



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 5 maja 2016 r.

Adam Bodnar

II.501.3.2016.MK

Pan

Zbigniew Ziobro

Minister Sprawiedliwości –

Prokurator Generalny

W moim zainteresowaniu pozostaje problematyka znamion przestępstwa stypizowanego w art. 211 a k.k., zgodnie z którym „*Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, zajmuje się organizowaniem adopcji dzieci wbrew przepisom ustawy, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5*”. Analizowany art. 211a dodany został do Kodeksu karnego na mocy art. 1 pkt 11 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. (Dz.U. z 2010 r., Nr 98, poz. 626) z dniem 8 września 2010 r. Powyższy zabieg legislacyjny polegał na zmianie usytuowania w systemie prawa karnego przestępstwa „organizowania nielegalnej adopcji”, albowiem przed wprowadzeniem ww. zmian przestępstwo to penalizowane było na mocy art. 253 § 2 k.k., usytuowanego w rozdziale XXII "Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu". Zmiana ta była następstwem wprowadzenia nowego przepisu do Kodeksu karnego tj. art. 189a obejmującego kryminalizację handlu ludźmi (przed zmianami spenalizowanego w art. 253 § 1 k.k.) i uchylenia art. 253 Kodeksu karnego (por. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy - Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy - Kodeks postępowania karnego, Nr druku: 2387, Sejm RP VI kadencji).

Co istotne, brzmienie uchylonego art. 253 § 2 k.k. jest tożsame z obecnie obowiązującym art. 211 a k.k. i w pełni zachowują aktualność uwagi czynione dotąd na gruncie art. 253 § 2 k.k. Jak podkreśla się w doktrynie „wprowadzona zmiana pozwala w sposób uzasadniony wyeksponować przede wszystkim jako dobro chronione dobro dziecka, a nie jak dotychczas porządek publiczny wyrażający się w przestrzeganiu przepisów dotyczących adopcji” (A. Muszyńska, *Komentarz do art.211(a) Kodeksu karnego*, LEX 2014), a nowe umiejscowienie w Kodeksie karnym tego przepisu zdecydowanie lepiej oddaje intencje ustawodawcy (M. Pomarańska-Bielecka, M. Wiśniewski *Analiza przepisów prawa dotyczących zapobiegania i przeciwdziałania zjawisku handlu dziećmi*,

Warszawa 2010, s. 26). Ratio legis wprowadzenia odpowiedzialności karnej za nielegalne organizowanie adopcji wiąże się z wykonaniem zobowiązań wynikających z Konwencji o prawach dziecka (Anna Muszyńska, *Komentarz do art.211(a) Kodeksu karnego*, LEX 2014).

W doktrynie przeważa pogląd, że głównym przedmiotem ochrony jest niewątpliwie dobro dziecka tj. osoby, która nie ukończyła 18 roku życia (M. Mozgawa, *Komentarz do art.211(a) Kodeksu karnego*, LEX 2015). Odnotować również należy głosy, że przepis art. 211 a k.k. powinien chronić dziecko przed dokonaniem nielegalnych praktyk adopcyjnych w rozumieniu jego najszerzej definicji, a więc od poczęcia do chwili osiągnięcia przez nie pełnoletności (tak np. K. Liżyńska, A. Płońska, *Uwagi o sposobie ustawowego ujęcia przestępstwa zajmowania się organizowaniem adopcji wbrew przepisom ustawy (art. 211a Kodeksu karnego)*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, rok LXXIII – zeszyt 3 – 2011, s. 193 - 194).

Co istotne, jak akcentuje się w doktrynie „uznając dobro dziecka za jedyną wartość chronioną przez art. 211a k.k., każde zachowanie podjęte wbrew przepisom ustawy jest bezprawne. Związane jest to z celem istnienia proceduralnych przepisów dotyczących przysposobienia. Mają one zapewnić realizację zasady opisaną w art. 114 § 1 k.r.o.” (W. Górowski, *Zastępcze macierzyństwo a prawo karne - ocena obecnego stanu prawnego*, Cz.PKiNP.2011.1.5, Teza nr 6, LEX nr 129184/6). Sprawca przestępstwa z art. 211a k.k. popełnia je również wtedy gdy ostatecznie przeprowadzenie adopcji leżało w interesie dziecka (A. Księżopolska-Breś, *Uwagi na temat przestępstwa z art. 211a k.k.*, *Prokurator Nr 3 z 2011 r.*, s. 62 i 63).

