

Zasada *nullum crimen, nulla poena sine lege* i jej ograniczenia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

JAKUB KOCIUBIŃSKI

Katedra Prawa Międzynarodowego i Europejskiego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

I. Uwagi wstępne

Gwarancja *nullum crimen, nulla poena sine lege*, będąca fundamentem każdego współczesnego prawa karnego, ma swoje źródła w myśli oświecenia. Paul von Feuerbach określa ją jako „granicę samowoli państwa”¹. W twórczości Johna Locke’a, Monteskiusza czy Cesare’a Beccarii zauważyć można pogląd, zgodnie z którym to państwo gwarantuje obywatelom granice ich wolności. Innymi słowy, jednostka, obywatel może wszystko, co nie jest wyraźnie zabronione². Dlatego konieczne jest wyraźne określenie, które działania są zakazane przez państwo i które będą przez to państwo ścigane i karane.

¹ Por. S. Kadelbach, *Verbot der Mehrfachbestrafung*, [w:] *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, red. T. Marauhn, R. Grote, Tübingen 2005, s. 721, 722.

² Por. K.L. Monteskiusz, *O duchu praw*, Warszawa 2002; J. Locke, *Two Treatises on Government: A Translation into Modern English*, Manchester 2009; C. Beccaria, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, Toronto 2008.

Opisywana zasada stanowi element wspólny we wszystkich systemach ochrony praw jednostki³. W Unii Europejskiej znajduje się także w systemach prawnych wszystkich państw członkowskich, stanowiąc jednocześnie jedną z zasad naczelnych *acquis communautaire*, do której przestrzegania zobowiązany jest każdy sędzia w UE⁴. Gwarancja znajduje także swój wyraz w art. 49 dołączonej do Traktatu reformującego Karty praw podstawowych⁵.

Analiza zasady *nullum crimen (nulla poena) sine lege* z punktu widzenia praw jednostki pozwala wyodrębnić podstawowe zawarte w niej postulaty, skierowane zarówno do organu stosującego prawo (sądu), jak i legislatora⁶. Są to: postulat ustawowej typizacji przestępstw (*nullum crimen sine lege scripta*); postulat jak najdokładniejszego zdefiniowania danych typów przestępstw (*nullum crimen sine lege certa*); postulat wyłączający wsteczne działanie przepisów pogorszających sytuację sprawcy (*nullum crimen sine lege praevia*); postulat niestosowania niekorzystnej dla sprawcy wykładni rozszerzającej (*nullum crimen sine lege stricta*)⁷.

³ Por. także P. Hofmański, *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej znaczenie dla prawa karnego*, Białystok 1993.

⁴ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości C-3/06 P, *Groupe Danone v. Commission of the European Communities*, [2007] ECR I-1331, pkt 87. Por. także 63/83, *Regina v. Kent Kirk*, [1984] ECR 02689, pkt 22 i orzeczenie w połączonych sprawach C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P i C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P)*, *Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH and Others (C-202/02 P)*, *KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P)*, *LR af 1998 A/S (C-206/02 P)*, *Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P)*, *LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P)* and *ABB Asea Brown Boveri Ltd (C- 213/02 P)* v *Commission of the European Communities*, [2005] ECR I-05425, pkt 217–218, 227 i 231.

⁵ Karta praw podstawowych, Dz. Urz. UE z 30.03.2010, C 83/399. W prawie międzynarodowym podobne gwarancje występują też w art. 15 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167); art. 9 amerykańskiej Konwencji praw człowieka (B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, Toruń 1993); art. 7 ust. 2 afrykańskiej Konwencji praw człowieka i ludów (*ibidem*).

⁶ R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995, s. 12–16.

⁷ J. Giezek, N. Kłaczynska, G. Łabuda, *Kodeks karny: część ogólna — Komentarz*, Warszawa 2007, s. 35; por. także A. Zoll, *Zasada określoności czynu zabronionego pod groźbą kary w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006.

II. Zakaz karania bez podstawy prawnej jako element zasady rządów prawa

Na gruncie europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPCz) zasada *nullum crimen, nulla poena sine lege* została wyrażona w przepisie art. 7 Konwencji⁸. Zgodnie z nim „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”.

Trybunał, rozstrzygając sprawy *Kononov* i *Veeber*, podkreślił, że zakaz karania bez podstawy prawnej stanowi istotny element szerszej zasady rządów prawa (*rule of law*, *Rechtsstaatsprinzip*, *État de droit*)⁹. Jest to kluczowa zasada w europejskim systemie ochrony praw człowieka, ponieważ jej zadaniem jest ochrona jednostek przed arbitralnym naruszeniem ich praw chronionych przez szeroko pojmowane instytucje państwa¹⁰. Innymi słowy, w kontekście omawianego zagadnienia stanowi ograniczenie swobody działań organów państwa w zakresie gwarantującym poszanowanie praw jednostek¹¹. Znaczenie zasady rządów prawa w zapewnieniu efektywności ochrony pozostałych praw człowieka uprawnia stwierdzenie, że stanowi ona wartość równorzędną z pozosta-

⁸ Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (tekst ujednolicony), Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284; oraz Dz.U. z 1998 r. Nr 147, poz. 962. Wszystkie cytowania Konwencji w dalszej części pracy z tego źródła.

