

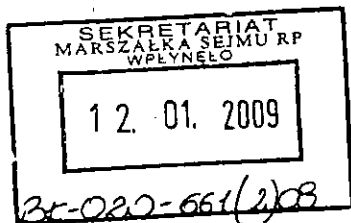
KRAJOWA IZBA  
RADCÓW PRAWNYCH

00-478 Warszawa • Aleje Ujazdowskie 18 lok. 4  
tel./fax: 022 622 05 88, 622 84 28/33 • e-mail: kirp@kirp.pl • NIP: 526-10-43-011

Do druku 1394

L.dz. 7150 /OBSiL/2009

Warszawa, dnia 8 stycznia 2009 r.



Szanowny Pan  
Bronisław Komorowski  
Marszałek Sejmu  
Rzeczypospolitej Polskiej

*Szanowny Panie Marszałku!*

W nawiązaniu do przesłanego w ramach konsultacji społecznych, Krajowej Radzie Radców Prawnych rządowego projektu ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Kodeks karny wykonawczy, ustawy - Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw - (druk sejmowy nr 1394) - w załączeniu przesyłam opinię do projektu opracowaną w ramach Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych.

Wiceprezes  
Krajowej Rady Radców Prawnych

*Salajewski*  
Dariusz Salajewski

Dr Patrycja Kozłowska- Kalisz

Dr Marek Kulik

**Opinia na temat proponowanych zmian ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw - Druk Sejmowy nr 1394**

1 Na aprobatę zasługuje zmiana art. 10 § 2 k.k., którą poszerza się katalog czynów zabronionych, za które odpowiedzialność karną może ponieść nieletni po ukończeniu 15 lat życia, a przed ukończeniem 17 lat. Słusznie został on bowiem uzupełniony o zbrodnię przewidzianą w art. 197 § 4 k.k. Dotychczasowy stan prawny w tym zakresie zawierał bowiem trudną do zaakceptowania ze względów kryminalnopolitycznych sytuację, w której sprawca odpowiadający w warunkach określonych w art. 10 § 2 k.k. mógł ponieść odpowiedzialność karną za zgwałcenie przewidziane w art. 197 § 3 k.k. (tj. wspólnie z inną osobą), zaś nie mógł jej ponieść za zgwałcenie przewidziane w art. 197 § 4 k.k. (tj. popełnione ze szczególnym okrucieństwem). Skoro jednak ustawodawca decyduje się na nowelizację art. 10 § 2 k.k., byłoby zasadne także uzupełnienie przewidzianego w tym przepisie katalogu czynów zabronionych także o występki z art. 281 i 282 k.k. Art. 10 § 2 k.k. przewiduje obecnie wyjątkową odpowiedzialność karną nieletniego za rozbój. Niewątpliwie jest to uzasadnione okolicznością, że sprawcy nieletni relatywnie często dopuszczają się tego czynu zabronionego. Warto wszakże zauważyć, że czyny określone w art. 281 i 282 k.k. (kradzież rozbójnicza i wymuszenie rozbójnicze) wykazują znaczne podobieństwo do czynu określonego w art. 280 k.k. Szczególnie widoczne jest to w odniesieniu do kradzieży rozbójniczej, która różni się od rozboju w zasadzie tylko kolejnością podejmowanych przez sprawcę czynności wykonawczych. W omawianej sytuacji zatem sprawca, który stosuje np. przemoc wobec osoby i kradnie może ponieść odpowiedzialność karną na zasadach określonych w art. 10 § 2 k.k., zaś sprawca, który najpierw kradnie, zaś następnie stosuje np. przemoc wobec osoby, aby utrzymać się w posiadaniu zabranej rzeczy – odpowiedzialności takiej ponieść nie może. Tymczasem różnica między podjętymi zachowaniami zasadza się tylko na ich kolejności. Nie widać tu *prima facie* żadnej odmienności w potencjalnym stopniu społecznej szkodliwości niemal identycznych zestawów ustawowych znamion.

