

## **Stanowisko dla Rzecznika Praw Obywatelskich w związku z uchwaleniem nowelizacji prawa karnego.**

Niniejsze stanowisko sporządzone na prośbę Rzecznika Praw Obywatelskich w związku z uchwaloną w dniu 16 maja 2019 roku ustawą o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw – nie ma i nie może mieć charakteru wyczerpującej analizy naukowej. Związane jest to przede wszystkim z tempem prac legislacyjnych w Sejmie, niewspółmiernym ani do materii, ani do rozmiaru aktu prawnego, skali nowelizacji, ani do dotychczasowej (z pewnymi zastrzeżeniami) praktyki. Nie można w ciągu kilku dni rzetelnie zanalizować fundamentalnych zmian. Byłoby to naukowo nieuczciwe, co oznacza, że podejmując się tego zadania należy zastosować formę bardziej publicystyczną.

Merytoryczna analiza i spokojne wykazywanie błędów, niekonsekwencji, kwestionowanie założeń, stawianie pytań o racje poszczególnych rozwiązań nie ma w tym momencie sensu także z tego powodu, że ustawodawca procedujący w Sejmie w takim pośpiechu po prostu nie wydaje się nimi zainteresowany, a przynajmniej skłonny do brania pod uwagę i kierowania się krytycznymi opiniami. Nie jest to zresztą wyłączną domeną naszych czasów, biorąc pod uwagę słynne powiedzonka o profesorach i adwokatach z czasów Parlamentu Frankfurckiego.

Nie chcę, aby moje stanowisko było odebrane jako wyraz uprzedzeń, rozżalenia, czy obrażania się na rzeczywistość, ma to być – przynajmniej w założeniu - jej rzetelny opis, a zarazem obraz wywołujący subiektywny sprzeciw; oczywiste jest, że ten sprzeciw pozostaje i będzie głosem wołającego na puszczy w całym, a więc także metafizycznym, tego zwrotu znaczeniu. Jeśli już w ogóle mowa o sferze emocjonalnej, to z gorzką satysfakcją przypominam sobie usłyszane wiele lat temu na posiedzeniu Rady Naukowej Instytutu Prawa Karnego WPiA UW słowa prof. Genowefy Rejman, która powiedziała, że dla polityków problem jakiegoś niepożądanego zjawiska kończy się w momencie wydania, względnie zaostżenia zakazu. Tymczasem w rzeczywistości ten problem nie dość, że się nie kończy, to z chwilą decyzji ustawodawcy rodzą się całkiem nowe, liczne i nierozwiązane kwestie. O tym jednak – zwłaszcza w przededniu wyborów – politycy zdają się nie pamiętać, albo cynicznie je pomijają, bo znając przynajmniej niektórych z nich – naprawdę trudno zakładać ich brak wiedzy.

Parafrazując słynne już słowa z pewnej recenzji profesorskiej mogę więc jedynie zreasumować, że osobiście uważam, iż raz wyzwolona wola zaostżenia przepisów karnych jest nie do zatrzymania i jeśli Minister Sprawiedliwości uznał, że są powody, aby to zrobić, to zapewne tak jest. I tu można byłoby niniejsze stanowisko zakończyć, lecz pomny obrazu przewidującego lwa-wegetarianina z opowiadania Mrożka (a świat przedstawiony tego pisarza świetnie odzwierciedla obecną rzeczywistość) chciałbym jednak na najistotniejsze kwestie zwrócić uwagę, zarówno dla potomności,

jak i dla spokoju własnego sumienia.