⁹ Orzeczenia *Kononov v. Łotwa* z 17.05.2010, skarga 34854/02, pkt 185 i *Veeber v. Estonia* (II) z 21.01.2003, skarga 45771/99, pkt 30.

¹⁰ Por. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawo do sądu*, [w:] A. Florczak, B. Bolechów, *Prawa i wolności I i II generacji*, Toruń 2007, s. 115–117; por. także orzeczenia *S.W. v. Zjednoczone Królestwo* z 22.11.1995, skarga 20166/92, pkt 34 i *C.R. v. Zjednoczone Królestwo* z 22.11.1995, skarga 20190/92, pkt 32.

¹¹ Oczywiście zasada legalizmu działania organów i instytucji państwowych z punktu widzenia teoretycznego i doktrynalnego jest zagadnieniem szerszym, które leży poza zakresem niniejszego opracowania. Na ten temat por. B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge 2004; T. Bingham, *The Rule of Law*, London 2011.

łymi prawami gwarantowanymi przez Konwencję¹². A zatem uznanie zasady *nulla poena sine lege* za ważny element zasady rządów prawa podkreśla jej znaczenie, co dodatkowo znajduje potwierdzenie w zakazie jej uchylania, nawet w przypadku sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa publicznego¹³. Należy on do tzw. przepisów niederogowalnych w rozumieniu art. 15 ust. 2 Konwencji¹⁴. Dodać jednak należy, że mimo tego art. 7 EKPCz jest stosunkowo rzadko powoływany w orzecznictwie¹⁵.

Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Gurguchiani* zajął stanowisko, że art. 7 Konwencji poza zakazem wstecznego stosowania prawa (*nullum crimen sine lege poenali anteriori*) zawiera także wymóg, iż tylko przepis prawa może przesądzać o ewentualnym istnieniu przestępstwa i rodzaju kary za nie¹⁶. *Raison d'être* przepisu jest ochrona przed arbitralnym karaniem za czyn, który w sposób uznaniowy zakwalifikowany zostanie jako przestępstwo i w związku z tym powinien być interpretowany w sposób celowościowy¹⁷.

Należy w tym miejscu zauważyć, na co zwrócił uwagę ETPCz, rozstrzygając sprawę *Stephens*, że ochrona, którą zawiera art. 7 Konwencji, dotyczy jedynie uznawania winy i karania, a nie pozbawienia wolności,

¹² *Prawa człowieka. Wybrane zagadnienia i problemy*, red. L. Koba, W. Waławczyk, Warszawa 2009, s. 212.

¹³ Por. M.A. Nowicki, *Wokół konwencji europejskiej*, Warszawa 2010, s. 486, 487.

¹⁴ P. Hofmański, *Artykuł 7 — Komentarz*, [w:] *Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności — Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 463, 464.

¹⁵ W latach 1959–2010 miało miejsce łącznie 21 stwierdzonych orzeczeniem Trybunału przypadków naruszenia art. 7 Konwencji: Cypr — 1; Estonia — 4; Francja — 3; Niemcy — 1; Węgry — 1; Włochy — 2; Łotwa — 1; Rumunia — 1; Hiszpania — 2; Turcja — 4; Zjednoczone Królestwo — 1. Źródło: ECHR, *Table of Violations 1959–2010*, Strasbourg 2010.

¹⁶ Orzeczenie *Gurguchiani v. Hiszpania* z 15.12.2009, skarga 16012/06. Por także orzeczenia *Sud Fondi Srl i Inni v. Włochy* z 20.01.2009, skarga 75909/1 oraz *Coëme i inni v. Belgia*, z 22.06.2000, skargi 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 i 33210/96, pkt 145, a także *Kafkaris v. Cypr*, z 12.02.2008, skarga 21906/04, pkt 138.

¹⁷ Orzeczenie *Kononov v. Łotwa*, pkt 113 oraz *Ecer i Zeyrek v. Turcja*, z 27.02.2001, skargi 29295/95 i 29363/95, pkt 29; *S.W. v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 35 i *C.R. v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 35. Por. także A. Grześkowiak, *Nullum crimen, nulla poena sine lege anteriori*, [w:] *Prawa człowieka — model prawny*, red. R. Wieruszewski, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991.

kótre jest wynikiem zatrzymania dokonanego w efekcie (uzasadnionego) podejrzenia popełnienia przestępstwa¹⁸. Należy mieć bowiem świadomość, że w takim wypadku na etapie zatrzymania nie ma elementu rozstrzygania winy danej osoby¹⁹. Wobec tych sytuacji właściwym przepisem będzie art. 5 EKPCz — określający prawo do korzystania z wolności i bezpieczeństwa osobistego²⁰. Wobec tego jedynie osoba, która została już skazana, może podnosić zarzut naruszenia przepisu art. 7 Konwencji²¹. Osoby znajdujące się w stanie oskarżenia, zakładając, że jego podstawa narusza standard chroniony przez opisywany przepis, pozbawione są tej możliwości²². Wydaje się jednak, uwzględniając drugi ustęp przepisu, że na art. 7 EKPCz powołać mogą się także osoby, którym zarzuca się popełnienie czynu zagrożonego karą, czego skutkiem są określone, negatywne dla nich konsekwencje (na przykład sytuacja warunkowego umorzenia postępowania)²³.

