



SĄD NAJWYŻSZY
Rzeczypospolitej Polskiej

Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego
Prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf

BSA II-021-343/19

DS-173-86 | 20
24.01.2020

Warszawa, dnia 23 stycznia 2020 r.

Do druku nr 138

Pan

Dariusz Salamończyk

Zastępca Szefa
Kancelarii Sejmu

Szanowny Panie Ministrze,

W odpowiedzi na pismo z dnia 20 grudnia 2019 r., SPS-WP-173-30/19 działając na podstawie art. 1 pkt 4 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (j.t. Dz.U. z 2019r. poz. 825) w załączeniu uprzejmie przesyłam uwagi Sądu Najwyższego do *poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny*.

Z poważaniem

Tłoczono z polecenia Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej





SĄD NAJWYŻSZY

Rzeczypospolitej Polskiej

Sąd Najwyższy

Biuro Studiów i Analiz

BSA II – 021 – 343/19

Warszawa, dnia 23 stycznia 2020 r.

Opinia do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny

Przedłożony do zaopiniowania poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny zakłada nowelizację art. 115, art. 119, art. 256 oraz art. 257 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (dalej: „Kodeks karny”). W myśl obowiązujących przepisów, do katalogu zachowań objętych wskazanymi zakazami zaliczają się zasadniczo te groźby, działania przemocą czy publiczne znieważenia, które motywowane są lub mają podstawę w przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej oraz wyznaniowej (w tym w bezwyznaniowości). W projekcie proponuje się poszerzenie penalizacji o zachowania motywowane także orientacją seksualną, tożsamością płciową, ekspresją płciową, niepełnosprawnością oraz wiekiem. Proponowana w projekcie modyfikacja zakazów karnych o nowe motywy w sposób oczywisty stanowić będzie podkreślenie ich naganności, nada im zarazem charakter normatywny i samoistny w płaszczyźnie znamion typów czynów zabronionych.

Tak kryminalizacja jak i dekryminalizacja określonych zachowań zalicza się do polityki karnej, która leży w gestii ustawodawcy. Rolą władzy sądowniczej jest zaś stosowanie utworzonego przez ustawodawcę prawa. W działalności Sądu Najwyższego, przez wzgląd na rodzaj toczących się przed nim postępowań, ogniskują się wszelkie problemy wiążące się z wadliwościami obowiązującego prawodawstwa. W tym pryzmacie należy wskazać, że w orzecznictwie SN nie odnotowano przypadków świadczących o brakach czy niedoskonałościach regulacji karnych z uwagi na ich fragmentaryczność i pominięcie znamiennych motywów w postaci np. transfobii, homofobii czy heterofobii. Okoliczność ta nie ma charakteru przesądzającego, jednakże w sposób szczególny nakazuje ona prześledzenie uwarunkowań, które miałyby przemawiać za wprowadzeniem nowych regulacji do Kodeksu karnego.

Oceniając zasadność tak kryminalizacji jak i dekryminalizacji prześledzić zatem należy szereg przesłanek, które powinny zostać wzięte pod uwagę przez ustawodawcę. Za wzorcowe uznać należy wyliczenie opracowane przez L. Gardockiego (*Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 204), który wskazuje, że zweryfikować należy, czy zakazywane zachowanie jest w istotnym stopniu społecznie szkodliwe lub niebezpieczne; czy fakt ten został udowodniony lub uprawdopodobniony; czy odpowiedzialność karna będzie reakcją proporcjonalną do znaczenia szkody; czy kryminalizacja będzie realizowana (wykonalna) w praktyce i może mieć aspekt

prewencyjny; czy rachunek zysków i strat związany z kryminalizacją wypada pozytywnie; czy są inne środki zapobiegania lub minimalizowania szkody; czy zakaz kryminalizowanego zachowania mieści się w ramach systemu wartości danego kręgu kulturowego; czy kryminalizowane zachowanie daje się opisać w ustawie w sposób odpowiadający wymaganiom praworządności (poprawnej legislacji). Zauważyć przy tym należy, że kryminalizacja jest dopuszczalna, jeżeli spełnione będą wszystkie powyższe przesłanki.

Wzmiankowane kwestie powinny zostać starannie rozważone w uzasadnieniu projektu. Tak się jednak nie stało, co w sposób zasadniczy utrudnia merytoryczne odniesienie się do przedłożonego projektu regulacji.

W szczególności, Projektodawca powinien bardzo dokładnie przeanalizować, czy istnieją inne niż karnoprawne oraz inne karnoprawne środki zapobiegania lub minimalizowania zakazywanych zachowań, a jeżeli tak, to w jakiej pozostają relacji z projektowanymi zmianami i z jakich powodów są one niewystarczające. Warto w tym miejscu zasygnalizować, że Projektodawca nie wykazał wadliwości czy nieskuteczności w zakresie ochrony zapewnianej przez regulacje szeroko rozumianego prawa cywilnego, które przewidują odpowiedzialność odszkodowawczą za wyrządzoną szkodę (np. art. 415 k.c.) i zadośćuczynienie za doznaną krzywdę (art. 24 k.c. w zw. z art. 445 i 448 k.c.). Z uzasadnienia projektu można wnioskować, że Projektodawca w ogóle nie przeprowadził analiz systemowych i nie ocenił, w jakiej relacji pozostają przedłożone przepisy z regulacjami pozakarnych gałęzi prawa.