Obserwując siłą rzeczy wybiórczo rodzącą się dyskusję nad założeniami (i sposobem) nowelizacji nie mogę nie zacząć krytycznych uwag od wskazanych kwestii legislacyjnych. Są one wyrazem tworzącej się zasady „legislacji nieprzyzwoitej”, którą nazwałbym praktykę umyślnego odstępowania od reguł określanych w szczególności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego znanych jako zasady „przyzwoitej legislacji” (por. np. uzasadnienie Wyroku Trybunału Konstytucyjnego K 50/05). Co do szczegółowego zakresu znaczeniowego jednego z tych pojęć (i będącego jego przeciwieństwem – drugiego) można się spierać, jednak trudno uznać za przyzwoite: nagłość i nieuzasadnione duże tempo prac (48 godzin na ustawę kodeksową i to w materii istotnie wkraczającej w sferę praw i wolności obywatelskich), związany z tym brak namysłu (nawet jeśli prace nad projektem trwały od pewnego czasu, to Sejm Rzeczypospolitej powinien mieć czas, aby nowe prawo wszechstronnie rozważyć), populizm (związany np. z dyskusją wokół problematyki, w której można było usłyszeć nie tyle kwestie merytoryczne, ile kto kogo i przez ile czasu chciałby widzieć w więzieniu), nieliczenie się z Konstytucją i prawem międzynarodowym (w odniesieniu np. do zasad legislacji, ale także pozbawiania możliwości korzystania ze środków probacyjnych), wykorzystywanie negatywnego społecznego nastawienia wobec pedofilii do zupełnie innych celów (nowelizacja obejmuje blisko 200 przepisów, podczas, gdy odniesień do czynów pedofilskich jest zaledwie kilka, przy czym nie zmieniono kary za kluczowe w tej materii niezawiadomienie o przestępstwie – art. 240 k.k.), czy wreszcie absurdalną i niebezpieczną kazuistykę służącą innym celom, niż oficjalnie deklarowane (konia z rzędem temu, kto dostrzeże sens ochrony sądu poprzez penalizowanie tworzenia „fałszywych dowodów na potwierdzenie nieprawdziwego zarzutu” w znowelizowanym art. 212 k.k. i pomysł ścigania tego czynu z oskarżenia publicznego, podczas gdy istnieje nadal *lex generalis*, art. 235 k.k.). Ponieważ jednak ani dotychczasowy dorobek Trybunału Konstytucyjnego, poszanowanie Ustawy Zasadniczej i jej wykładnia, nie mówiąc o prawie międzynarodowym najwyraźniej nie mieszczą się w rozumieniu koncepcji „woli powszechnej” wyznawanej przez reprezentantów społeczeństwa wyłonionych w wyborach i przypisujących sobie omnipotencję i niemal papieską nieomyślność, argument ten może przekonywać jedynie przekonanych, czyli wydaje się na dłuższą metę pragmatycznie bezużyteczny.

O braku potrzeby nowelizacji, a właściwie zaostrenia prawa karnego, wypowiadało się wielu Autorów znacznie bardziej w tej materii kompetentnych od niżej podpisanego. Nie chcąc powtarzać ich argumentów warto się zapytać *pars pro toto*, jakie jest uzasadnienie zwiększenia kar, w szczególności dolnej granicy kary pozbawienia wolności za zabójstwo (w ustawie od 10 lat), skoro trend zmniejszania się ich liczby w zasadzie pozostaje niezmienny? Podnoszenie górnej granicy pozbawienia wolności do 30 lat pewnie ma stanowić wyraz siły aparatu państwowego, ale ma naprawdę drugorzędne znaczenie. To naukowo marny argument, ale nie spotkałem jeszcze ani w

opisie w literaturze, ani we własnej praktyce żadnego człowieka, który za czynnik uzasadniający odstąpienie od popełnienia czynu zabronionego uznałby wysokość sankcji. Pedagogika strachu zapuściła jednak zapewne głębokie korzenie w społeczeństwie lub też jego wyobrażonym obrazie u rządzących. Po drugie, wydaje się, że podnoszenie sankcji spowoduje w pewnym momencie jej inflację – spadek znaczenia ustawowego zagrożenia karą, w końcu 30, 40 a nawet 50 czy 100 lat pozbawienia wolności dla sprawcy pięćdziesięcioletniego ma analogiczne znaczenie. Po trzecie wreszcie niżej podpisanemu takie podnoszenie sankcji oprócz tego, że zapewne stanowi swoiste umizgiwanie się do elektoratu (nb. znane od Starożytności, por. horacjańskie: *odi profanum vulgus et arceo*), pokazuje brak wiary w skuteczność innych racjonalnych rozwiązań znanych na świecie, tańszych a zarazem lepszych. Można z jednej strony dyskutować z poglądem, czy jedynym regulatorem ludzkiego zachowania jest strach (co dziwi szczególnie w realiach stronnictwa politycznego werbalnie powołującego się na zakotwiczenie w kulturze chrześcijańskiej), lecz chyba bardziej należy współczuć jego reprezentantom, nie mówiąc o adresatach. Nauka może wskazać znacznie więcej różnorodnych podstaw osiągnięcia pozytywnych i pożądaných rezultatów w życiu społecznym. Lecz także to twierdzenie nie wydaje się, niestety, mieć szans na przebicie się do świadomości ustawodawcy tak długo, jak będzie pozostawał on w *quasi* platońskiej jaskini. Lub też w owej jaskini będzie starał się trzymać swoich wyborców.