2 Budzi natomiast wątpliwości propozycja zmiany art. 58 k.k.. Już na gruncie istniejącego przepisu art. 58 § 2 k.k., zakazującego orzekania grzywny w określonych warunkach istniały pewne wątpliwości. Po pierwsze w praktyce mogły się zdarzyć wypadki fałszowania przez sprawców ich możliwości płatniczych. Jednak jest to kwestia natury dowodowej, dla treści regulacji drugorzędna. Istotniejsze jest drugie zagadnienie. Pozakodeksowe prawo karne zna szereg przepisów typizujących czyny zagrożone wyłącznie karą grzywny. W wypadku takich czynów i spełnienia warunków określonych w art. 58 § 2 k.k. nie istniała kara, którą sąd mógłby zastosować wobec sprawcy. Wydaje się, że nie był to stan rzeczy w pełni zadowalający. Obecna propozycja zagadnienie to pogłębia (na przepisy przewidujące alternatywne zagrożenie grzywną i ograniczeniem wolności, np. art. 212 k.k. po proponowanej nowelizacji). Proponowany przepis art. 58 § 2a wprowadza w określonych wypadkach zakaz orzekania kary ograniczenia wolności. Można sobie zatem wyobrazić sytuację, kiedy w konkretnej sprawie spełnione będą przesłanki zarówno określone w art. 58 § 2 k.k., jak 58 § 2a k.k., zaś czyn zagrożony będzie alternatywnie karami pozbawienia wolności, ograniczenia wolności i grzywny. W takiej sytuacji z zakresu możliwych do orzeczenia kar usunięta zostanie zarówno grzywna, jak ograniczenie wolności. W praktyce prowadzić to może do albo do sytuacji, kiedy nie będzie można orzec żadnej kary, albo do sytuacji, kiedy sąd, nie mogąc orzec właściwej w swoim odczuciu kary ograniczenia wolności lub grzywny, orzeknie karę pozbawienia wolności. Przepisy pomyślane jako humanitarne, będą zatem prowadziły do pogorszenia sytuacji sprawcy. Samą ideę tak art. 58 § 2 i 58 § 2a k.k. należy ocenić jako godną poparcia, jednak konieczne jest przemyślenie ewentualnych rozwiązań, pozwalających na uniknięcie tego rodzaju trudności. Wydaje się, że miejscem dla takich przepisów powinien być raczej kodeks karny wykonawczy. Marginalnie zwraca także uwagę, że niefortunne jest używanie na gruncie kodeksu karnego (prawa materialnego) terminów *stricte* procesowych, takich jak „oskarżony”. Lepsze jest używanie (także z punktu widzenia jednolitości terminologicznej) pojęcia: sprawca (ewentualnie skazany) (por. art. 58 § 2 k.k.).

3 Zmiana art. 86 § 1 k.k. jest uzasadniona podwyższeniem górnej granicy grzywny i jest jej logiczną konsekwencją. Proponowany przepis art. 86 § 1 a k.k. wprowadza trafnie możliwość orzeczenia kary łącznej 25 lat pozbawienia wolności w wypadku, kiedy żadna z kar łączonych nie jest karą 25 lat pozbawienia wolności. Propozycję tą można uznać za trafną. Proponowany art. 86 § 2a k.k. usuwa natomiast istniejącą od dawna wątpliwość interpretacyjną. Warto wszakże zauważyć, że ideą (słuszną) ustawodawcy było wymierzanie za przestępstwa tylko grzywien w stawkach dziennych.. Istnienie grzywnie kwotowych jest wynikiem nieprzemyślanej działalności ustawodawcy po uchwaleniu obowiązującego kodeksu karnego. Z

uwagi na to, że na przyszłość nie można wykluczyć, że taka działalność będzie miała nadal miejsce, proponowany przepis jest niezbędny dla praktyki i dobrze, że jest proponowany w takiej postaci. Warto chyba jednak podjąć w niedalekiej przyszłości próbę (kolejnego już) „przepatrzenia” przepisów pozakodeksowego prawa karnego w celu zastąpienia funkcjonującej tam grzywny kwotowej grzywną w stawkach dziennych.