Mając na uwadze powyższe ograniczenia, zasadniczą funkcją art. 7 Konwencji jest zapobieżenie sytuacjom, w których rozszerzane będą granice istniejących przestępstw w taki sposób, aby karać za czyny dotychczas znajdujące się poza nimi. W sprawie *Streletz, Kessler i Krenz* Trybunał stanął na stanowisku, że w tym kontekście omawiany przepis

¹⁸ Orzeczenie *Stephens v. Malta* (I) z 21.04.2009, skarga 11956/0, pkt 106; por. także raport *Lawless v. Irlandia* z 19.12.1959, Series B, nr 1, pkt 68.

¹⁹ Por. także decyzje *Ferrari Bravo v. Włochy* z 14.03.1984, skarga 9627/81 i *Osthoff v. Luksemburg* z 14.01.1998, skarga 26070/94.

²⁰ Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit c Konwencji zatrzymanie i aresztowanie jest dopuszczalne, jeśli jego zamiarem było postawienie danej osoby przed organem kompetentnym do sprawowania wymiaru sprawiedliwości (orzeczenia *Schiesser v. Szwajcaria* z 04.12.1979, skarga 7710/76, pkt 29; *Medvedyev i inni v. Francja* z 29.03.2010, skarga 3394/03, pkt 123). EKPCz dopuszcza takie zatrzymanie tylko, jeśli istnieć będzie uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zagrożonego karą, uzasadnionej potrzeby zapobieżenia przestępstwu lub uzasadnionej obawy przed ucieczką sprawcy (Orzeczenie *Lawless v. Irlandia* [I] z 1.07.1961, skarga 332/57, zwłaszcza pkt 14, oraz *Engel i inni v. Holandia* z 08.06.1976, skargi 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, pkt 69; *Ciulla v. Włochy* z 22.02.1989, skarga 11152/84, pkt 39–40 oraz raporty *McVeigh, O'Neill and Evans v. Zjednoczone Królestwo* z 18.03.1981, skargi 8022/77; 8025/77; 8027/77 oraz *Eggs v. Szwajcaria* z 04.03.1978, skarga 7341/76).

²¹ P. Hofmański, *Artykuł 7...*, s. 464.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

zawiera zakaz rozszerzającej interpretacji przepisów karnych na niekorzyść oskarżonego²⁴. Dobrym przykładem takiego działania jest wykładnia w drodze analogii²⁵.

III. Czyn zagrożony karą

Warunkiem *sine qua non* możliwości ukarania danej osoby jest więc wyraźne zdefiniowanie przestępstwa i związanej z nim kary w przepisach prawa²⁶. Bardziej adekwatne jest w tym wypadku pojęcie „czyn zagrożony karą”, ponieważ dla możliwości zastosowania art. 7 Konwencji w kontekście odpowiedzialności sprawcy nie wystarcza to, że dany czyn jest zabroniony, ale potrzebne są też inne przesłanki, jak wina i stopień szkodliwości danego działania lub zaniechania²⁷. Analiza brzmienia opisywanego przepisu nie pozwala bowiem na uznanie, że jedynie czyn stanowiący przestępstwo (a nie na przykład delikty prawa administracyjnego) i związana z nim kara uzasadniają możliwość badania jej standardów pod kątem zgodności z art. 7 Konwencji²⁸.

Trybunał wskazał w orzeczeniu w sprawie *Kononov*, że pod pojęciem „prawo” na potrzeby art. 7 EKPCz kryje się prawo (bardziej jako

²⁴ Orzeczenie *Streletz, Kessler i Krenz v. Niemcy* z 22.03.2001, skargi 34044/96, 35532/97 i 44801/98, pkt 50; oraz *Veeber v. Estonia* (II), pkt 30; *Coëme i inni v. Belgia*, pkt 145.

²⁵ Co do zasady wykładnia i interpretacja przepisów prawa krajowego należy do kompetencji odpowiednich organów państw członkowskich (orzeczenie *Kopp v. Szwajcaria* z 28.03.1998, skarga 23224/94), orzecznictwo ETPCz zawiera jednak wskazówki dotyczące standardów, zgodnie z którymi powinno to być czynione (orzeczenie *Tolstoy Miloslavsky v. Zjednoczone Królestwo* z 13.07.1995, skarga 18139/91).

²⁶ Orzeczenia *Kokkinakis v. Grecja* z 25.05.1993, skarga 14307/88, pkt 52; *S.W. v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 34 i *C. R. v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 34.

²⁷ P. Hofmański, *Artykuł 7...*, s. 464; por. także T. Bojarski, *Typizacja przestępstw — zasada nullum crimen sine lege (wybrane zagadnienia)*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Prawo” XXIV, 1997.