Dodatkowo, starannego rozważenia wymaga możliwość zastosowania już istniejących norm represyjnych do zwalczania zachowań objętych projektowanymi regulacjami. Zachowania o podłożu dyskryminacyjnym, w zależności od ich rodzaju oraz ewentualnych skutków, będą wszak realizować m.in. znamiona zniewagi, groźby karalnej, naruszenia nietykalności cielesnej, znęcania czy określonego uszczerbku na zdrowiu. Motywy poszczególnych czynów, w tym te bazujące np. na odmienności płciowej, muszą zaś być przez sąd analizowane w każdej sprawie, w której czyn popełniono umyślnie. Analiza taka dokonywana jest zasadniczo na płaszczyźnie wymiaru kary, co jednoznacznie wynika z art. 53 § 2 k.k. Powyższe prowadzi do wniosku, że projektowane zakazy znajdują już odzwierciedlenie w krajowych regulacjach. Zbieg projektowanych przepisów z regulacjami określającymi inne typy przestępstw będzie jednak zależny od faktycznej formy czynu oraz ewentualnie od innych okoliczności (np. stosunku, w jakim pozostawać będą ofiara i sprawca). Już tylko z tego powodu można pokusić się o twierdzenie, że obecne regulacje Kodeksu karnego zabezpieczają przed zachowaniami objętymi proponowanymi regulacjami. Podobnie jak powyżej, nie jest to argument decydujący przeciwko przyjmowaniu nowych regulacji. Projektodawca wykazać jednak powinien, że zabezpieczenie dóbr ma charakter niewystarczający i wymaga ono intensyfikacji przez odpowiednie zmiany legislacyjne. Załączone do projektu uzasadnienie nie pozwala na stwierdzenie, że obowiązujące przepisy nie zapewniają adekwatnej ochrony dóbr prawnych przed naruszeniami motywowanymi dyskryminacyjnie. Trudno bowiem za uzasadnienie uznać powołanie się na ogólnikowe rekomendacje, bez prezentacji faktycznego obrazu kryminalno-kryminologicznego zwalczanego zjawiska.

W obecnym stanie prawnym Kodeks karny, jak również żadna inna ustawa, *expressis verbis* nie zawierają definicji wyrażen takich jak „orientacja seksualna”, „tożsamość płciowa” czy „ekspresja płciowa”. Wątpliwości systemowe budzić musi zatem fakt, że terminy takie, które zdają się być szczególnie trudne do zdefiniowania, bez zasadniczej dyskusji o charakterze ogólnospołecznym, zostaną określone i tym samym semantycznie przesądzone w ustawie karnej. W szerszej perspektywie regulacja może się spotkać z zarzutem, że ustawodawca przy pomocy prawa karnego będzie dążył nie tyle do kształtowania pożądanych postaw społecznych w zakresie niedyskryminacji czy tolerancji m.in. co do szeroko pojętej seksualności człowieka, a do kształtowania pożądanego światopoglądu. Granica jest tu subtelna i wymaga postępowania niezwykle wręcz ostrożnego, co już z założenia nakazuje dystans do stosowania rozwiązań penalnych.

W tym ujęciu, opiniowane regulacje mogą być rozpatrywane z punktu widzenia tzw. kryminalizacji emocjonalnej, a więc kryminalizacji, której stosowanie powinno być wyjątkiem wiążącym się ze swej natury ze szczególnymi okolicznościami. Czy takie okoliczności faktycznie występują powinien jasno wskazać Projektodawca, powołując się w tej mierze na badania, które stałyby się podstawą do ich sformułowania. Zasadne byłoby również przeprowadzenie analizy orzecznictwa sądów powszechnych w zakresie w jakim w uzasadnieniach rozstrzygnięć, wśród okoliczności obciążających sprawcę, przytaczano rozważane motywy. Obecnie nie sposób ustosunkować się do podniesionych tutaj wątpliwości, a tym samym w sposób definitywny wypowiedzieć się o potrzebie wprowadzania czy uzupełniania obowiązującej regulacji Kodeksu karnego o nowe elementy strony podmiotowej we wskazanych z początku typach czynów zabronionych.

