



PREZES
NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ
Joanna Agacka-Indecka

Do druku nr 1465

Warszawa, dnia 17 grudnia 2008 r.

SEKRETARIAT Z-CY SZEFA KS

L.dz. 167-020-00219

Data wpływu 16. 12. 2008

Pan

Lech Czapla

Zastępca Szefa

Kancelarii Sejmu

Dot. PS-307/08

W odpowiedzi na pismo z dnia 8 października 2008 r. dotyczące *poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny* w załączeniu przesyłam opinię Naczelnej Rady Adwokackiej.



Warszawa, dnia 9 grudnia 2008 r.

Opinia Naczelnej Rady Adwokackiej

dotycząca poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny

*przygotowana na zlecenie Ośrodka Badawczego Adwokatury w Warszawie
z dnia 14 listopada 2008 r.*

Przedłożony mi do oceny projekt Ustawy z dnia 8 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny zawiera szereg propozycji dotyczących nowelizacji niektórych przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r. oraz części szczególnej tego kodeksu. W ocenie autorów projektu ich przygotowanie było konieczne, bowiem obecny stan prawny nie odpowiada postulatowi ochronnej funkcji prawa karnego i przez to nie daje wystarczających narzędzi dla ograniczenia przestępczości i ochrony społeczeństwa. Chodzi tu w szczególności o dotychczasowe sankcje za przestępstwa przeciwko małoletnim, które nie odzwierciedlają w pełni szkodliwości tych przestępstw, prowadząc w efekcie do zbyt łagodnego karania sprawców i naruszania tym samym społecznego poczucia sprawiedliwości.

W związku z tym, poniżej zostanie przedstawiona ocena proponowanych zmian poszczególnych przepisów w kolejności : uwagi do zmian w części ogólnej kodeksu karnego uwagi do części szczególnej tego kodeksu oraz ogólna ocena projektu nowelizacji. .

I. I tak, w odniesieniu do części ogólnej proponuje się :

1. zmianę art. 39 kk poprzez dodanie po pkt - 1 pkt. 1a; dodanie po art. 40kk - art. 40a & 1 i 2 oraz zmianę art. 43 & 1 pkt 1 kk.

Zmiany te dotyczą katalogu środków karnych, ujętego w przepisie art. 39 kk, do którego proponuje się dodać nowy środek karny, tj. pozbawienie praw rodzicielskich i opiekuńczych. Propozycja ta nawiązuje zatem do redakcji art. 38 pkt 2 kodeksu karnego z roku 1969, który wprowadzał możliwość orzeczenia pozbawienia praw publicznych lub opiekuńczych jako kary dodatkowej, a także art. 41, który wskazywał przesłanki pozbawienia tych praw. Ratio legis tych uregulowań była potrzeba wzmocnienia ochrony małoletnich dzieci przed demoralizującym wpływem rodziców. Kodeks karny z roku 1969 wyszedł tu z założenia, że popełnienie przestępstwa na szkodę małoletniego lub we współdziałaniu z nim albo też w okolicznościach, w których czyn mógł stanowić gorszący przykład dla niego, może stać się w związku z okolicznościami konkretnego wypadku, dostateczną podstawą do wnioskowania, że sprawca takiego przestępstwa

wykazał swoją niezdolność do wykonywania praw rodzicielskich lub opiekuńczych i że w interesie społecznym leży, aby go tych praw pozbawić.

Projektowana zmiana art. 39 kodeksu karnego z roku 1997 poprzez dodanie do niego art. 39 pkt 1a przypomina więc w istocie rzecz dawniejszą instytucję kary dodatkowej pozbawienia praw rodzicielskich i opiekuńczych. Tym niemniej należy wskazać, że karę taką wprowadzono do kodeksu karnego przed utworzeniem w roku 1978 sądów rodzinnych, w których kognicji znalazły się sprawy o pozbawienie władzy rodzicielskiej. Wywarło to duży wpływ na praktykę judykacyjną, bowiem pokazała ona, że sądy karne zasadniczo takiej kary dodatkowej nie orzekały, kierując wnioski o pozbawienie władzy rodzicielskiej do sądów rodzinnych. Wszystkie te okoliczności spowodowały, że wskazywane wyżej ratio legis w odniesieniu do procesu karnego upadło. Jego bezprzedmiotowość potwierdził także kodeks karny z roku 1997r., w którym ostatecznie zrezygnowano z możliwości pozbawienia praw rodzicielskich i opiekuńczych. Obecna nowelizację art. 39 kk należy zatem oceniać z uwzględnieniem powyższych uwag.

