



**Jarosław Warylewski\***

*Uniwersytet Gdański*

## **SZÓSTA NOWELIZACJA KODEKSU KARNEGO W ZAKRESIE PRZESTĘPSTW SEKSUALNYCH (USTAWA Z DNIA 4 KWIETNIA 2014 R.)**

W dniu 17 grudnia 2013 r. wpłynął do Sejmu RP rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2016). Pod projektem ustawy, który zgodnie z jego preambułą „ma na celu wykonanie prawa Unii Europejskiej”, podpisał się premier D. Tusk, a do reprezentowania stanowiska rządu w trakcie prac parlamentarnych został upoważniony Minister Sprawiedliwości. Projekt ustawy przewidywał 12 artykułów, z czego pierwszych 10 miało charakter merytoryczny (nowelizujący Kodeks karny i inne ustawy), art. 11 zawierał przepisy przejściowe, a art. 12 stanowił, iż ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od jej ogłoszenia.

Najbardziej rozbudowany, liczący 11 punktów art. 1 dotyczył szeregu mian w kodeksie karnym, a kolejne – zmian w 9 innych ustawach (kodeks rodzinny i opiekuńczy, o Policji, o systemie oświaty, kodeks postępowania karnego, kodeks karny wykonawczy, o Krajowym Rejestrze Karnym, o transporcie drogowym, o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary i o kierujących pojazdami), najczęściej związanych z projektowanymi zmianami w kodeksie karnym.

Projektowana nowelizacja, głównie w zakresie rozdziału XXV kodeksu karnego, czyli tzw. przestępstw seksualnych, jako projekt rządowy, przygotowany w Ministerstwie Sprawiedliwości, jest kolejnym, jednym z kilkudziesięciu od uchwalenia kodeksu karnego w 1997 r. projektem dotyczącym tych przestępstw. Po wejściu w życie, będzie szóstą z kolei zmianą tego niewielkiego rozdziału, zawierającego art. od 197 do 205 kodeksu karnego. To najczęściej zmieniany rozdział z części szczególnej wzbudzający, jak widać, szczególne zainteresowanie zarówno rządu, jak i parlamentarzystów. Zainteresowanie to nie wychodzi na dobre tym przepisom, gdyż wszystkie dotychczasowe zmiany, oprócz jednej z 2004 r.,

---

\* jaroslaw.warylewski@prawo.ug.edu.pl

która poprawiała dwa ewidentne błędy w ustawie (jeden w art. 200, drugi w art. 202 k.k.), nie tylko psuły zaproponowaną przez M. Filara wolnościową koncepcję przestępstw seksualnych, ale i dodatkowo „grzeszyły” licznymi legislacyjnymi fuszerkami. Nie inaczej jest z omawianym projektem. O ile dotychczas najwięcej złego uczyniła nowelizacja z 2005 r., uchwalona na fali tzw. krucjaty antypedofilnej, prowadzonej przez ówczesnego Ministra Sprawiedliwości Z. Ziobro, będąc w istocie klasycznym przykładem penalnego populizmu, o tyle projekt z grudnia 2013 r., powielając dotychczas występujące ułomności (m.in. w zakresie braku rzetelnego przedstawienia przesłanek kryminalizacyjnych), jest dodatkowo obarczony zauważalnym wpływem ideologicznego fundamentalizmu. Jest to w historii projektowanych zmian kodeksu karnego zjawisko ewidentnie nowe, niestety, zauważalne również w przypadku najnowszych projektów dotyczących przepisów typizujących spoza rozdziału XXV k.k., w szczególności tych z rozdziału XIX k.k. Nie trzeba specjalnej bystrości, by ową ideologizację powiązać personalnie z osobą Ministra Sprawiedliwości, który w odróżnieniu od swoich poprzedników prawnikiem nie był.

W przypisie nr 1 projektowanej ustawy wskazano, iż dokonuje ona „częściowego wdrożenia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW (Dz. Urz. UE L 335 z dnia 17 grudnia 2011 r., s. 1 oraz L 18 z dnia 21 stycznia 2012 r., s. 7). W uzasadnieniu projektu wskazano zaś dodatkowo, poza implementacją wyżej wymienionej dyrektywy, na konieczność: 1) „doprowadzenie do zgodności polskich regulacji karno-prawnych z postanowieniami Konwencji Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych oraz, w zakresie dotyczącym zwalczania przestępstw związanych z pornografią dziecięcą, Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości” i 2) „uporządkowanie uregulowań rozdziału XXV k.k. przez zmianę systematyki jego przepisów oraz trafniejszy, mniej kazuistyczny opis znamion niektórych przestępstw”.

W tym kontekście, zakładając *a priori* prawdziwość tych deklaracji dotyczących konieczności dostosowania polskiego porządku prawnego do porządku prawnego Unii Europejskiej i Rady Europy, warto zwrócić uwagę na ewentualne przesłanki i źródła tej konieczności.