4 Wątpliwości może budzić natomiast podniesienie wartości granicznych dla mienia znacznej wartości i mienia wielkiej wartości. Warto przypomnieć, że ideą ustawodawcy tworzącego art. 115 § 5 i 6 w pierwotnym brzmieniu było uelastycznienie tych wartości poprzez ich zrelacjonowanie do najniższego miesięcznego wynagrodzenia, co powodowało stopniowy ich wzrost wraz ze wzrostem stopnia zamożności społeczeństwa. Zmiany zaszły w r. 2002 (ustawa z dn. 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, Dz. U. nr 200 poz. 1679 ze zm.) spowodowały usztywnienie tych wartości na stosunkowo niskim poziomie (przyjmuje się 760 zł jako kwotę najniższego miesięcznego wynagrodzenia). Podniesienie ich jest oczywiście koniecznością, jednak proponowana zmiana wpisuje się w ideę usztywnienia tych wartości, tymczasem mimo wszystko powinny być one elastyczne. Należałoby postulować właśnie ich zrelatywizowanie. Być może właściwą drogą byłaby nowelizacja ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jednak jej zmiana spowoduje skutki wykraczające poza zakres prawa karnego. Dlatego można pokusić się o poszukanie innej zmiennej, np. przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia za pracę. Elastyczność wskazanych wartości wydaje się być cenna na tyle, by warto było powrócić do tej idei, oddającej intencje autorów kodeksu karnego. Być może właściwą drogą byłoby zrelatywizowanie wspomnianych wartości do przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia pracowników za wskazany okres uprzedni. Co prawda rodzi to po stronie praktyki konieczność sprawdzania tych wartości, jednak wydaje się, że korzyści z elastycznego określenia są większe, niż praktyczne trudności.

5 Zastrzeżenia budzi redakcja proponowanego art. 165a. Nie kwestionując co do zasady *ratio legis* proponowanego przepisu (realizacja zobowiązań RP wynikających z zaleceń Komitetu Antyterrorystycznego Rady Bezpieczeństwa ONZ, jak również konwencji ONZ z 1999r. o zwalczaniu finansowania terroryzmu), podnieść należy, że proponowana jego redakcja może spowodować, że praktyczne stosowanie tego przepisu będzie niezwykle utrudnione, a zatem jego znaczenie w praktyce wymiaru sprawiedliwości i organów ścigania może być- wbrew oczekiwaniom ustawodawcy- niewielkie. Same czynności sprawcze (gromadzenie, przekazywanie, oferowanie) dokonywane w stosunku do wymienionych w przepisie walorów (środki płatnicze, papiery wartościowe...) nie przesądzają jeszcze o konieczności

kryminalizacji takich zachowań - same w sobie pozbawione są przecież jakiegokolwiek ładunku społecznej szkodliwości, są prawonkarnie irrelewantne. Dopiero wykazanie, że sprawca dokonywał wymienionych czynności w celu sfinansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, nadawać ma im znaczenia wymagającego represji karnej. Wątpliwości budzi więc taka redakcja ustawowych znamion, w której o przestępności zachowania decyduje szczególne psychiczne nastawienie sprawcy- jego cel (sfinansowanie przestępstwa o charakterze terrorystycznym). Chodzi więc o to, jak praktycznie udowodnić sprawcy np. gromadzącemu środki płatnicze (takie czynności dokonywane są przecież przez znaczącą część społeczeństwa), że czyni to właśnie celu sfinansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym. O takim kierunkowym nastawieniu sprawcy decydować może tylko jego późniejsze zachowanie- tj. właśnie sfinansowanie takiego przestępstwa (dopiero wówczas można wykazać, że środki gromadzone były właśnie w tym celu). Skoro tak, to bardziej zasadna (z powodów racjonalnych) byłaby penalizacja czynności polegających na finansowaniu takiego przestępstwa, a nie zachowań stanowiących faktyczne czynności przygotowawcze do takiego finansowania. W takiej wersji rozważyć by można dodatkowo- dla szerszego zakreslenia granic represji – wprowadzenie karalności przygotowania (art. 16 § 2 k.k.), do przestępstwa finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym.