Niezależnie od zgłoszonych już uwag, warto zasygnalizować, że technika legislacyjna polegająca na bardzo szczegółowym wyliczaniu zakazywanych zachowań nie jest trafna. W takich przypadkach zawsze powstawać będą wątpliwości co do katalogu zachowań objętych zakazem, a w perspektywie opiniowanego projektu, o powody pominięcia tych a nie innych motywów. Przykładowo, skoro w projekcie przewiduje się wprowadzenie motywu w postaci „wieku”, to co stoi na przeszkodzie do wprowadzenia kolejnych nagannych motywów takich jak: „praca”, „wykształcenie” czy „stan posiadania”. Chcąc uniknąć tego typu zarzutów zastosować można konstrukcję zakazu o bardziej generalnym charakterze, przykładowo „Kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z uwagi na ich właściwości lub warunki osobiste podlega karze (...)”. Warto jednak podkreślić, że obecny katalog motywów towarzyszących znamionom czynnościowym określony w art. 119, art. 256 oraz art. 257 k.k. jest celowo stosunkowo skromny i dzięki temu ma charakter uniwersalny – jak już wskazywano zawiera on w sobie: przynależność narodową, etniczną, rasową, polityczną oraz wyznaniową. Taki kształt zakazów ma swój głęboki sens, który wyraża się w surowszym karaniu tych czynów, które są motywowane w sposób szczególnie naganny, oczywisty dla każdego człowieka. Wszak, gdyby np. regulacja art. 119 została z Kodeksu karnego usunięta, to zachowania w niej opisane dalej byłyby karalne, tyle tylko, że na podstawie m.in. art. 190 k.k. albo 217 k.k. Jednakże typizacja wyodrębnionego czynu dokonywanego za pomocą groźby lub przemocy uzasadniona jest właśnie towarzyszącym mu motywem. Zarazem przesądza to o umieszczeniu art. 119 k.k. w kardynalnym

rozdziale pt. „Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne”, czy choć już w mniejszym stopniu art. 256 i art. 257 k.k. w rozdziale pt. „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”. Generalizacja motywów, czy też ich nadmierna liczba, w sposób nie budzący wątpliwości doprowadzi do „rozmycia” *ratio* wskazanych zakazów, co w sposób nieuchronny oznaczać będzie dewaluację chronionych przez niego wartości.

Powyższe uwagi w żadnej mierze nie mogą być odczytywane jako argument za brakiem karalności czynów zabronionych motywowanych orientacją seksualną, tożsamością i ekspresją płciową, wiekiem czy niepełnosprawnością. Bez wątpienia są to zachowania naganne, które z całą stanowczością powinny być ścigane i karane. Jednakże zmiana art. 119, art. 256 oraz art. 257 k.k., jak również wprowadzenie nowych definicji legalnych w art. 115 k.k. niekoniecznie ten cel przybliży. Niejako przeciwnie, może ona zrodzić liczne pytania odnośnie do faktycznych celów wprowadzania wskazanych regulacji, na które może być trudno znaleźć przekonującą odpowiedź. Wątpliwości te będą jeszcze bardziej widoczne, jeżeli zwróci się uwagę na brak systemowego charakteru projektowanej regulacji. Trudno bowiem jest wyjaśnić zmianę treści Kodeksu karnego bez chociażby rozważenia zmian koordynacyjnych przepisów antydyskryminacyjnych zawartych w innych ustawach. Tylko w celu zilustrowania przytoczyć można art. 11³ § 1 Kodeksu pracy, który stanowi o zakazie „jakakolwiek dyskryminacji w zatrudnieniu, bezpośredniej lub pośredniej, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony, zatrudnienie w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy”. Przepis ten posługuje się wyrażeniem „płeć” oraz „orientacja seksualna”, co w sposób oczywisty nakazuje zadać pytanie w jakiej zakresowej relacji będą one pozostawać z pojęciami „orientacji seksualnej”, „tożsamości płciowej” i „ekspresji płciowej”, o jakiej stanowi art. 115 k.k. W szczególności problemem będzie stwierdzenie, czy na gruncie Kodeksu pracy termin „orientacja seksualna”, będzie miał znaczenie tożsame jak w Kodeksie karnym, a jeżeli tak to dlaczego Kodeks pracy milczy odnośnie do dyskryminacji ze względu na „ekspresję płciową”, czy może Kodeksy będą terminy te postrzegać autonomicznie. Analogiczny przykład można podać odwołując się m.in. do art. 107 § 2 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1781), który stanowi o nielegalnym przetwarzaniu danych „ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych, danych genetycznych, danych biometrycznych przetwarzanych w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej, danych dotyczących zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej”. Pytanie zatem jak postrzegana będzie „seksualność” oraz „orientacja seksualna” w ustawie o ochronie danych osobowych i „orientacja seksualna”, „tożsamość płciowa” oraz „ekspresja płciowa” w Kodeksie karnym. Co charakterystyczne, obydwa przepisy zaliczają się do prawa karnego materialnego, a więc do tej samej gałęzi prawa, wobec czego różnica w zakresie znaczeniowym tożsamych pojęć może być więcej niż niepożądana. Przykłady takie można mnożyć. Wszystkie one przekonują jednak do wycinkowego podejścia przez Projektodawcę do rozpoznanego problemu, bez koniecznych analiz systemowych.

Podsumowując, przedłożony do zaopiniowania projekt ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny wymaga podjęcia decyzji kierunkowych oraz prac systemowych i analitycznych, które muszą zostać skoordynowane z odpowiednimi badaniami naukowymi.