W doktrynie prezentowane są liczne zarzuty i postulaty w zakresie znamion przestępstwa stypizowanego w art. 211 a k.k. W szczególności podnoszony jest zarzut:

- 1. Braku ustawowej definicji słowa „adopcja”, jakim posługuje się ustawodawca penalizując czyn z art. 211 a k.k.** Jak wskazuje się w doktrynie przepis ten jest niespójny z przepisami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, albowiem przepisy prawa rodzinnego nie używają określenia „adopcja” tylko posługują się pojęciem „przysposobienie”. „Wyraz adopcja jest przyjęty raczej w języku potocznym niż prawnym. Nie wiadomo, więc dlaczego ustawodawca użył takiego określenia w ustawie karnej. Dodatkowo przepis ten zawiera w sobie zaprzeczenie. Nie wiadomo, co ustawodawca miał na myśli, używając sformułowania <nielegalna adopcja>, gdyż samo przysposobienie jako wyrok sądu nie może być nielegalny” (M. Pomarańska-Bielecka, M. Wiśniewski, *Analiza...*, Warszawa 2010, s. 27 i 28). Wskazuje się zatem, że bardziej zasadne byłoby użycie określenia „przestępstwo organizowania przysposobienia wbrew przepisom ustawy” (K. Liżyńska, A. Płońska, *Uwagi...*, s. 192).

2. **Użycia sformułowania „wbrew przepisom ustawy”, które nasuwa wątpliwości interpretacyjne, czy trzeba brać pod uwagę tylko przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, czy także inne ustawy związane, gdzie uregulowane są kwestie przysposobienia.** W doktrynie prezentowane są dwa kierunki wykładni. Pierwszy zakłada, że zwrot „wbrew przepisom ustawy” można odnieść tylko do przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (tak: E. Pływaczewski [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 253*, Warszawa 2004, s. 344). Jak wskazuje również A. Marek „warunkiem penalizacji organizowanej adopcji jest działanie wbrew przepisom ustawy, tj. określonym w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym zasadom i procedurom, mającym przede wszystkim na względzie dobro dziecka, które ma być adoptowane (zob. art. 114, 117 i 120 k.r.o.)” (A. Marek, *Komentarz do art. 253 Kodeksu karnego*, LEX 2010). Drugi przeciwstawny zakłada, że nie może być tutaj brane pod uwagę „leksykalne brzmienie sformułowania, które ze względu na użycie przez ustawodawcę liczby pojedynczej wskazywać mogłoby na konieczność odniesienia się do jednej ustawy, jaką w stosunku do regulacji instytucji przysposobienia jest Kodeks rodzinny i opiekuńczy”. Taka wykładnia prowadziłaby do ograniczenia prawnokarnej ochrony adopcji, a przecież podstawowym celem ustawodawcy była zupełna ochrona dziecka przed nielegalną adopcją. Dlatego też słusznym zdaje się, że analizując znamiona czynu zabronionego z art. 211a k.k., należy również rozważyć naruszenie przepisów innych niż kodeks rodzinny i opiekuńczy ustaw związanych z instytucją przysposobienia np. Kodeks postępowania cywilnego czy ustawa z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (K. Liżyńska, A. Płońska, *Uwagi...*, s. 198; por. także R. Krajewski, *Przestępstwo...*, Prokuratura i Prawo 2009, nr 10, s. 22). Proponuje się zatem, by zamiast sformułowania: „wbrew przepisom ustawy”, zastosować określenie „wbrew przepisom”, albowiem sformułowanie to niewątpliwie ma szerszy zakres niż określenie „wbrew przepisom ustawy” (A. Książopolska-Breś, *Uwagi...*, Prokurator Nr 3 z 2011 r., s. 67).
3. **Przypisania odpowiedzialności karnej osobie, która działa w celu osiągnięcia tylko korzyści majątkowej.** Brak w opisie czynu odpowiedzialności osoby działającej w celu osiągnięcia korzyści osobistej. Jak wskazuje się w doktrynie „przypuszczać należy, że w pewnych okolicznościach korzyść osobista może mieć większe znaczenie aniżeli majątkowa i nie można jej pomijać, chcąc chronić dobro dziecka przed nielegalną adopcją. Mając na względzie podstawowy cel przepisu art. 211a k.k., jakim jest ochrona dziecka, trzeba zauważyć, że ustawodawca – czyniąc karalnym jedynie zachowanie sprawcy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej – dopuszcza niejako do zalegalizowania organizowania