Tak więc, restytuując rozwiązania sprzed roku 1997, budzi obecnie szereg wątpliwości. Jako podstawowy argument przemawiający za taką nowelizacją w uzasadnieniu projektu wskazano potrzebę lepszej ochrony interesów małoletniego. Zdaniem autorów nowelizacji, w praktyce tego typu decyzja jest wysoce celowa w sytuacjach, kiedy w toku procesu karnego ujawni się konieczność dokonania dla dobra dziecka lub podopiecznego szybkiej interwencji w płaszczyźnie przysługujących sprawcy praw rodzicielskich lub opiekuńczych, zaś odsuwanie rozstrzygnięcia w tym przedmiocie do momentu wydania orzeczenia przez sąd rodzinny mogłoby grozić istotnymi negatywnymi następstwami dla małoletniego lub osoby pozostającej pod opieką (s. 6 uzasadnienia projektu).

Nie kwestionując takiej argumentacji, podnieść należy, że w dotychczasowym stanie prawnym instytucja pozbawienia władzy rodzicielskiej umieszczona była w systemie prawa rodzinnego. W konsekwencji, to nie sąd karny, lecz rodzinny miał być bardziej kompetentny do ustalenia, czy pozbawienie praw rodzicielskich jest niezbędne ze względów wychowawczych i czy wymaga tego dobro dziecka. Trudno więc udowodnić, że obecnie lepiej to zrobi sąd karny. Zresztą autorzy nowelizacji wydają się takiej tezy nie stawiać, wskazują tylko na potrzebę szybkiej reakcji z uwagi na dobro małoletniego lub osoby pozostającej pod opieką oskarżonego.

W mojej ocenie jednak, ta ostatnia, lokująca się w sferze proceduralnej, nie powinna przeważać na racjami materialnoprawnymi dla proponowanej zmiany. Szybkość reakcji sądu jest bowiem problemem pozornym. Co prawda, art. 51 kodeksu karnego, który w nowelizacji proponuje się skreślić, stanowi, że sąd karny zawiadamia sąd rodzinny, gdy uzna za celowe orzeczenie pozbawienia lub ograniczenia praw rodzicielskich lub opiekuńczych, jednak należy tu również powołać treść art. 23 kodeksu postępowania karnego. Zgodnie z tym przepisem „w sprawie o

przestępstwo popełnione na szkodę małoletniego, we współdziałaniu z małoletnim lub w okolicznościach, które mogą świadczyć o demoralizacji małoletniego albo o gorszącym wpływie na niego, sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, zawiadamia sąd rodzinny w celu rozważenia środków przewidzianych w przepisach

o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz w Kodeksie rodzinnymi i opiekuńczym.”

Należy ponadto wskazać, że obowiązek zawiadomienia sądu opiekuńczego o zdarzeniu uzasadniającym wszczęcie postępowania z urzędu przewiduje przepis art. 572 & 1 i 2 kodeksu postępowania cywilnego. Stanowi on, że obowiązek zawiadomienia sądu opiekuńczego o takim zdarzeniu ciąży m.in. na prokuraturach i sądach.

Nie jest zatem trafny pogląd wyrażony w uzasadnieniu nowelizacji, że w praktyce zawiadomienie sądu o okolicznościach uzasadniających rozważenie możliwości pozbawienia osoby oskarżonej (podejrzanej) o popełnienie przestępstwa na szkodę małoletniego praw rodzicielskich i opiekuńczych może nastąpić dopiero po uprawomocnieniu się wyroku skazującego lub wyroku warunkowo umarzającego postępowanie karne. Pogląd taki bowiem nie znajduje uzasadnienia w obowiązującym obecnie stanie prawnym. Przeciwnie, nie ma żadnych przeszkód, aby we wskazanym powyżej trybie art. 23 kpk oraz art. 572 & 1 i 2 kpc zawiadamiać o powołanych okolicznościach odpowiednio wcześniej sąd opiekuńczy, a więc jeszcze na etapie postępowania prokuratorskiego, tym bardziej zaś w każdym stadium postępowania sądowego. Podkreślić przy tym należy, że przepis art. 23 kpk nakłada na prokuratora i sąd karny obowiązek takiego zawiadomienia. Jeśli zatem wskazane organy z obowiązku tego nie wywiązują się, to moim zdaniem należy im na to zwrócić uwagę. Nie można jednak czynić z tego przekonującej racji dla mnożenia przepisów, celem powierzenia sądowi karnemu znacznie bardziej odpowiedzialnego niż wskazany wyżej obowiązek sygnalizacji, zadania orzekania o pozbawieniu praw rodzicielskich i opiekuńczych.