²⁸ Por. orzecznictwo Trybunału związane z pojęciem „sprawa karna”, w szczególności *Naime Dogan i inni v. Turcja* z 29.06.2004, skargi 803-8811/02, 8813/02 i 8815-8819/02, pkt 126. Por. także J. Kociubiński, *Dostęp do niezawisłego i bezstronnego sądu jako element prawa do rzetelnego procesu karnego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” XXVII, red. L. Bogunia, Wrocław 2011, s. 127–150.

lus niż *Lex*) stanowione przez kompetentne krajowe organy władzy ustawodawczej lub orzecznictwo sądów, które spełnia określone wymagania jakościowe, w szczególności dostępności i przewidywalności²⁹. W orzeczeniu w sprawie *K.-H.W. ETPCz* uściślił, że może chodzić zarówno o prawo pisane, jak i niepisane³⁰. Jednostka musi bowiem mieć możliwość stwierdzenia, czy dany czyn stanowi przestępstwo (na podstawie brzmienia odpowiedniego przepisu lub w wyniku analizy orzecznictwa sądów krajowych) i na podstawie tej wiedzy podjąć decyzję o ewentualnym działaniu lub zaniechaniu³¹. Okoliczność dopuszczająca możliwość uznania orzecznictwa sądów za „prawo” jest kluczowa w systemie *common law*³². Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Sunday Times* wskazał, że jeśli prawo krajowe umożliwia doprecyzowanie znamion danego czynu przesądzające o jego karalności w orzecznictwie sądów, to jest to zgodne z art. 7 ust. 1 Konwencji³³.

Oczywiście niezależnie od tego, jak jasno dany przepis karny (i w każdej innej dziedzinie prawa) zostanie sformułowany, nie da się uniknąć pewnej swobody sądów krajowych podczas jego interpretacji, wynikającej z konieczności adaptacji do okoliczności konkretnej sprawy³⁴. Sądowa interpretacja prawa jest, jak wskazał Trybunał, orzekając w sprawie *Ecer i Zeyrek*, nieodłącznym elementem państwa demokratycznego³⁵. W orzeczeniu w sprawie *Baskaya i Okçuoglu* ETPCz wyraził pogląd,

²⁹ Orzeczenie *Kononov v. Lotwa*, pkt 114. Por. także *E.K. v. Turcja* z 07.02.2002, skarga 28496/95, pkt 51 i *Tolstoy Miloslavsky v. Zjednoczone Królestwo*. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału wszystkie użyte w Konwencji określenia są jej autonomicznymi pojęciami, por. orzeczenia *König v. Niemcy (Republika Federalna)* z 08.07.1987, skarga 6232/73, pkt 88–89; *Baraona v. Portugalia* z 23.09.1998, skarga 10092/82, pkt 42.

³⁰ Orzeczenie *K.-H.W. v. Niemcy* z 02.03.2001, skarga 37201/97, pkt 52. Podobna wykładnia pojęcia „prawo” dotyczy wszystkich sytuacji, kiedy Konwencja posługuje się tym terminem. Por. w związku z tym R. Dębski, *Zasada nullum crimen sine lege i postulat wyłączności ustawy*, „Folia Iuridica” 50, 1992.

³¹ Orzeczenia *Cantoni v. Francja* z 15.11.1996, skarga 17862/91, pkt 29 i *Achour v. Francja* z 29.03.2006, skarga 67335/01, pkt 41. Por. także *Pélissier i Sassi v. Francja* z 25.03.1999, skarga 25444/94, pkt 51.

³² Wśród państw Rady Europy: Irlandia i Zjednoczone Królestwo.

³³ Orzeczenie *Sunday Times v. Zjednoczone Królestwo* (I) z 26.04.1979, skarga 6538/74, pkt 70.

³⁴ Orzeczenia *S.W. v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 34–36; *C.R. v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 34–36; *Streletz, Kessler i Krenz v. Niemcy*, pkt 82.

³⁵ *Ecer i Zeyrek v. Turcja* z 27.02.2001, skargi 29295/95 i 29363/95, pkt 33.

że w praktyce nie zawsze jest możliwe w pełni precyzyjne określenie charakterystyki danego czynu w przepisach, dlatego ostateczna decyzja, czy *in concreto* dane działanie stanowi czyn zagrożony karą, musi być pozostawiona sądom krajowym³⁶. Jednakże interpretacja sądowa powinna być dokonywana w sposób uwzględniający istotę przestępstwa i możliwy do „rozsądnego przewidzenia” (*development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen*)³⁷. Niedopuszczalna wobec tego jest sytuacja, w której znamiona czynów zostaną określone w sposób umożliwiający rozbieżną interpretację³⁸.

Dlatego nie do pogodzenia z art. 7 EKPCz będzie przypadek, w którym sąd krajowy w ramach istniejącego prawa uzna za karalne czyny dotychczas uznawane za dozwolone (w świetle tych samych przepisów)³⁹. Należy tutaj zwrócić uwagę, że stopień przewidywalności oficjalnej wykładni prawa krajowego będzie w znacznym stopniu zależał od okoliczności danej sprawy — jej stopnia komplikacji⁴⁰. W związku z tym możliwość oceny, w jaki sposób dany przepis ma być interpretowany, nie zawsze będzie oczywisty dla wszystkich. Na zagadnienie to zwrócił uwagę Trybunał podczas rozstrzygania sprawy *Pessino*⁴¹. ETPCz stanął na stanowisku, że czasami konieczne jest zasięgnięcie porady prawnej, jeśli inaczej nie można prawidłowo ocenić prawnych konsekwencji danego działania⁴². Trybunał zaznaczył, iż dotyczy to w szczególnym stopniu osób prowadzących działalność zawodową, bo ciąży na nich obowiązek zachowania szczególnej ostrożności podczas oceny skutków

³⁶ Orzeczenie *Baskaya i Okçuoglu v. Turcja* z 08.07.1999, skargi 23536/94 i 24408/94, pkt 39, oraz *Grigoriades v. Grecja* z 25.11.1997, skarga 24348/94, pkt 38; *C.R. v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 34.