adopcji dziecka wbrew przepisom ustawy, jeżeli nie jest to powiązane z osiągnięciem przez sprawcę korzyści majątkowej. Wyłączenie spod karalności działania sprawcy w celu osiągnięcia korzyści osobistej czyni niejednokrotnie proceder nielegalnej adopcji czynem z punktu widzenia prawa karnego dozwolonym. Ustawodawca, stawiając sobie za cel kompleksową i jak najszerszą ochronę dziecka przed nielegalnym organizowaniem adopcji, czyni to obecnie w sposób – wydawać by się mogło - iluzoryczny. *De lege ferenda* wnosić zatem należy o zmianę dyspozycji przepisu art. 211a k.k. w zakresie rozszerzenia znamion strony podmiotowej także o cel w postaci uzyskania korzyści osobistej, a nie tylko majątkowej” (K. Liżyńska, A. Płońska, *Uwagi...*, s. 200 i 201). Prezentowane są również stanowiska w doktrynie, które zawierają propozycję zmiany art. 211 a k.k. w tym zakresie. A. Księżopolska-Breś proponuje, by usunąć znamię „w celu uzyskania korzyści majątkowej” (por. także E. Zielińska, *O zgodności polskiego ustawodawstwa karnego z Protokołem Dodatkowym do Konwencji o Prawach Dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii*, Dziecko Krzywdzone 2005, nr 12, wydanie internetowe, s. 8), albowiem możliwa jest sytuacja, gdy niezgodna z prawem adopcja organizowana byłaby w zamian za korzyść osobistą. W takim przypadku w aktualnym stanie prawnym zachowanie takie nie wypełniałoby znamion przestępstwa z art. 211a k.k. (A. Księżopolska-Breś, *Uwagi...*, s. 64 i 65; por. także R. Krajewski, *Przestępstwo nielegalnego organizowania adopcji*, Prokuratura i Prawo 2009, nr 10, s. 23 i 24).

4. **Użycia pojęcia „zajmowania się organizowaniem adopcji dzieci”, które sprawia trudności interpretacyjne.** Jak podkreśla się w doktrynie „analizując znamiona określające czynność sprawczą, należy zwrócić uwagę na (...) niekonsekwencje ustawodawcy. Słownik współczesnego języka polskiego definiuje pojęcie <zajmowania się> jako <wykonywania jakiejś czynności lub zawodu, zabieranie się do czegoś>. Wynika z tego, że pojęcie zajmowania się organizowaniem adopcji odnosi się do sprawcy, który trudni się takim procederem niejako zawodowo, a nie dotyczy aktów jednorazowych, gdyż inaczej nie użyto by w dyspozycji przepisu liczby mnogiej <dzieci> ani znamiona czasownikowego <organizuje>, co wskazuje na wielokrotność działania. W konsekwencji odpowiedzialność za to przestępstwo będzie miała miejsce tylko w wypadku zachowania powtarzającego się, a nie w odniesieniu do czynu jednorazowego. Zachowanie to polega zatem na trudnieniu się przez sprawcę nielegalną procedurą adopcijną niejako zawodowo. Wydaje się, iż ustawodawca, dostrzegając konieczność karnoprawnej ochrony adopcji, winien to uczynić w sposób jak najbardziej wnikliwy, by zachować cel ochrony, jakim jest dobro dziecka. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie <zajmuje się organizowaniem adopcji dzieci> nie może

jednak oznaczać, że nie jest penalizowane zachowanie podjęte tylko wobec jednej osoby – jednego dziecka i to jednorazowo. Zwrot <zajmuje się organizowaniem adopcji dzieci> wskazywać może bowiem jedynie na przedmiot adopcji – dzieci, a w związku z tym nawet pojedyncza adopcja dziecka wbrew przepisom ustawy winna wypełniać znamiona określające czynność sprawczą z art. 211 a k.k. (...). Postulować należy zatem zmianę w zakresie znamion określających czynność sprawczą poprzez uściślenie przedmiotu nielegalnej adopcji, używając w tym zakresie sformułowania <dziecko>, a nie <dzieci>, oraz wyeliminowanie sformułowania <zajmuje się organizowaniem>, a wprowadzenie czynności sprawczej <organizowania>, jako <przygotowania, urzędowania jakiegoś przedsięwzięcia>, zatem czynność odnoszącą się także do jednokrotnego jej wykonania” (K. Liżyńska, A. Płońska, *Uwagi...*, s. 202 i 203). Podobnie uważa A. Księżopolska-Breś, która wskazuje, że „określenie <zajmuje się organizowaniem> powinno być zmienione na sformułowanie <organizuje>. Słowo <zajmuje się> wskazuje, iż jest to rodzaj działalności, która ma swoją częstotliwość, a tym samym powtarza się kilkakrotnie. Przepięstwo z art. 211a k.k. powinno dotyczyć także jednorazowego zachowania (...)”. Jako alternatywę dla określenia „organizuje”, autorka sugeruje ewentualnie sformułowanie: „angażuje się w”, tym bowiem określeniem posłużono się w kilku miejscach w Konwencji o prawach dziecka z 1989 r. (np. art. 21 punkt d) oraz w Protokole fakultatywnym do konwencji z 2000 r. (np. w art. 3) (A. Księżopolska-Breś, *Uwagi...*, s. 65).