Problem zatem sprowadza się nie do zmiany przepisów prawa, a do poprawy sprawności działania sądów. Należy zauważyć, że sąd rodzinny dysponuje możliwością natychmiastowej interwencji w sferę władzy rodzicielskiej osoby oskarżonej o przestępstwo przeciwko rodzinie i młodzieży w drodze np. wydania zarządzenia tymczasowego o umieszczeniu małoletniego w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo – wychowawczej. Zarządzenie takie może wydać niezwłocznie po tym, jak uzyska wiadomość z sądu karnego, że dobro dziecka zostało zagrożone w wyniku popełnienia przestępstwa.

Wracając do materialnoprawnych aspektów proponowanego w nowelizacji środka karnego w postaci pozbawienia praw rodzicielskich i opiekuńczych, pragnę na wstępie wskazać, że pozbawienie praw rodzicielskich, obejmuje przede wszystkim władzę rodzicielską. Problematyka władzy rodzicielskiej uregulowana jest jednak w odmiennej od prawa karnego dziedzinie prawa rodzinnego i opiekuńczego. Tak więc zawarta została w całości w kodeksie rodzinnym i

opiekuńczym. Zgodnie z treścią art. 111 & 1 tego kodeksu, pozbawić władzy rodzicielskiej można tylko rodziców, którzy ją faktycznie sprawowali i tylko w stosunku do ich własnych dzieci. Materialne przesłanki pozbawienia rodziców władzy rodzicielskiej określa art. 111. & 1 krip. Wiążą się one albo z trwałą przeszkodą w jej wykonywaniu albo z też z wadliwym sposobem jej wykonywania. Projekt nowelizacji art. 39 kk poprzez dodanie do niego pkt 1a narusza spójność tej instytucji, rozpraszając jej elementy pomiędzy prawo rodzinne i prawo karne. Zauważyć należy, że w taki sposób pozytywną przesłankę względu na dobro dziecka zastępuje się przesłanką negatywną, tj. potrzebą represji wobec sprawcy przestępstwa. W ten sposób jednak dyrektywa lepszej ochrony interesów małoletniego, która legła u podstawy rezygnacji z środka karnego w postaci pozbawienia praw rodzicielskich i opiekuńczych w kodeksie karnym z roku 1969 zostaje przekreślona.

W dodanym do obecnej tekstu kodeksu karnego art. 40a jako przesłankę materialną pozbawienia praw rodzicielskich wymienia się skazanie za przestępstwo przeciwko rodzinie i opiece, skazanie za inne przestępstwo popełnione na szkodę małoletniego lub osoby pozostającej pod opieką, a także współdziałanie z tymi osobami. W mojej ocenie, przesłanki te są sformułowane w sposób niejasny. Po pierwsze: określenie „za inne przestępstwo” jest za szerokie, bowiem można przez nie rozumieć jakiegokolwiek przestępstwo, np. kradzież małoletniemu bluzy za 260 zł. Po wtóre, niejasne jest określenie „współdziałanie z tymi osobami.” Nie wiadomo o jakie współdziałanie chodzi, czy w popełnieniu przestępstwa inkryminowanego, czy też inne współdziałanie, które przestępstwem nie jest.

Najważniejsza jednak wątpliwość powstaje przy próbie interpretacji : o jakie prawa rodzicielskie chodzi ? Czy o prawa nad dziećmi, które stały się ofiarami przestępstw własnych rodziców, czy też o prawa nad własnymi dziećmi, w sytuacji, gdy ofiarą ich rodziców stało się inne dziecko. Redakcja art. 40a w projekcie nowelizacji kodeksu karnego pozwala przyjąć, że chodzi tu o możliwość odebrania praw rodzicielskich w obu tych sytuacjach. Dawałoby to sądowi możliwość odebrania władzy rodzicielskiej rodzicowi skazanemu za przestępstwo przeciwko dziecku innemu niż własne. Jak się wydaje, autorzy projektu wychodzą tu z założenia, że jeżeli skazany popełnił przestępstwo na szkodę innego dziecka niż własne, to uzasadniona jest ocena, że nie potrafi prawidłowo wykonywać władzy rodzicielskiej wobec dziecka własnego. Moim zdaniem, należy jednak wykazać daleko idącą ostrożność przy formułowaniu takiej oceny, bowiem nie zawsze odpowiada ona prawdzie, co prowadzić może do kolizji prawnokarnych celów stosowania tego środka karnego z rodzinnoprawną dyrektywą ochrony dobra dziecka (art. 39 pkt 1 a pkk oraz art. 92 krip i art. 95 & 3 krip). Mówiąc inaczej, chodzi tu nie o karę dla sprawcy, lecz o interes i dobro małoletniego.