Publiczną dyskusję nad nowelizacją wydają się dominować kwestie sankcji czy przestępstw seksualnych. Warto przy tej okazji jednak zwrócić uwagę na kilka innych rozwiązań pozornie nieistotnych, jednak dość mocno i niebezpiecznie ingerujących w obecną praktykę w duchu dalszej destrukcji niezawisłości sądów kosztem scentralizowanej i zhierarchizowanej prokuratury.

Pierwszym z nich jest dodanie do treści obecnego art. 60 § 3 k.k. *in principio* sformułowania „na wnioski prokuratora”. Takie uregulowanie odbiera praktycznie sądowi możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary i uzależnia tę instytucję od wniosku (hierarchicznie podporządkowanego) prokuratora. Dlaczego ustawodawca postanowił tak bardzo docenić Prokuraturę, można dywagować, wydaje się to po prostu jednak niepotrzebnie ograniczające swobodę sądu.

Wyrazem tej samej tendencji – ograniczania roli niezawisłego sądu - wydaje się przeredagowanie artykułu 53 k.k., a w szczególności kazuistyczne wypunktowanie okoliczności obciążających i łagodzących. Już sam pomysł, aby było ich po dziesięć być może stanowi mniej lub bardziej świadome odwołanie do pradawnych systemów normatywnych (choć równie dobrze jak 10 mogłoby ich być 613), ale stanowi zabieg tyleż niepotrzebny, co absurdalny. Dobrze wykształcony i wrażliwy (tak!) sędzia dobrze rozumie pojęcie okoliczności obciążających i łagodzących, nie potrzebuje do tego wylizanki, tym bardziej, że sam ustawodawca na szczęście tego katalogu nie zamyka.

Nie bez znaczenia wydaje się też, że nowelizacja nie rozwiązuje wszystkich istotnych problemów

obecnych w życiu społecznym. Nadal np. penalizuje się przestępstwa motywowane nienawiścią jedynie z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu bezwyznaniowości. Stale bez odpowiedzi pozostaje pytanie, dlaczego pewne rodzaje nienawiści są premiowane przez ustawodawcę wobec innych. Nienawiść jako taka i nawoływanie do niej nie mieści się w kanonie zachowań ludzkich tak w chrześcijańskim, jak też buddyjskim, czy humanistycznym systemie wartości. Konsekwentnie kierując się zasadą miłosierdzia nie ma sensu znęcać się nad licznymi niekonsekwencjami i absurdami nowelizacji (por. np. bardzo ciekawe uwagi dr M. Małeckiego na blogu „Dogmaty Karnisty”), w pełnej świadomości, że dywagacje jajogłowych nigdy nie zdobędą wystarczającej liczby „lajków” już to w parlamencie, już to w opinii społecznej. Nie wierzę, aby jakakolwiek naukowa krytyka przyniosła refleksję ustawodawcy czy odstępianie od populistycznych rozwiązań tak długo, jak jest to opłacalne z punktu widzenia interesów politycznych.

Doświadczenie akademickie i praktyczne nauczyło mnie, że prawo karne powinno uwierać. To znaczy, że nie ma nic złego w dyskusji, analizie, podważaniu zastanych rozwiązań, powoływaniu komisji kodyfikacyjnych, przygotowywaniu projektów zmian i całym szeregu zabiegów mających na celu stworzenie dobrego systemu normatywnego. Należy jednak pamiętać, dla kogo to prawo ma być tworzone. Ma ono regulować sytuację nie tych, którzy – być może w najlepszej wierze – chcieliby tylko i wyłącznie sprawiedliwej odpłaty wobec zła, kto by zresztą jej nie chciał? Rzecz w tym, że ludzie, a w szczególności politycy odpowiedzialni, względnie doświadczeni życiowo wiedzą, że zło i dobro ma wiele odcieni, o czym każdy może naocznie przekonać się popełniając jakikolwiek czyn zabroniony. Znakomita większość z nas ma wówczas tendencje do relatywizowania go, a nie żądania surowej sankcji. Chyba że dotyczy to innych. Tyle tylko, że powoli wszyscy stajemy się przestępcami, jakby powiedzieli radykalni kryminolodzy. Prawo karne oplata kolejne sfery naszego życia i choćby z tego powodu przy jego tworzeniu potrzebny jest namysł i chirurgiczna precyzja.

Warszawa, 21.05.2019

  
*Prof. dr hab. Piotr Girdwojń*