5. **Sprzeczności art. 211 a k.k. z Protokołem fakultatywnym do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii, przyjętym w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r.** (Dz.U. z 2007 r. Nr 76, poz. 494). Jak podkreśla się w doktrynie przepis art. 211 a k.k. „w swojej nieprecyzyjności nie obejmuje jednego z bardziej szkodliwych społecznie działań, które zgodnie z Protokołem fakultatywnym powinno być przez państwo polskie objęte penalizacją. Artykuł 3 Protokołu nakłada na państwa strony obowiązek penalizacji następującego działania: nakłanianie w niewłaściwy sposób, jako pośrednik, do udzielenia zgody na adopcję dziecka, z naruszeniem stosownych międzynarodowych instrumentów prawnych dotyczących adopcji. Można oczywiście zastanawiać się, czy <organizowanie adopcji> obejmuje też nakłanianie do oddania dziecka, np. zaproponowanie za dziecko takiej kwoty pieniężnej, która skłoni do oddania dziecka nawet taką osobę, która nie rozważała adopcji. Z całą pewnością na gruncie polskiego prawa osoba nakłaniająca nie poniesie odpowiedzialności karnej, jeśli nie zostanie jej udowodnione działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Wydaje się jednak, że w tym zakresie polskie przepisy należy ujednoclić i dopasować do wymogów Konwencji i

Protokołu” (M. Pomarańska-Bielecka, M. Wiśniewski, *Analiza...*, s. 29; por. także: E. Zielińska, *O zgodności...*, s. 8; K. Liżyńska, A. Płońska, *Uwagi...*, s. 203). Aktualne zatem pozostają postulaty *de lege ferenda* poczynione na tle uchylonego art. 253§ 2 k.k., aby *expressis verbis* spenalizować również zachowanie pośrednika polegające na nakłanianiu do wyrażenia zgody na nielegalną adopcję (por. E. Zielińska, *O zgodności...*, s. 8 i R. Krajewski, *Przestępstwo...*, s. 23 i 24).

6. Braku objęcia dyspozycją normy z art. 211 a kk. rodziców biologicznych i adopcyjnych. Osobą organizującą adopcję może być podmiot pośredniczący w adopcji, jak również rodzice biologiczni oraz adopcyjni. Jak podkreśla R. Krajewski (uwagi poczynione na tle uchylonego art. 253 § 2 k.k., które zachowują aktualność) „powoduje to bezkarność rodziców naturalnych i osób zainteresowanych nielegalną adopcją, co nie jest prawidłowe z kilku powodów. Mianowicie osoby takie, uczestnicząc w przestępstwie, nie są zainteresowane w jego ujawnianiu, a ponadto poczucie bezkarności może nawet je zachęcać do tego typu zachowań. Nie może przy tym ująć uwadze fakt, że osoby te naruszają obowiązujący porządek prawny w stopniu nie mniejszym od organizatorów adopcji, a wręcz bez ich udziału działania <pośredników adopcyjnych> byłyby po prostu niemożliwe. Ewentualnie rozważać można, czy osoby takie nie mogłyby być pociągnięte do odpowiedzialności karnej za podżeganie lub pomocnictwo (art. 18 k.k.), ale wydaje się to być konstrukcją dość wątpliwą. Należy zatem *de lege ferenda* postulować objęcie rodziców naturalnych i rodziców adopcyjnych odpowiedzialnością karną wynikającą *explicite* z przepisu prawnego” (R. Krajewski, *Przestępstwo...*, s. 20).

Postulaty *de lege ferenda* zgłaszane w doktrynie w zakresie art. 211 a k.k. w znakomitej części składają się na kierunek, w jakim ustawodawca winien pójść, penalizując przestępstwo nielegalnej adopcji, tak by w maksymalnym stopniu osiągnąć zakładany cel tj. ochronę dobra dziecka. Postulaty te determinują rozszerzenie zakresu kryminalizacji procederu nielegalnej adopcji.

W tym stanie rzeczy, zwracam się do Pana Ministra o analizę wskazanej w niniejszym piśmie problematyki, w zakresie uwag prezentowanych w doktrynie odnośnie znamion art. 211 a k.k. i o poinformowanie mnie o podjętych działaniach.

Podpis na oryginale