Podobne wątpliwości można mieć odnośnie proponowanej w art. 39 pkt 1a kk możliwości pozbawienia praw opiekuńczych. Wg mojej wiedzy przestępstw przeciwko osobom pozostającym pod opieką, a więc przede wszystkim dorosłym, ubezwłasnowolnionym całkowicie jest niewiele,

tak więc przekazywanie sądowi karnemu możliwości orzekania o pozbawieniu praw opiekuńczych nie jest uzasadnione względami praktyki judykacyjnej. Tym niemniej, zgadzam się z argumentacją w uzasadnieniu nowelizacji, że dotychczasowa treść art. 51 kk w sposób nieuzasadniony wyłączała z zakresu swojego normowania osoby ubezwłasnowolnione całkowicie. Proponowałbym zatem dopisać do jego treści po słowach „na szkodę małoletniego” słów „i osób dorosłych pozostających pod opieką,” a także zastąpić słowo „nim” słowem „nimi.” Z powyższego wynika zatem, że wykreślenie art. 51 kk z kodeksu karnego musi być opiniowane negatywnie.

Reasumując, zmianę art. 39 kk poprzez dodanie do niego po pkt 1 – pkt. 1a opiniuję negatywnie. Nie podzielam opinii autorów projektu nowelizacji, że istnieje potrzeba wprowadzenia dodatkowego środka karnego jakim jest pozbawienie praw rodzicielskich i opiekuńczych. W związku z tym negatywnie opiniuję także jako bezprzedmiotowe, związane z tą zmianą, proponowane w nowelizacji kodeksu karnego, wprowadzenie nowego art. 40a, nadto zmianę art. 43 & 1 pkt 1 kk.

II. Zmianę artykułu 50 kk opiniuję pozytywnie po wprowadzeniu zmian redakcyjnych wskazanych poniżej.

W nowej redakcji art. 50 kk wprowadzono & 1 i 2. W porównaniu z poprzednią redakcją tego artykułu, w & 1 kk nawiązującym do tej redakcji dokonano następujących zmian : usunięto zwrot „w wypadkach przewidzianych w ustawie,” wprowadzono zapis o ogólnoprewencyjnej przesłance orzeczenia środka w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości, a także zapis o negatywnej przesłance orzekania tego środka w postaci naruszenia interesu pokrzywdzonego.

Oceniając te zmiany, należy wskazać, że wprowadzenie przesłanki ogólnoprewencyjnej jest celowe, z uwagi na duży ładunek negatywnych emocji społecznych, jakie towarzyszą temu rodzajowi przestępczości. Podanie do publicznej wiadomości informacji o wymierzeniu kary powinno zatem oddziaływać odstrasząco na innych potencjalnych sprawców przestępstw przeciwko wolności i obyczajności. Za nietrafne natomiast uważam wykreślenie zwrotu „w wypadkach wskazanych w ustawie” bowiem zmienia to zasadniczo sens dotychczasowej redakcji art. 50 kk, dając sądowi zbyt dużą swobodę decydowania o podawaniu wyroku do publicznej wiadomości. Możliwe bowiem byłoby to w każdej sprawie. Przypomnieć należy, że w przeszłości sądy nadużywały kary dodatkowej w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości, co doprowadziło do zdeprecjonowania jej znaczenia i było przedmiotem dość powszechnej krytyki.

Wreszcie mam wątpliwości, czy sąd karny potrafi właściwie ocenić, czy podanie wyroku do publicznej wiadomości nie naruszy interesu pokrzywdzonego, a więc nie wyrządzi jemu krzywdy. Stosowanie tej przesłanki powinno cechować się szczególną ostrożnością bowiem podanie do publicznej wiadomości – zgodnie z proponowaną treścią paragrafu 2 – ego tego artykułu - ma mieć charakter obligatoryjny, a więc odmienny od dotychczas określonego w art. 50 kk, tj.

fakultatywnego. Moim zdaniem, pokrzywdzony powinien sam decydować, czy podanie wyroku do publicznej wiadomości narusza jego interes czy też nie, bowiem najlepiej potrafi to ocenić on sam. Z tego względu proponowałbym skreślić słowa „o ile nie narusza to interesu pokrzywdzonego” (& 1) oraz „jeżeli nie stoi temu na przeszkodzie interes pokrzywdzonego” (& 2) i zastąpić je słowami „na wniosek pokrzywdzonego.”