³⁷ Orzeczenia *Jorgić v. Niemcy* z 12.07.2007, skarga 74613/01, pkt 101; *Kononov v. Łotwa*, pkt 114; *K.-H.W. v. Niemcy*, pkt 45.

³⁸ Orzeczenia *Cantoni v. Francja* z 15.11.1996, skarga 17862/91, pkt. 35; *K. A. i A. D. v. Belgia*, z 17.02.2005, skargi 42758/98 ; 45558/99, pkt 56–61.

³⁹ Orzeczenia *Tolstoy Miloslavsky v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 37 i *Cantoni v. Francja*, pkt 35. Por. także decyzja *Delbos i inni v. Francja* z 16.09.2004, skarga 60819/00.

⁴⁰ M.A. Nowicki, *op. cit.*, s. 488, 489.

⁴¹ Orzeczenie *Pessino v. Francja* z 10.10.2006, skarga 40403/02.

⁴² *Ibidem*, pkt 33.

podejmowanych przez siebie decyzji w ramach tej działalności⁴³. Zatem brak możliwości samodzielnej oceny, czy dany czyn zagrożony jest karą (i wynikająca z tego konieczność zasięgnięcia porady prawnej w celu dokonania takiej oceny), nie oznacza pozbawienia analizowanego przepisu waloru „przewidywalności”⁴⁴.

IV. Określenie winy

Okolicznością przesądzającą o możliwości ukarania danej osoby za określony w przepisach prawa czyn karalny w świetle orzecznictwa Trybunału jest istnienie „związku o charakterze intelektualnym” między czynem a osobą, umożliwiające określenie odpowiedzialności⁴⁵. Jest to istotne, ponieważ — jak wskazywał ETPCz w przywoływanych już orzeczeniach w sprawach *Kononov* i *Streletz, Kessler i Krenz* — pozwala to uniknąć sytuacji, w której osoba poniesie karę w wyniku okoliczności, w jakich nie ma możliwości przypisania winy (*nullum crimen sine culpa*)⁴⁶. Nie zwalnia natomiast z odpowiedzialności to, że dane działanie stanowiące w myśl prawa krajowego lub międzynarodowego przestępstwo było tolerowane lub popierane przez władze publiczne.

Sytuacja ta ujawniła się w związku z badaniem okoliczności sprawy *Streletz, Kessler i Krenz*, która dotyczyła wysokich funkcjonariuszy aparatu bezpieczeństwa byłej NRD, odpowiedzialnych za wydawanie rozkazów strzelania do osób próbujących zbiec z tego kraju⁴⁷. Trybunał

⁴³ *Ibidem*; por. także orzeczenia *Groppera Radio AG i inni v. Szwajcaria* z 28.03.1990, skarga 10890/84, pkt 68 i *Cantoni v. Francja*, pkt 35.

⁴⁴ Orzeczenie *Dragotoniu i Militaru — Pithorni v. Rumunia* z 24.05.2007, skargi 77193/01 i 77196/01.

⁴⁵ Orzeczenie *Sud Fondi Srl i Inni v. Włochy*, pkt 116.

⁴⁶ Orzeczenia *Streletz, Kessler i Krenz v. Niemcy*, pkt 74, 77–79 i 87–88; *Kononov v. Lotwa*, pkt 114.

⁴⁷ W Niemieckiej Republice Ludowo-Demokratycznej oddziały graniczne (*Grenztruppen der DDR*) wchodzące w skład armii (*Nationale Volksarmee*) podlegały bezpośrednio Ministerstwu Obrony (*Ministerium für nationale Verteidigung*). Rozkazy pochodziły więc od ministra obrony, który z kolei otrzymywał je od działającej przy Radzie Państwa (*Staatsrat*) Narodowej Komisji Obrony (*Nationaler Verteidigungsrat*), zgodnie z art. 73 Konstytucji NRD. Oskarżenie dotyczyło instalacji min i automatycznych systemów strzelających (*Selbstschussanlagen*) oraz wydawania rozkazów otwarcia ognia

stoi na stanowisku, że nic nie stanowi przeszkody, aby po zmianie systemu praktyki takie podlegały ściganiu przez sądy krajowe i w związku z tym dopuszczalna jest wykładnia wcześniej funkcjonujących przepisów w świetle standardów wynikających z zasady rządów prawa⁴⁸.

V. Surowość kary

W orzeczeniu w sprawie *Scoppola* ETPCz wskazał, że w rozumieniu Konwencji (nie tylko jej art. 7) pojęcie „kara” (*penalty*) powinno być interpretowane funkcjonalnie, a nie tylko na podstawie znamion zewnętrznych danego środka⁴⁹. Zatem dany środek powinien być analizowany w kontekście jego celu, charakterystyki w prawie krajowym, procedury, w jakiej został wydany, i stopnia dolegliwości⁵⁰. Oczywiście, jest domeną władz publicznych w państwach członkowskich kształtowanie polityki karnej. Swoboda ta obejmuje także możliwość zmiany (zaostrożania lub łagodzenia) wysokości kar⁵¹. W jej ramach dopuszczalna jest też zmiana okresów przedawniania przestępstw, w tym określanie, które ich kategorie w ogóle nie ulegają przedawnieniu⁵². Niedopuszczalne jest natomiast przywracanie karalności przestępstw, które już uległy przedawnieniu⁵³.

