



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
VI kadencja
Prezes Rady Ministrów
DSPA-140-18(2)/09

Warszawa, 11 lutego 2009 r.

Pan
Bronisław Komorowski
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Przekazuję przyjęte przez **Radę Ministrów stanowisko** wobec poselskiego projektu ustawy

- o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 1289).

Jednocześnie informuję, że Rada Ministrów upoważniła Ministra Sprawiedliwości do reprezentowania Rządu w tej sprawie w toku prac parlamentarnych.

(-) Donald Tusk

STANOWISKO RZĄDU

do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 1289)

Poselski projekt ustawy zawarty w druku sejmowym nr 1289 proponuje zmianę ustawy - Kodeks karny, poprzez wprowadzenie art. 200a, zgodnie z którym - kto publicznie prezentuje treści propagujące, pochwalające lub nakłaniające do czynności określonych w art. 200 k.k., podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Normatywna treść proponowanej regulacji dotyczy zatem określonych czynności wykonawczych powiązanych z typem czynu zabronionego z art. 200 k.k., a więc nie tyle pedofilią w rozumieniu zaburzeń psychicznych i behawioralnych, ile z „pedofilią” w rozumieniu kodeksowym, czyli zachowaniem polegającym na obcowaniu płciowym z małoletnim poniżej lat 15, dopuszczaniu się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej, doprowadzaniu jej do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, a także polegającym na prezentowaniu małoletniemu poniżej lat 15, w celu zaspokojenia seksualnego, wykonania czynności seksualnej.

Z uzasadnienia projektu wynika natomiast, że wprowadzenie do obowiązującego Kodeksu karnego nowego typu przestępstwa, przewidującego odpowiedzialność karną za zachowania polegające na propagowaniu, pochwalaniu lub nakłanianiu do pedofilii – w zamierzeniu projektodawców - ma na celu zwalczanie, występującego coraz częściej, zjawiska polegającego na propagowaniu i promowaniu, rzekomo istniejących, pozytywnych stron pedofilii.

Mając na uwadze powyższe, nie sposób nie dostrzec rozbieżności pomiędzy normatywną treścią projektu, a jego uzasadnieniem. Warstwa

normatywna projektowanej regulacji, poprzez odwołanie się do art. 200 k.k. w istocie nie odnosi się do tzw. „pozytywnej pedofilii”, lecz zmierza do penalizacji „propagowania, pochwalania lub nakłaniania” do popełnienia przestępstwa z art. 200 k.k.

Opisana wyżej rozbieżność zmusza do odniesienia się oddzielnie do treści normatywnej projektu oraz oddzielnie do wskazanego w uzasadnieniu *ratio legis* ustawy.

Ocena zasadności proponowanej nowelizacji w jej warstwie normatywnej, w pierwszej kolejności, powinna zostać dokonana przez pryzmat aktualnie obowiązujących przepisów, dotyczących karalności zachowań polegających na różnej formie przemocy seksualnej wobec dzieci - małoletnich poniżej 15 roku życia, oraz związanych z tym innych zachowań godzących w podstawowe dobro prawne jakim jest prawidłowy rozwój psychofizyczny osoby małoletniej oraz w ujęciu szerszym wolność seksualną jednostki oraz obyczajność.

Pedofilia w znaczeniu normatywnym została spenalizowana w art. 200 § 1 i § 2 Kodeksu karnego, zgodnie z którym karalne są zachowania podejmowane wobec małoletniego, poniżej 15 roku życia, polegające na obcowaniu płciowym, dopuszczeniu się innej czynności seksualnej, doprowadzeniu do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania oraz prezentowanie małoletniemu wykonania czynności seksualnej, w celu zaspokojenia seksualnego.

Kodeks przewiduje również karalność szeregu zachowań związanych z rozpowszechnianiem pornografii godzących w dobro małoletniego. Penalizuje zachowania polegające na prezentowaniu małoletniemu poniżej lat 15 treści pornograficznych lub udostępnianiu mu przedmiotów mających taki charakter (art. 202 § 2 k.k.). Kryminalizuje również produkowanie, utrwalanie, sprowadzanie, przechowywanie, posiadanie oraz rozpowszechnienie lub publiczne prezentowanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego (art. 202 § 3, § 4 oraz § 4a k.k.).