III. Zmianę art. 53 kk poprzez dodanie art. 53' kk wprowadzającego karę dożywotniego więzienia bez możliwości ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie w przypadku orzeczenia przez sąd zakazu w tym zakresie, opiniuję pozytywnie, bowiem wobec zrezygnowania przez kodeks karny z roku 1997 r. z kary śmierci istnieje potrzeba trwałej eliminacji ze społeczeństwa najgroźniejszych przestępców. Ocenę taką formułuję w związku z wprowadzeniem do proponowanej redakcji zastrzegającego wyjątek zwrotu „chyba, że przemawiają przeciwko temu szczególne okoliczności.” Łagodzi on bowiem stosowanie tego środka, który faktycznie oznacza „śmierć cywilną” skazanego. Istnienia takich szczególnych okoliczności nie da się bowiem wykluczyć. Chodzi tu o okoliczności stanowiące przesłanki do przyjęcia, że pomimo wszystko istnieją elementy pozytywnej prognozy kryminologicznej, które przemawiają za tym, że osiągnięte zostaną cele kary bez konieczności jej wykonania do końca. Dobrze więc, że autorzy projektu pozostawili sądowi możliwość takiej, wyjątkowej oceny. Proponuję jednocześnie wykreślić z nowej redakcji przymiotnik „przedterminowe.” Nie używa go bowiem art. 77 kk, który posługuje się „określeniem” warunkowe zwolnienie.” Nie ma więc potrzeby wprowadzania dodatkowego określenia „warunkowe przedterminowe zwolnienie,” tym bardziej że to ostatnie dotknięte jest ukrytą tautologią. Może to być mylące i sugerować, że istnieją dwa różne rodzaje zwolnień.

IV. Zmianę art. 77 kk dotyczącą przesłanek warunkowego zwolnienia oceniam negatywnie.

Wprowadza ona dodatkową, negatywną przesłankę warunkowego zwolnienia w postaci względu na społeczne oddziaływanie kary. Jest to błędne. W teorii prawa karnego wskazuje się bowiem, że cele kary nie są tożsame z celami wykonania kary. Pogląd taki charakterystyczny natomiast był dla socjalistycznej doktryny prawa karnego (J. Bafia, A. Tobis). Na etapie postępowania wykonawczego nie należy zatem brać pod uwagę celu ogólnoprewencyjnego, który został osiągnięty na etapie wyrokowania. Należy także zauważyć, że wprowadzenie na powrót takiej przesłanki do przepisu o warunkowym zwolnieniu może sprzyjać umacnianiu się populizmu karnego w opinii społecznej, czego należy unikać. Społeczeństwo jest bowiem nastawione represyjnie, pomimo, że obecnie przestępczość maleje. Racjonalizacja takiej przesłanki jest zatem bardzo wątpliwa.

Najistotniejsze jednak jest to, że jej ewentualne uwzględnianie prowadzi do zdeprecjonowania znaczenia pozytywnej prognozy kryminologicznej. Tym samym zniechęci skazanych do

podejmowanie starań o poprawę swojego zachowania w okresie odbywania kary. Utrudni więc osiągnięcie celu szczególnoprewencyjnego, a więc sens całej resocjalizacji penitencjarnej. Oceniam to jako wyjątkowo negatywny efekt proponowanej nowelizacji.

Przeciwko wprowadzeniu przesłanki w postaci względu na społeczne oddziaływanie kary, przemawia wreszcie systemowe, ciągłe przeludnienie w zakładach karnych, które wskutek ograniczenia możliwości warunkowych zwolnień może wzrosnąć.

Zdecydowanie negatywnie oceniam także zmianę redakcji art. 77 & 2 kk. Chodzi tu zapis dający sądowi pełną swobodę w wyznaczaniu surowszych ograniczeń do skorzystania przez skazanego z warunkowego zwolnienia niż przewidziane w art. 78 kk, powstały wskutek wykreślenia w proponowanej, nowej redakcji tego przepisu słów „w szczególnie uzasadnionych przypadkach.” Ponadto o zapis umożliwiający sądowi orzekanie zakazu warunkowego zwolnienia w przypadku każdej kary pozbawienia wolności, a także kary dożywotniego pozbawienia wolności (o karze 25 lat pozbawienia wolności w & 2 zapomniano w ogóle, co jest istotnym uchybieniem redakcyjnym).

W związku z pozycją nowelizacji należy przypomnieć, że przeciętna długość okresu wykonywania kary pozbawienia wolności w Polsce wynosi obecnie około 2 lata i 1 miesiąc. Stawia to Polskę na jednym z czołowych miejsc w Europie, przy zagrożeniu zaledwie średnim zagrożeniu przestępczością (dla porównania - we Francji, po zaostrzeniu polityki karnej po roku 2000 okres ten wynosi około 8 miesięcy, przy wskaźnikach dla przestępczości stwierdzonej w postępowaniu przygotowawczym trzykrotnie wyższych niż w Polsce).