(*Schiessbefehle*). Oficjalna liczba zabitych podczas próby przekraczania granicy wynosi 264 osób, ale istnieją także wyższe szacunki podające liczbę nawet 938 osób.

⁴⁸ Orzeczenia *Streletz, Kessler i Krenz v. Niemcy*, pkt 81; *K.-H.W. v. Niemcy*, pkt 84 i *Kononov v. Łotwa*, pkt 241 (orzeczenie Wielkiej Izby).

⁴⁹ Orzeczenie *Scoppola v. Włochy* (II) z 15.09.2009, skarga 10249/03, pkt 96; por. także orzeczenia *X v. Francja* z 31.03.1992, skarga 18020/91, pkt 28; *Demicoli v. Malta* z 27.08.1991, skarga 13057/87, 31 i *Welch v. Zjednoczone Królestwo* z 09.02.1995, skarga 17440/90, pkt 27. Por. także C. Mik, *Koncepcja normatywna prawa europejskiego praw człowieka*, Toruń 1994, s. 226–239 wraz z przytoczonym tam orzecnictwem.

⁵⁰ *Streletz, Kessler i Krenz v. Niemcy*, pkt 82. W decyzji w sprawie *Van der Helder* (z 7.12.2006, skarga 29514/05) przechowywanie przez władze próbek materiału genetycznego danej osoby (w związku z przeciwdziałaniem przestępstwom seksualnym) nie zostało uznane za „karę” w rozumieniu Konwencji. Analogicznie, umieszczenie osoby w rejestrze przestępców seksualnych także nie stanowi „kary” w rozumieniu art. 7 EKPCz, a jedynie środek prewencyjny (decyzje: *Ibbotson v. Zjednoczone Królestwo* z 21.10.1998, skarga 40146/98; *Adamson v. Zjednoczone Królestwo* z 26.01.1999, skarga 42293/98, orzeczenie *Bouchacourt v. Francja* z 17.12.2009, skarga 5335/06).

⁵¹ Orzeczenie *Achour v. Francja* z 29.03.2006, skarga 67335/01, pkt 44.

⁵² *Ibidem*, pkt 58.

⁵³ Orzeczenie *Kononov v. Łotwa*, pkt 144.

W tym kontekście, orzekając w sprawie *Kuolelis, Bartosevicius i Burokevicius*, ETPCz zwrócił uwagę, że zmiana polityki karnej nie musi koniecznie oznaczać zmian dokonywanych w przepisach, ale także ich zasadniczą reinterpretację, która w opisywanej sytuacji była skutkiem odzyskania przez Litwę niepodległości⁵⁴.

W przywoływanym już rozstrzygnięciu sprawy *Scoppola* ETPCz odszedł od wcześniejszej linii orzeczniczej, zgodnie z którą art. 7 Konwencji nie przyznaje sprawcy prawa stosowania wobec niego korzystniejszych przepisów i zajął stanowisko stwierdzające, że co prawda literalne brzmienie przepisu nie zawiera takiego prawa, nie wykluczając go jednak⁵⁵. Trybunał dowodził dalej, że zasada rządów prawa (której art. 7 Konwencji stanowi część) oznacza, iż kara wymierzana jest w wysokości proporcjonalnej zdaniem krajowego legislatora. Ignorowanie zmian w prawodawstwie krajowym byłoby sprzeczne z wymogiem przewidywalności prawa, a więc byłoby pogwałceniem art. 7 EKPCz⁵⁶. Dodatkowo ETPCz uściślił, że zakaz działania wstecz surowszego prawa, ale w sposób dorozumiany, wskazuje na wsteczne działanie mniej restrykcyjnych przepisów (*lex retro agit mitius*)⁵⁷. W sytuacji, w której prawo krajowe określa jedynie maksymalne sankcje za dane przestępstwo, rola Trybunału ogranicza się do kontroli, czy wysokość ta nie została przekroczona⁵⁸.

W orzeczeniu w sprawie *Grava* Trybunał doprecyzował także, że powyższa linia rozumowania znajdzie zastosowanie tylko do kwestii

⁵⁴ Orzeczenie *Kuolelis, Bartosevicius i Burokevicius v. Litwa* z 19.09.2008, skargi 74357/01, 26764/02 i 27434/02, w szczególności pkt 116–122.

⁵⁵ Orzeczenie *Scoppola v. Włochy* (II), pkt 105–107. Por. także wcześniejsze orzeczenia inaczej interpretujące art. 7 EKPCz: *Le Petit v. Zjednoczone Królestwo* z 05.12.2000, skarga 35574/97 i *Zaprianov v. Bułgaria* z 06.03.2003, skarga 41171/98. Trybunał nie jest formalnie związany swoim wcześniejszym orzecznictwem, uznaje się jednak, że nie powinien zmieniać ustalonych linii orzeczniczych bez „przekonującego powodu” (*cogent reason*), por. orzeczenia *Chapman v. Zjednoczone Królestwo* z 18.01.2001, skarga 27238/95, pkt 70; *Cossey v. Zjednoczone Królestwo* z 27.09.1990, skarga 10843/84, pkt 35; *Stafford v. Zjednoczone Królestwo* z 28.05.2002, skarga 46295/99, pkt 67–68 i *Christine Goodwin v. Zjednoczone Królestwo* z 11.07.2002, skarga 28957/95, pkt 74.