6 Zastrzeżenia budzi propozycja wprowadzenia art. 202a § 2 – redakcja tego przepisu prowadzi do wniosku, że sprowadzanie, przechowywanie, posiadanie treści pornograficznych z udziałem osoby, która nie wyraziła zgody na utrwalanie może mieć znaczenie w praktyce jedynie w sytuacji, w której ten, kto sprowadza, przechowuje, posiada wymienione treści, był jednocześnie sprawcą (lub współdziałającym) czynności ich utrwalania bez zgody danej osoby. *Ratio legis* tej regulacji sprowadza się do zapewnienia ochrony przed wykorzystywaniem utrwalonych bez zgody ich uczestnika treści pornograficznych. W praktyce jednak jest tak, że osoby sprowadzające, przechowujące lub posiadające treści pornograficzne (w których „produkcji” czy powstaniu sami nie uczestniczyli) na ogół nie mają (i często nie mogą) mieć świadomości, czy osoby występujące w treściach o charakterze pornograficznym wyraziły czy też nie zgodę na utrwalenie takich treści. Istnienie takiej zgody na ogół nie jest możliwe do ustalenia przez szeroki krąg odbiorców treści pornograficznych. Proponowane przestępstwo – jako umyślne – wymaga natomiast do jego przypisania objęcia świadomością sprawcy również braku zgody na utrwalenia treści z udziałem danej osoby. W związku z powyższym wydaje się, że przepis ten nie spełni oczekiwanych przez ustawodawcę celów. Co do proponowanego art. 202b to zastrzeżenia budzi też wymóg utrwalenia nagiego wizerunku przez nadużycie zaufania lub podstępem. Przepis nie obejmuje przypadków, gdy nagi wizerunek został utrwalony bez

użycia tych sposobów, za pełną aprobatą, wiedzą, świadomością czy zgodą osoby przedstawionej, która jednakże nie zgodziła się na jego dalsze rozpowszechnianie. W takiej sytuacji być może będzie możliwe zastosowanie proponowanego art.202a § 2, przypisując sprawcy np. posiadanie lub przechowywanie (ale nie - rozpowszechnianie, które nie jest penalizowane także na gruncie 202a§2). Wątpliwości budzi także znamię „obraz nagej osoby” w kontekście ustalenia, kiedy mamy do czynienia z osobą naga. W potocznym rozumieniu osoba jest naga, jeśli jest pozbawiona jakiegokolwiek ubrania; nie będzie tym samym objęty penalizacją przypadek rozpowszechniania obrazu „półnagiej” osoby, tj. np. tylko z odsłoniętymi genitaliami. Tym samym poza zakresem kryminalizacji – wbrew intencjom ustawodawcy- pozostaną równie naganne i społecznie szkodliwe zachowania, godzące w wolność człowieka.