Nie ma zatem żadnego racjonalnego powodu dla zwiększania ograniczeń w stosowaniu warunkowego zwolnienia po karze pozbawienia wolności określonej w art. 32 pkt 3 kk, tym samym zwiększania surowości prawa karnego.

Odnosnie zakazu „warunkowego przedterminowego zwolnienia” (cyt. wg sformułowania w redakcji tego przepisu) w razie skazania na karę dożywotniego pozbawienia wolności, wypowiedziałem się już powyżej. Kwestie te ureguje art. 53'kk, nie ma zatem potrzeby powtarzać jej w art. 77 & 2 kk.

Mając zatem na uwadze powyższe, proponuję art. 77 kk pozostawić w dotychczasowym brzmieniu.

Już tylko na marginesie należy zauważyć, że w redakcji & 1 nowej redakcji tegoż przepisu używa się określenia „warunkowe zwolnienie,” podczas gdy w & 2 określenia „warunkowe przedterminowe zwolnienie” obok „warunkowe zwolnienie.” Nie znajduje to żadnego uzasadnienia merytorycznego i świadczy o niedbałości redakcyjnej.

V. Nowo dodany w nowelizacji art. 106a kk opiniuję negatywnie. W proponowanej redakcji, stygmatyzuje on dożywotnie również sprawcę, który po skazaniu za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności podejmuje leczenie i konsekwentnie, przez odpowiednio długi

okres czasu, je kontynuuje. Uważam, że jest to niedopuszczalne. W praktyce może bowiem prowadzić do zaniku - u skazanych - motywacji do podjęcia leczenia..

Po uwagach dotyczących proponowanych zmian w części ogólnej kodeksu karnego, przejdę obecnie do przedstawienia uwag dotyczących części szczególnej kodeksu.

VI. Zmianę art. 197 & 4 kk podwyższającą odpowiedzialność karną za przestępstwo z art. 197 & 1-3 kk popełnione na szkodę małoletniego poniżej 15 lat z 3 lat do 5 lat opiniuję negatywnie. Dotychczasowe zagrożenie jest wystarczająco wysokie, zwłaszcza wobec przewidywanego nowelizacją jednoczesnego zaostrzenia warunków udzielania warunkowych zwolnień.

Pozytywnie natomiast opiniuję rozciągnięcie ochrony prawnokarnej w art. 197 & 4 kk na małoletniego poniżej 15 roku życia z uwagi na widoczne zagrożenie pedofilią osób z tej kategorii wiekowej. Uzasadnia to ponadto utrwalona już linia orzecznictwa, zgodnie z którą czyny z art. 197 & 1-3 kk w stosunku do ofiar poniżej 15 roku życia, przy uwzględnieniu innych jeszcze ich okoliczności, można kwalifikować jako dokonane ze szczególnym okrucieństwem. Są one bowiem szczególnie dolegliwe w skutkach dla ofiary, której psychika dopiero kształtuje się, jest więc szczególnie wrażliwa. Osoba taka ma również pomniejszoną, w stosunku do osoby dorosłej, możliwość obrony przed napastnikiem.

VII. Podniesienie ustawowego zagrożenia karą w przypadku przestępstwa z art. 199 kk opiniuję negatywnie z powodów wskazanych w akapicie VI. Dodać jednak należy, że zaostrzenie odpowiedzialności karnej w odpowiedzi na „społeczną żądzę” karania nie jest racjonalnym instrumentem polityki karnej.

VIII. Negatywnie opiniuję propozycję wprowadzenia do kodeksu karnego art. 199 a.

Zarzutów pod adresem inkryminowania zachowań o znamionach podanych w proponowanej redakcji art. 199 a można postawić kilka. Zasadniczy z nich dotyczy znamienia małoletniości przy kontaktach przez systemy teleinformatyczne oraz sieci telekomunikacyjne. Autorzy nowelizacji nie dostrzegają, że jej stwierdzenie przez internet jest niezwykle trudne.

Przecież tak, jak osoba dorosła może wprowadzić w błąd małoletniego, wyzyskać ten błąd lub niezdolność do należytego pojmowania sytuacji albo też użyć groźby bezprawnej, tak samo małoletni, korzystając z anonimowości kontaktu przez taki środek komunikacji, może osobę dorosłą, nawiązującą kontakt, wprowadzić w błąd co do swojego wieku. Zauważyć trzeba, że dzisiejszy 14 – latek może osiągnąć stosunkowo wysoki poziom rozwoju intelektualnego.

Z powyższych uwag wynika zatem, że udowodnić sprawcy, iż wiedział, że osoba, z którą nawiązuje kontakt jest małoletnia, będzie niezwykle trudno, tym bardziej że inkryminowany czyn można będzie popełnić tylko z zamiarem bezpośrednim, który również trzeba będzie ustalić.