⁵⁶ *Ibidem*, pkt 108–109; por. także orzeczenie *Gurguchiani v. Hiszpania*.

⁵⁷ *Ibidem*; por. przeciwnie wcześniejsza decyzja Komisji X v. Niemcy z 06.03.1978, skarga 7900/77.

⁵⁸ Orzeczenie *Gabbari Moreno v. Hiszpania* z 22.07.2003, skarga 68066/01, pkt 33.

związanych z materialnoprawnym wymiarem kary, a nie samym jej wykonaniem⁵⁹. Nie będzie wobec tego naruszeniem art. 7 ust. 1 Konwencji zaostrenie warunków samego odbywania kary i zastosowanie tych nowszych przepisów wobec skazanego, ponieważ określenie „surowsza kara” dotyczy jej wysokości, a nie sposobu wykonywania⁶⁰. Trybunał zastrzegł jednak, że podział między elementem materialnym (w sensie wymiaru) a wykonawczym danej kary nie ma ścisłego charakteru⁶¹.

VI. Wyjątki od ogólnych zasad określonych w Konwencji

Ustęp 2 art. 7 Konwencji wskazuje na sytuacje, w których możliwe jest odstępianie od stosowania zasad określonych w ust. 1 przepisu. Stanowi on, że omawiany artykuł „nie stanowi przeszkody w sądzeniu i karaniu osoby winnej działania lub zaniechania, które w czasie popełnienia stanowiły czyn zagrożony karą według ogólnych zasad uznanych przez narody cywilizowane”. Trybunał niezmiennie stoi na stanowisku, że oba ustępy są z sobą powiązane i w związku z tym powinny być interpretowane jako funkcjonalna całość⁶².

Kluczową kwestią dla możliwości odejścia od zasady sformułowanej w art. 7 ust. 1 EKPCz jest przeprowadzenie oceny, czy w momencie, w którym dany czyn został popełniony, istniała wystarczająco jasno sformułowana norma prawa międzynarodowego (umowa lub zwyczaj) uznająca ten czyn za karalny⁶³. W tym kontekście wymieniane jest pojęcie „zbrodnia przeciwko ludzkości”. Okoliczności danego czynu nie muszą być więc związane z konfliktem zbrojnym, ale jak w przypadku wyda-

⁵⁹ Orzeczenie *Grava v. Włochy* z 10.07.2003, skarga 43522/98.

⁶⁰ *Ibidem*, pkt 51; por. *mutatis mutandis* decyzja *Hogben v. Zjednoczone Królestwo* z 03.03.1986, skarga 11653/85; *Hosein v. Zjednoczone Królestwo*, skarga 26293/95 i orzeczenie *Uttley v. Zjednoczone Królestwo* z 29.11.2005, skarga 36946/03.

⁶¹ Orzeczenie *Kafkaris v. Cypr*, pkt 142; por. także *Jamil v. Francja* z 08.06.1995, skarga 15917/89, pkt 30.

⁶² Orzeczenie *Kononov v. Łotwa*, (III sekcja) pkt 115; decyzja *Tess v. Łotwa* z 12.12.2002, skarga 34852/02.

⁶³ Orzeczenie *Korbely v. Węgry* z 19.09.2008, skarga 9174/02, pkt 81–82. Por. także B. Kunicka-Michalska, *Zasada nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege w świetle norm międzynarodowych*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci profesora Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993.

rzeń w Budapeszcie w 1956 roku, kiedy to działania stanowiły element polityki władz skierowanej przeciwko ludności i nie miały charakteru odizolowanych incydentów⁶⁴.

Należy jednak zauważyć, że pojęcie „ogólne zasady uznane przez narody cywilizowane” odwołuje się nie tylko do reguł uznawanych przez państwa należące do Rady Europy, lecz także do zasad ogólnych prawa międzynarodowego⁶⁵. Warto tutaj przytoczyć art. 38 ust. 1 pkt c statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, który wśród *ratione iuris* też odwołuje się do tego pojęcia⁶⁶.

Jeśli dany czyn podlega karze zgodnie z prawem międzynarodowym i jego sprawca zostanie skazany za niego, to działanie takie pozostaje w zgodzie z art. 7 ust. 1 EKPCz. Ustęp drugi przepisu znajdzie zastosowanie w sytuacji, gdy w momencie popełnienia danego czynu w prawie krajowym nie istniał przepis penalizujący go⁶⁷. Zastosowanie tego przepisu ma jednak charakter wyjątku i dotyczy głównie sytuacji związanych z II wojną światową, w których brak odpowiednich (ówczesnych) przepisów karnych spowodowałby uwolnienie od odpowiedzialności sprawców zbrodni nazistowskich⁶⁸. Należy jednak wyraźnie wskazać, że opisywany przepis nie stanowi narzędzia umożliwiającego skazanie za czyn, który nigdy i nigdzie nie stanowił przestępstwa, ale dotyczy sytuacji, kiedy nie był penalizowany w konkretnym miejscu i czasie, kiedy został popełniony⁶⁹. Rozwiązanie to bywa nazywane „klauzulą norymberską”. W tym kontekście pojawia się określenie „ustawowe bezprawie”, które opisuje sytuacje, w których prawo krajowe stoi w jawnej sprzeczności z normami prawa międzynarodowego (na przykład część prawodawstwa

⁶⁴ Orzeczenie *Korbely v. Węgry* z 19.09.2008, skarga 9174/02, pkt 81–82; por. także M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Den Haag 1999, s. 256; M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny. Tom I*, Kraków 2004, s. 356–400.

