *Komentarz do art. 31 Konstytucji RP* [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja...*, op. cit.); por. też B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 176.

to ówczesne przepisy konstytucyjne nie wyrażały *expressis verbis* zasady prawnej ochrony życia, niemniej z zasady demokratycznego państwa prawnego wywiedziono, że: „Państwo takie realizuje się bowiem wyłącznie jako wspólnota ludzi, i tylko ludzie mogą być właściwymi podmiotami praw i obowiązków stanowionych w takim państwie. Podstawowym przymiotem człowieka jest jego życie. Pozbawienie życia unicestwia więc równocześnie człowieka, jako podmiot praw i obowiązków. (...) Demokratyczne państwo prawa jako naczelną wartość stawia człowieka i dobra dla niego najcenniejsze. Dobrem takim jest życie, które w demokratycznym państwie prawa musi pozostawać pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium jego rozwoju”. Pozbawienie człowieka prawnej ochrony jego życia może prowadzić do pozbawienia znaczenia innych wolności i praw, których podmiotem jest przecież człowiek.

Ma to ścisły związek z ochroną życia człowieka i w konsekwencji z ochroną jego godności. Jakkolwiek zdrowie należy chronić, to nie można mieć wątpliwości, że już na poziomie abstrakcyjnym, w sytuacji kolizji pomiędzy zasadą ochrony życia a zasadą ochrony zdrowia, powinna być ona rozstrzygnięta na rzecz ochrony życia⁵⁹. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 7 stycznia 2004 r. podkreślił, że: „Nie ulega wątpliwości, że z art. 30 i 38 Konstytucji wyjątkowo mocno, wręcz nierozzerwalnie związany jest art. 68 Konstytucji. Ochrona zdrowia jest ściśle związana z ochroną życia, a prawo do życia z godnością człowieka. Prawo do ochrony zdrowia, to przede wszystkim prawo do zachowania życia i jego obrony, gdy jest zagrożone”⁶⁰.

Zasady na poziomie abstrakcyjnym – z wyjątkiem godności mającej prymat nad innymi zasadami, które z niej wynikają – są sobie równie, co oznacza, że



Harmonizacja kontekstu konstytucyjnego w prawie karnym pozwala na uniknięcie arbitralnego konstruowania czynów zabronionych i gwarantuje ich powiązanie z katalogiem dóbr szczególnie ważnych dla społeczeństwa.

Z prawną ochroną życia wiąże się także zasada ochrony zdrowia, wypowiedziana w art. 68 ust. 1 Konstytucji. Z zasady tej rekonstruuje się obowiązek władz publicznych do stworzenia odpowiednich ram instytucjonalnych umożliwiających zapobieganie chorobom oraz umożliwianie ich leczenia⁵⁸. Z zasady tej wynika jednak jeden podstawowy wniosek. Zdrowie człowieka jest wartością, którą należy otoczyć ochroną, nie tylko przed chorobami, ale także przed takim działaniem ludzi i instytucji, które stanowiłoby niezasadzone zagrożenie dla zdrowia jednostki.

58 B. Banaszak, *Konstytucja...*, *op. cit.*, Warszawa 2009, s. 352.

każda z nich powinna być zastosowana w możliwie najszerszym zakresie. Hierarchia zasad ukazuje się dopiero w momencie zaistnienia sytuacji kolizyjnych, kiedy niemożliwe staje się pełne zrealizowanie każdej z kolidujących ze sobą zasad. Tak jest właśnie w przedstawionym wyżej przypadku. Kolizja wolności z ochroną życia lub zdrowia bez wątpienia musi zostać rozwiązana przez niepełne zrealizowanie jednej z nich lub też ograniczenie zarówno wolności

59 Mowa tutaj o poziomie abstrakcyjnym, ponieważ w konkretnym stanie faktycznym może dojść do przewartościowania tych zasad, np. w określonych okolicznościach kwalifikowanych jako obrona konieczna.

60 Wyrok TK z 7 stycznia 2004 r., K 14/03.

jak i ochrony życia lub zdrowia. Jak już wyżej zauważono, prawo do ochrony życia jest bezpośrednio związane z godnością człowieka, jego zachowanie jest konieczne dla realizacji innych wartości i praw. Nie oznacza to jednak, że w niektórych przypadkach nie może zostać ograniczone (np. działania wojenne czy też kolizja równych dóbr, z których jedno jak i drugie ma swoje źródło w zasadzie ochrony życia), niemniej nie można mieć wątpliwości, biorąc pod uwagę wyżej wskazane konstatacje, że w sytuacji kolizji zasady wolności i zasady ochrony życia, tej drugiej należy przyznać pierwszeństwo i możliwie maksymalny stopień realizacji nawet kosztem wolności⁶¹.