Z drugiej strony, samo podjęcie czynności zmierzających do doprowadzenia do spotkania z małoletnim poniżej 15 roku życia nie może być inkryminowane jako przestępstwo, bowiem z projektowanej redakcji tego przepisu wynika, że inkryminowany czyn miałby być tzw. przestępstwem z zagrożenia. Jeśli tak, to w praktyce bardzo trudno będzie ustalić chwilę, kiedy zagrożenie to zaczyna się, np. czy jest nią chwila włączenia komputera przez sprawcę, wyświetlenia się pulpitu, czy też wysłania wiadomości do osoby z drugiej strony łącza. Nadto, z redakcji art. 199a kk nie wynika, o jakie konkretnie czynności chodzi, na czym ma polegać błąd małoletniego, wreszcie, co oznacza niezdolność do należytego pojmowania sytuacji (jakiej sytuacji?). Redakcja tego przepisu jest zatem w całości niejasna.

Moim zdaniem samo „zmierzenie do doprowadzenia do spotkania z małoletnim”, nawet przy pomocy zachowania o znamionach wskazanych w ocenianym przepisie nie stwarza jeszcze żadnego zagrożenia. Po pierwsze bowiem, określenie „zmierzenie do doprowadzenia do spotkania” jest niejasne, nie wiadomo właściwie o jakie konkretnie czynności tu chodzi tu chodzi. Czynności te jednak, jak wynika z uwag sformułowanych powyżej, powinien obejmować zamiar sprawcy. Po wtóre, nawet jeśliby hipotetycznie do spotkania doszło, to nie można wykluczyć, że cel tego spotkania może być pozytywny, np. siedemnastoletni chłopak chce umówić się z czternastoletnią dziewczyną do kina, podając, że jest jej ulubionym - prezenterem telewizyjnym. Takich sytuacji wykluczyć nie można. Tym niemniej mogą one podlegać sumbsumpcji pod oceniany przepis.

Mając zatem na uwadze powyższe, proponuję przepis ten w całości skreślić. Moim zdaniem w proponowanej postaci nie nadaje się do stosowania.

IX. Zmianę art. 200 kk poprzez dodanie do jego treści & 2 kk opiniuję pozytywnie. Wobec zagrożenia przestępczością przeciwko wolności i obyczajności skierowaną przeciwko małoletnim, a także bardzo dużą szkodliwością społeczną tego rodzaju objęcie karalnością przygotowania do niej uważam za uzasadnione.

X. Do zmian w art. 202 & 4 i 5 kk nie mam uwag.

XI. Dodanie po art. 255 kk artykułu 255a kk opiniuję pozytywnie.

Propagowanie zachowań o charakterze pedofilskim oznacza takie ich upowszechnianie, jak również wiążących się z nimi idei, haseł i myśli, poprzez które sprawca działający publicznie dociera do większej liczby osób oraz dąży do ich pozyskania dla nich, zachęcenia, co wiąże się z tym, że propagujący pozytywnie ocenia upowszechniane idee. W praktyce czyny o takich

znamionach mogą zdarzać się, chociaż - jak sądzę - niezbyt często. Tym niemniej ich szkodliwość społeczna jest oczywista, toteż inkryminowanie tego rodzaju zachowań należy uznać za słuszne.

Reasumując, przedstawiony mi do zaopiniowania projekt Ustawy z dnia2008 o zmianie Ustawy – Kodeks Karny zawiera nowelizację przepisów dotyczących dwóch zasadniczych problemów :

1. wzmocnienia prawnokarnej ochrony małoletnich poniżej 15 roku życia przed przestępczością o charakterze seksualnym poprzez wprowadzenie nowego środka karnego w postaci odebrania praw rodzicielskich, podniesienia ustawowych zagrożeń karą za niektóre przestępstwa o charakterze seksualnym, wprowadzenie nowych typów przestępstw, ponadto wprowadzenia niezacierałości przestępstw przeciwko wolności i obyczajności seksualnej popełnianych na szkodę osób małoletnich poniżej 15 roku życia.

2. Warunkowego zwolnienia, tj. wprowadzenia możliwości orzekania przez sąd zakazu warunkowego zwolnienia, a także obostrzenia warunków jego udzielania przez sąd,

Ocena tych zmian prowadzi do wniosku, że wymagają one ponownego przeanalizowania. Tak, jak szczegółowo wskazałem to w swoich uwagach, odnośnie potrzeby wielu zmian można mieć uzasadnione wątpliwości (np. wprowadzenie nowego środka karnego w postaci pozbawienia praw rodzicielskich i opiekuńczych, wprowadzenie obostrzeń przy warunkowym zwolnieniu, wprowadzenie nowych typów przestępstw jak np. 202a kk, zaostrzenie ustawowego zagrożenia karą za przestępstwa z art. 199 & 1 i 2 kk; zniesienie możliwości zatarcia skazania w przypadku przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności).