Przepisy Kodeksu karnego, w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu, przewidują również karalność zachowań

polegających na publicznym nawoływaniu do popełnienia przestępstwa oraz jego publicznym pochwalaniu.

Zgodnie z art. 255 § 1 k.k., kto publicznie nawołuje do popełnienia występku podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2, natomiast § 3 tego artykułu przewiduje odpowiedzialność za publiczne pochwalanie popełnienia przestępstwa. Zachowanie takie zagrożone jest grzywną do 180 stawek dziennych, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

Zarówno w nauce, jak i orzecznictwie sądowym przyjmuje się, iż nawoływanie jako czynność sprawcza, polega na działaniu w postaci wzywania nieoznaczonych z góry co do tożsamości oraz liczby osób, do popełnienia przestępstwa. Pojęcie nawoływania obejmuje swoim zakresem również zachowania polegające na nakłanianiu, zachęcaniu i wzywaniu do popełnienia przestępstwa.

Pochwalanie polega natomiast na działaniu, stanowiącym wyrażenie aprobaty dla przestępstwa. Może odnosić się zarówno do konkretnego, popełnionego przestępstwa lub mieć charakter abstrakcyjny i zawierać aprobatę pewnych rodzajów przestępstw.

Nawoływanie albo pochwalanie może mieć postać słownych wypowiedzi, ogłoszeń lub artykułów w prasie, wystąpień w środkach masowego przekazu, wystąpień przed zgromadzonymi na wiecu lub manifestacji, na wykładach, zajęciach lub szkoleniach, może również odbywać się za pośrednictwem stron internetowych (por.: Z. Cwiakalski, Komentarz do art. 255 k.k. [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzynekiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Zakamycze, 2006, wyd. II).

Analiza treści art. 255 § 1 i § 3 k.k., prowadzi do wniosku, iż opisane w nim typy czynów zabronionych obejmują również karalność zachowań polegających na publicznym nawoływaniu i nakłanianiu oraz publicznym pochwalaniu przestępstwa określonego w art. 200 k.k., tj. przestępstwa pedofilii oraz innych przestępstw godzących w dobro małoletniego, określonych w rozdziale Kodeksu karnego dotyczącym przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności.

Nie ma zatem racjonalnego uzasadnienia dla wprowadzenia do Kodeksu karnego przepisu o treści określonej w warstwie normatywnej omawianego projektu, a więc przepisu szczególnego penalizującego nawoływanie i pochwalanie przestępstwa pedofilii, albowiem obowiązujące już przepisy przewidują karalność tego rodzaju zachowań oraz sankcję karną w wymiarze tożsamym z proponowaną w projekcie. Wprowadzenie nowego typu przestępstwa, proponowanego przez Autorów projektu w jego normatywnej treści, jest zatem zbędne.

Niezależnie od przedstawionych powyżej rozważań, dotyczących obowiązujących już przepisów penalizujących odpowiedzialność za nawoływanie oraz pochwalanie przestępstwa określonego w art. 200 k.k. i wynikającego z tego braku celowości wprowadzania nowych przepisów w tym zakresie, zauważyć należy, iż redakcja projektowanego przepisu wydaje się wadliwa. Zbędne i wprowadzające wątpliwości interpretacyjne są wyrazy „prezentuje treści”, gdyż z samych określeń „propagujące, pochwalające lub nakłaniające” wynika, że chodzi o zachowania polegające na prezentowaniu tego rodzaju treści - słownie, na piśmie, w gestach, rysunkach itp.

Pomimo opisanej wyżej wadliwości projektu w jego warstwie normatywnej, Rząd dostrzega konieczność rozważenia celowości wprowadzenia do obowiązującego systemu prawnego, postulowanej w uzasadnieniu projektu, karalności zachowań polegających na publicznym propagowaniu pedofilii jako idei, co w aktualnym stanie prawnym faktycznie nie jest penalizowane.