Kolejnym etapem optymalizacji zasad jest zastosowanie powyższego rozstrzygnięcia w konkretnym zespole okoliczności. Z przywołanych wyżej orzeczeń Sądu Najwyższego wynika, że we wskazanych w nich stanach faktycznych doszło do kolizji zasady wolności przysługującej sprawcy z zasadą prawnej ochrony życia przysługującej dziecku nie narodzonemu. Bez wątplenia aktualność zachowania wniosków o primacie prawnej ochrony życia nad wolnością. Innymi słowy, w efekcie rozstrzygnięcia tej kolizji wyłania się dobro w postaci życia człowie-

ka, które należy objąć ochroną nawet kosztem zasady wolności. Dobór odpowiednich instrumentów służących do tego celu zależy od różnych czynników i należy co do zasady do ustawodawcy. W konsekwencji intensywność tej ochrony może się różnić, jak bowiem zauważył Trybunał Konstytucyjny: „Stwierdzenie, że życie człowieka w każdej fazie jego rozwoju stanowi wartość konstytucyjną podlegającą ochronie nie oznacza, że intensywność tej ochrony w każdej fazie życia i w każdych okolicznościach ma być taka sama. Intensywność ochrony prawnej i jej rodzaj nie jest prostą konsekwencją wartości chronionego dobra. Na intensywność i rodzaj ochrony prawnej, obok wartości chronionego dobra, wpływa cały szereg czynników różnorodnej natury, które musi brać pod uwagę ustawodawca zwykły decydując się na wybór rodzaju ochrony prawnej i jej intensywność. Ochrona ta jednak powinna być zawsze dostateczna z punktu widzenia chronionego dobra”⁶². Nie oznacza to, że decyzja ustawodawcy może przybrać cechy arbitralności, musi być ona bowiem uzasadniona przez wskazanie okoliczności mających wpływ na kształt decyzji o ochronie (w tym przypadku decyzji kryminalizacyjnej). Decyzja ta podlega także ciągłej ocenie ze względu na dostateczność ochrony.

Mając na uwadze etap stosowania prawa można wskazać następującą sekwencję postępowania. Stosując optymalizacyjne mechanizmy prokonstytucyjnej wykładni prawa karnego należy prawidłowo zrekonstruować dobro chronione i w konsekwencji normę sankcjonowaną, tak aby zakres ochrony najlepiej odpowiadał kontekstowi konstytucyjnemu, a jednocześnie mieścił się w granicach ustanowionych przez ustawodawcę. Wynik tak przeprowadzonej wykładni podlega domniemaniu konstytucyjności, niemniej może stać się podstawą wniosku *de lege ferenda* o zmianie intensywności ochrony lub też zostać poddany ocenie Trybunału Konstytucyjnego⁶³.

Pamiętając o powyższych konstatacjach, stwierdzić należy, że w przywołanych sprawach Sąd Najwyższy, a także wcześniej sądy niższych instancji,

61 Ograniczona objętość artykułu nie pozwala na rozwinięcie zagadnienia proporcjonalności, niemniej należy zgodzić się z R. Alexym, który zauważa, że proporcjonalność bierze swoje źródło z norm praw podstawowych będących zasadami. Inne uzasadnienia „Jak długo wydają owoce, są mile widzianymi wzmocnieniami uzasadnienia z samych praw podstawowych” (por. R. Alexy, *Teoria...*, *op. cit.*, s. 99). Na gruncie polskiej ustawy zasadniczej oznacza to, że w sytuacji kolizji dwóch zasad art. 31 ust. 3 ma charakter jedynie pomocniczy, jest wzmocnieniem zasady proporcjonalności wynikającej bezpośrednio z optymalizacji zasad. Co więcej, refleksja nad art. 31 ust. 3 konstytucji może prowadzić do wniosku, że zakres jego zastosowania nie obejmuje kolizji dwóch zasad wynikających z konstytucji, a dotyczy on jedynie sytuacji, gdy ustawodawca chce ograniczyć jakieś prawo lub wolność konstytucyjną ze względu na przesłanki w nim wskazane. Innymi słowy, art. 31 ust. 3 może być odczytywany jako źródło wiedzy o zasadach w nim wskazanych (m.in. porządek publiczny, moralność publiczna), którym należy przyznać pierwszeństwo w sytuacji kolizji, niemniej w procesie optymalizacji nie jest możliwe naruszenie istoty kolidujących zasad. Szersze omówienie tej problematyki wymaga jednak odrębnego opracowania.

62 Wyrok TK z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96.

63 Por. P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności” aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 5, s. 55 i n.

zobowiązane były do takiego zrekonstruowania normy karnoprawnej, która w najszerszym możliwym – biorąc pod uwagę kształt regulacji – zakresie chroniłaby życie dziecka poczętego.

Podsumowanie

Odnalezienie źródła wiedzy o dobrach, a także w niektórych przypadkach źródła dóbr w Konstytucji jest dyrektywą dla ustawodawcy o szczególnym charakterze. Wszak Konstytucja jest aktem opisującym to, co dla obywateli jest najważniejsze, prawa i wolno-

ści obywateli oraz zasady funkcjonowania państwa. Prawa i wolności często wchodzą ze sobą w kolizję, niemniej ich optymalizacyjny charakter pozwala na zrekonstruowanie pewnej reguły postępowania w postaci ochrony wynikającego z nich dobra, które może stać się podstawą regulacji karnoprawnej. Takie rozumienie dobra prawnego pozwala z jednej strony na uwzględnienie szczególnej roli Konstytucji, zaś z drugiej strony na prawidłowe odczytanie zakazu karnego, odpowiadającego wartościom szczególnym dla członków wspólnoty politycznej.