Poważne wątpliwości budzi zaostrzenie warunków udzielania warunkowych zwolnień. Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości oraz Służby Więziennej wskazują bowiem na przeludnienie więzień jest w Polsce stanem permanentnym i obecnie nabrało już charakteru systemowego. Można przewidywać, że proponowane zmiany stan ten pogłębią. Konieczność wydłużenia i tak już bardzo długiego w porównaniu z innymi krajami europejskimi okresu pobytu w zakładzie karnym można i należy kwestionować o oparciu o tak poważny argument, jakim jest malejąca obecnie przestępczość w Polsce. Powstaje zatem pytanie o racjonalizację nowelizacji kodeksu karnego w tym zakresie, a także pewien niepokój, czy nie odgrywają w niej pewnej roli względy populizmu, które mogą górować nad rzeczowymi argumentami.

W takiej perspektywie, za nietrafne należy uznać wprowadzenie do treści art. 77 & 1 kk negatywnej przesłanki warunkowego zwolnienia w postaci względu na prewencję generalną. Cele kary zostały tu bowiem pomieszczone z celami wykonania kary.

Za całkowicie chybiony należy uznać projektowany w nowej treści art. 77 kk zakaz orzekania warunkowego zwolnienia w odniesieniu skazanych na kary określone w art. 32 pkt 3 kk. Wprowadzenie w życie przepisu o takim zakazie stawia pod znakiem sens resocjalizacji

penitencjarnej skazanych i może przyczynić się do pogorszenia jej rezultatów, wskutek osłabienia motywacji skazanych do starań o własną poprawę.

Wreszcie, negatywnie należy ocenić wprowadzenie nowego środka karnego w postaci pozbawienia praw rodzicielskich i opiekuńczych sprawców przestępstw przeciwko rodzinie i opiece albo też innych przestępstw popełnionych na szkodę małoletniego lub osoby pozostającej pod opieką lub współdziałającej w nimi. Ratio legis tego środka staje w kolizji z dobrem dziecka, które wymaga ochrony prawno-rodzinnej. Skoro nie tak dawno uznano, że ma ono priorytet w postępowaniu sądowym i najlepiej może zabezpieczyć je orzecznictwo sądów rodzinnych, to negatywnie należy ocenić obecną propozycję przekreślenia tej przesłanki przez przyznanie priorytetu względowi na represję wobec sprawcy, którą stosuje sąd karny.

Niektóre z proponowanych nowelizacji przepisów zawierają błędy redakcyjne (np. art. 77 kk, mówiący w & 1 o warunkowym zwolnieniu, w paragrafie 2 zaś o warunkowym, przedterminowym zwolnieniu).

Część zmian w kodeksie karnym, proponowanych nowelizacją, uważam jednak za uzasadnione. Chodzi tu o wprowadzenie zakazu orzekania warunkowego zwolnienia w przypadku przestępstw z art. 123 & 1 kk oraz art. 148 & 2 i 3 kk, jednak z jednoczesnym przyznaniem sądowi karnemu możliwości uchylenia się od orzeczenia tego zakazu, w przypadku, kiedy przemawiają przeciwko niemu szczególne okoliczności.

Pozytywnie opiniuję także zmianę w treści art. 197 & 4 kk poprzez dodanie do jego dyspozycji słów „na szkodę małoletniego poniżej 15 lat.” Sankcjonuje to kształtującą się od długiego już czasu w tym kierunku linię orzecznictwa sądów. Za potrzebne uważam także wprowadzenie przepisu art. 255 a inkryminującego publiczne propagowanie zachowań o charakterze pedofilskim. Wreszcie, za uzasadnione uważam dodanie w art. 200 kk po & 2 - & 3, sankcjonującego przygotowanie do przestępstwa opisanego w tym przepisie (obcowanie płciowe lub inna czynność seksualna z małoletnim).

Niezależnie od powyższych uwag, zaostrenie ustawowych zagrożeń karami w przepisach wyznaczonych do nowelizacji uważam za nieuzasadnione aktualnymi tendencjami przestępczości w Polsce, która maleje. Dlatego też opiniuję je negatywnie. Te propozycje powinny być skorygowane do stanu poprzedniego.

Podsumowując, projekt nowelizacji kodeksu karnego, który dano mi do oceny obarczony jest licznymi brakami. Starłem się wskazać je w swojej opinii. Wymaga więc ponownego przemyślenia.

/ - / Prof. dr hab. Piotr Stępiak