7 Propozycja nowelizacji art. 212 i 213 k.k. jest wątpliwa. Rezygnacja z kary pozbawienia wolności w art. 212 § 1 k.k. wydaje się być nieuzasadniona. Pozbawienie wolności orzekane jest rzeczywiście dość rzadko, jednak samo przez się nie przemawia to za rezygnacją z możliwości jego orzekania. Słabością szeregu poprzednich zmian w kodeksie karnym było ograniczanie swobody sędziowskiej w zakresie orzekania o karze. Zmiany te dążyły co prawda do ograniczenia możliwości łagodnego traktowania sprawców przez sądy. Obecna zmiana zmierza w przeciwnym kierunku , co też nie jest godne poparcia. Argument o konieczności zrównania sankcji za zniesławienie i znieważenie nie przekonuje. Można bronić poglądu, że poziom społecznej szkodliwości zniesławienia jest wyższy niż znieważenia i że powinno to zostać uwzględnione w ustawowym określeniu sankcji. Zniesławienie skonstruowane jest bowiem jako typ przestępstwa mogącego m. in. spowodować utratę zaufania potrzebnego do działalności, którą prowadzi, czego nie ma przy znieważeniu, Skutki zniesławienia dotyczą zatem pokrzywdzonego w większym zakresie, niż znieważenia. Błędem jest rezygnacja z kwalifikowanego typu zniesławienia popełnianego przy użyciu środków masowego komunikowania się. Zupełnie nie przekonuje argument, że istnienie tego typu wkracza na grunt wolności prasy i swobody wykonywania zawodu` dziennikarza. Okoliczność ta została poprawnie wyjaśniona ostatnio przez TK (istnienie zdań odrębnych może właściwie tylko wywoływać zdziwienie). Wolność prasy i wykonywania zawodu dziennikarza nie jest przecież wolnością absolutną , lecz ograniczoną. Skoro z założenia praca dziennikarza odgrywa istotną rolę w życiu publicznym , winna być ona wykonywana rzetelnie i z poczuciem odpowiedzialności za podawane informacje i oceny. Dotyczy to zwłaszcza okoliczności, gdy dziennikarz korzystając z wolności przewidzianych w art. 14 i 54 Konstytucji wkracza na teren chroniony innymi jej przepisami choćby art. 47 Konstytucji – prawo do prywatności. To ostatnie, jak wynika z art. 8 ratyfikowanej przez Polskę Europejskiej Konwencji Praw

Człowieka w płaszczyźnie wertykalnej jest chronione bezwzględnie, zaś w płaszczyźnie horyzontalnej – ograniczane może być tylko w określonych wypadkach, (ochrona życia, zdrowia, moralności publicznej), na podstawie wyraźnego ustawowego upoważnienia. Ograniczenie karalności tego rodzaju praktyk prowadzić może do ich nasilenia – już obecnie w Polsce dosyć nagminnych. Stwierdzenie, że międzynarodowe instytucje monitorujące przestrzeganie praw człowieka postulują (zapewne do nich odnosi się zawarte w uzasadnieniu projektu określenie „postuluje się”) pozostawienie wyłącznie odpowiedzialności cywilnoprawnej nie przesądza zagadnienia ani konieczności rezygnacji w ogóle z ochrony prawnokarnej, ani nawet z samej rezygnacji z kary pozbawienia wolności. Warto zauważyć, że w obecnym stanie prawnym głośne procesy cywilnoprawne bynajmniej nie doprowadzają w szeregu wypadków nawet do zdementowania opublikowanych informacji, zaś wkraczanie przez dziennikarzy w prywatne życie znanych osób bez żadnego uzasadnienia jest okolicznością nie tylko nagminną, ale wręcz uważaną za naturalną. Rezygnacja ze wzmocnionej reakcji prawnokarnej może skutkować zwiększonym poczuciem bezkarności. Poczucie to również i obecnie jest faktem z uwagi na okoliczność, że pokrzywdzeni nie korzystają z drogi prawnokarnej w celu dochodzenia swoich praw. Jest to zresztą o tyle zrozumiałe, że wypadki skazywania dziennikarzy na jakiegokolwiek kary należą w Polsce do zupełnie wyjątkowych (stąd przesadą jest powoływanie się w uzasadnieniu projektu na poważne nadużycia popełniane wobec dziennikarzy w państwach podejrzewanych o łamanie praw człowieka. RP niewątpliwie nie jest takim państwem, przynajmniej w zakresie wolności słowa i prawa do krytyki, zaś ograniczenie karalności dziennikarskich pomówień stanowi poważne osłabienie ochrony np. prawa do prywatności). Tym bardziej niepokoi całkowita rezygnacja z kryterium społecznie uzasadnionego interesu jako tego, które uzasadnia prawo do krytyki. W praktyce może to oznaczać zgodę ustawodawcy na wprowadzenie jako jedyne kryterium limitującego prawo do krytyki podnoszonego przez środki masowego przekazu „prawa do informacji”.

*Dr Patrycja Kozłowska-Kalisz*

*Dr Marek Kulik*