⁶⁵ *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, red. P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, Den Haag 2007, s. 660.

⁶⁶ Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych, Dz.U. z 1947 r. Nr 23 poz. 90.

⁶⁷ P. Hofmański, *Artykuł 7...*, s. 478.

⁶⁸ Orzeczenie *Kononov v. Łotwa*, (III sekcja) pkt 115.

⁶⁹ P. Hofmański, *Artykuł 7...*, s. 479.

III Rzeszy). Zgodnie z tzw. formułą Radbrucha takie krajowe przepisy pozbawione są mocy obowiązującej⁷⁰.

VII. Uwagi końcowe

Rekapitulując orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka poświęcone fundamentalnej dla prawa karnego zasadzie *nullum crimen, nulla poena sine lege*, zasadne wydaje się podkreślenie jej związku z szerszą zasadą rządów prawa. Zasada ta nigdy nie została zdefiniowana w orzecznictwie i stosowana jest przez Trybunał jako swego rodzaju kategoria zbiorcza, skupiająca zestaw standardów działań instytucji państwowych chroniących jednostki przed arbitralnym naruszeniem ich dóbr chronionych⁷¹.

W kontekście wydarzeń historycznych kontrowersyjna pozostaje jednak kwestia związana z dopuszczalnymi wyjątkami stosowania opisywanej zasady. Innymi słowy, w jaki sposób pociągnąć do odpowiedzialności sprawców czynów, które w okresie popełnienia nie były zagrożone karą w porządkach krajów, a stanowiły złamanie przepisów prawa międzynarodowego. Wydaje się jednak, że art. 7 EKPCz pełni funkcję „pomostu” między różnymi gałęziami prawa międzynarodowego, łączącego prawa jednostek z jednej strony, a prawo karne i humanitarne z drugiej⁷².

Analiza (dość ubogiego) orzecznictwa ETPCz poświęconego temu zagadnieniu pozwala zauważyć pewną niekonsekwencję związaną ze stosowaniem *ex officio* norm prawa międzynarodowego. W przypadku spraw *Streletz, Kessler i Krenz* i *K.-H.W.W.* podstawą odpowiedzialności osób były normy prawa międzynarodowego w sytuacji braku odpowiednich regulacji krajowych obowiązujących w chwili popełnienia czynu. Natomiast w przypadku spraw *Jorgic* i *Kononov* kontrowersje wzbudza fakt, że podstawy prawne skazania zostały sformułowane po fakcie zdarzenia

⁷⁰ J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu oraz prawa natury*, Poznań 1993.

⁷¹ L.G. Loukaidēs, *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, Deventer 2007, s. 38.

⁷² Por. także H. Tigroudja, *Crimes de droit international et principe de légalité des délits et des peines*, [w:] *Working Paper Series 15 November 2010*, <http://ssrn.com/abstract=1720422> (dostęp: 29 września 2012).

będącego podstawą kary. Trzecim obszarem krytyki podejścia Trybunału, którą ujawniają okoliczności spraw *Streletz, Kessler i Krenz i K.-H.W.*, w których można argumentować, że działanie sprawców niekoniecznie musiało doprowadzić do skutków uzasadniających wymierzenie kary. Także zasięgnięcie porady prawnej, pozwalającej ocenić karalność danego czynu, było w obu tych sytuacjach nierealne. Zatem zakwestionować można to, że dane osoby mogły przewidzieć (zdawać sobie sprawę) konsekwencje swoich czynów w kontekście ich ewentualnej karalności. Oczywiście tego typu rozważania należy umiejscowić w kontekście celu, jakim w tym przypadku niewątpliwie jest zapobieżenie możliwości uniknięcia odpowiedzialności karnej za popełnione czyny. Otwarte jednak pozostaje pytanie, czy opisywana linia orzecznicza rzeczywiście spowodowana była przyjęciem przez Trybunał takiego założenia

The *nullum crimen, nulla poena sine lege* principle and its restrictions in the case-law of the European Court of Human Rights

Summary

Nullum crimen sine lege literally translated as „no crime without law” is one of the pillars of the rule of law principle which is pivotal in the European system of protection of individual rights. It serves as a safeguard for individuals against arbitrary violation by the acts of public authority. Due to its fundamental nature, provision of the European Convention on Human Rights encapsulating discussed rule cannot be derogated.

At the same time, the Convention allows for some restrictions in its use. This refers mainly to situations where an act is not punishable in the legal order of the state, while being prohibited by the international law. This paper provides an overview of the European Court of Human Rights case-law as well as *acquis* of the doctrine devoted to the abovementioned issue.

Keywords: European Court of Human Rights, European Convention for the Protection of Human Rights, rule of law, no punishment without law, Nuremberg clause, statutory lawlessness.