Jak wskazano powyżej, *de lege lata* istnieje możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby propagującej pedofilię jedynie w oparciu o przepis art. 255 § 3 k.k., penalizujący publiczne pochwalanie popełnienia przestępstwa typizowanego w art. 200 k.k. Przepis ten, co wyżej podkreślano, będzie mógł jednak stanowić podstawę odpowiedzialności tylko w tych przypadkach, gdy treści propagujące pedofilię będą wprost propagować działania prowadzące do popełnienia na szkodę dziecka czynów wypełniających znamiona przestępstw z rozdziału XXV Kodeksu karnego. Natomiast w tych

przypadkach, gdy propagowanie pedofilii nie będzie bezpośrednio odnosić się do płaszczyzny seksualnego wykorzystania dziecka, lecz koncentrować się będzie na pseudofilozoficznych wywodach dotyczących emocjonalnych, lub innego rodzaju, pozytywnych więzi łączących rzekomo pedofila z dzieckiem, przepis art. 255 § 3 k.k. nie będzie mógł stanowić płaszczyzny odpowiedzialności karnej osoby propagującej pedofilię.

Propagowanie ideologii określanej jako „pozytywna pedofilia” niewątpliwie jest zjawiskiem negatywnym, wymagającym skutecznego ścigania, albowiem niesie za sobą istotne zagrożenie dla powszechnie akceptowanych wartości społecznych związanych z prawidłowym rozwojem psychofizycznym dzieci.

Zwrócić należy jednak uwagę, że w nauce prawa karnego oraz orzecznictwie sądowym, przez propagowanie rozumie się zachowanie polegające na szerzeniu wiedzy, upowszechnianiu idei, haseł, myśli, zjednywaniu kogoś do jakiejś idei, publicznym prezentowaniu jakichś idei w zamiarze przekonania do nich. Przyjmuje się, iż propagowanie nie ogranicza się do samego pochwalania, ale zmierza nadto do przekonania o czymś adresata (por.: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28.03.2002 r., I KZP 5/02, OSNKW 2002, nr 5-6, poz. 32; O. Górniok, S. Hoc, S. Przyjemski, Kodeks karny, Komentarz, Tom III, Gdańsk 1999, s. 300 i n.).

Pochwalanie jest zatem elementem propagowania, ale nie musi nim być. Można wyobrazić sobie sytuację, w której prezentuje się określone treści, bez zamiaru przekonania co do ich słuszności, np. w celach naukowych, poznawczych, które – jak się wydaje – należałoby jednak wyłączyć z zakresu potencjalnej penalizacji.

Zasadne byłoby zatem ewentualne wprowadzenie karalności propagowania pedofilii, rozumianego jako zachowania polegającego na publicznym prezentowaniu pedofilii jako zjawiska pozytywnego, w zamiarze przekonania do niego.

Mając na uwadze mogące pojawić się wątpliwości, co do zgodności takiej treści przepisu z konstytucją, w zakresie dopuszczalnej ingerencji państwa w gwarantowaną art. 54 ust. 1 Konstytucji wolność słowa i wyrażania poglądów

stwierdzić należy, iż w systemie prawa przewidziane są już instrumenty podobnych prawnokarnych zakazów, ograniczających wolność wyrażania poglądów. Analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, dotyczącego tej zasady konstytucyjnej, prowadzi do wniosku, iż penalizacja propagowania tzw. „pozytywnej pedofilii”, nie stanowiłaby naruszenia art. 54 ust. 1 Konstytucji. Penalizacja niektórych zachowań ze sfery wolności słowa, chociaż wolność tę ogranicza jest bowiem dopuszczalna na warunkach określonych w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej. Gdy poprzez normę prawa karnego następuje ograniczenie tej wolności, może to być uznane za uzasadnione, jeżeli następuje w ustawie oraz gdy jest konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Wydaje się, że mimo braku wskazania przesłanki z art. 31 ust. 3 Konstytucji w uzasadnieniu projektu ustawy, można dopatrzeć się jej zaistnienia, w szczególności ze względu na prawa osób małoletnich zagrożonych tego typu publicznymi wypowiedziami.

Biorąc pod uwagę przedstawione wyżej argumenty, Rząd, pomimo dostrzeganej normatywnej wadliwości projektu, widzi potrzebę rozważenia zmiany stanu prawnego w kierunku wskazanym w jego uzasadnieniu, dlatego też wnosi o skierowanie projektu do dalszych prac legislacyjnych.