Fundamentalne znaczenie w tej płaszczyźnie ma, jak się wydaje, przestrzeżenie przez Polskę zobowiązań międzynarodowych, w tym międzyrządowych, co niewątpliwie w szczególności powinno dotyczyć podpisanych i ratyfikowanych umów oraz konwencji.

Przedmiotowy projekt zaczyna się podkreśleniem, iż „ma na celu wykonanie prawa Unii Europejskiej”, pomimo iż dalej z prawa tego powołuje się jedynie dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wyko-

rzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującą decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW oraz nienależące przecież do unijnego porządku prawnego dwie konwencje Rady Europy (o cyberprzestępczości i tzw. konwencję z Lanzarote). Obie te konwencje nie zostały dotychczas przez Polskę ratyfikowane<sup>1</sup>, w konsekwencji nie obowiązują, i dostosowywanie przepisów kodeksu karnego do ich treści, w sytuacji funkcjonowania w tym samym kodeksie przepisów bezdyskusyjnie sprzecznych m.in. z ratyfikowaną i obowiązującą od 1927 r. Konwencją w sprawie zwalczania obiegu i handlu wydawnictwami pornograficznymi (zob. art. 202 k.k.), co jak widać, od przeszło 15 lat nikomu (władnemu to zmienić) nie przeszkadza, nie może być ocenione inaczej, jak tylko w kategoriach politycznego wyboru, a nie prawnego imperatywu.

Biorąc powyższe pod uwagę, trudno jest zaakceptować twierdzenie o „konieczności” implementacji i dostosowania polskich regulacji. Pomijając wyrażoną już przeze mnie ocenę wskazywanej w projekcie „konieczności”, należy zwrócić uwagę na zdecydowanie spóźnione działania w tym zakresie. Zgodnie z art. 27 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r.: „Państwa członkowskie wprowadzą w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy w terminie do dnia 18 grudnia 2013 r.”. Przepis mówi wyraźnie o wejściu w życie, a nie np. o opracowaniu projektu czy też wdrożeniu procedury legislacyjnej. Datowany na 17 grudnia 2013 r. projekt ustawy na pewno nie może być uznany za wprowadzenie w życie przepisów ustawowych do 18 grudnia 2013 r. Dyrektywa zaczęła obowiązywać od dnia 17 grudnia 2011 r. – ocena faktu, iż w ciągu 2 lat nie zdołano wykonać obowiązku wynikającego z art. 27 dyrektywy wymyka się ocenie biorącej pod uwagę kryteria prawidłowego procesu legislacyjnego.

Natomiast biorąc pod uwagę te kryteria, bez trudu można wskazać przepisy nowelizacyjne tego projektu, które bez wątpienia nie mają nic wspólnego z „implementacją” i „dostosowaniem”, a są „przemycane” niejako przy okazji pod osłoną (zasłoną) „konieczności” takiej właśnie implementacji i dostosowania. Często bez żadnego uzasadnienia i ze świadomością, iż nie chodzi o harmonizację standardów w zakresie przestępstw seksualnych, w szczególności ochrony małoletnich przed pokrzywdzeniem takimi przestępstwami, ale o wprowadzenie zdecydowanie wyższych standardów niż te, które są wymagane.

Dążenie do wprowadzenia bardziej efektywnej regulacji w zakresie rozdziału XXV k.k. i przepisów powiązanych kryminologicznie zasługiwałoby na akceptację w sytuacji, która takiej regulacji by wymagała. Kryminologiczna diagnoza przestępczości seksualnej w Polsce, od czasu uchwalenia kodeksu karnego z 1997 r., której wielokrotnie dokonywałem i którą publikowałem (zob. w tym zakresie m.in. informacje statystyczne w Systemie Prawa Karnego, t. X: *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, nie dostarcza żadnych argumentów świadczących

<sup>1</sup> Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości została podpisana przez Polskę w dniu 23 listopada 2001 r. Konwencja ta weszła w życie w dniu 18 marca 2004 r.

o niewystarczającej ochronie wolności seksualnej i obyczajności na podstawie przepisów uchwalonych w 1997 r. Oceniając krytycznie większość nowelizacji rozdziału XXV kodeksu karnego, w tym prezentowaną w tym opracowaniu, oceniam je jako wpisujące się w nurt penalnego populizmu oraz ideologizacji prawa karnego. Być może jest to zbieżność przypadkowa, ale takim działaniom legislacyjnym towarzyszą w przestrzeni publicznej, również motywowane ideologicznie w szczególności religijnym fundamentalizmem, protesty przeciwko wystawianiu sztuk teatralnych, sprzeciw części środowiska lekarskiego wobec przestrzegania obowiązującego w Polsce prawa pozytywnego, a generalnie, dla mnie jasno widoczny odwrót od tendencji demokratycznych, tradycji humanitaryzmu i tolerancji.

Żadna konieczność, a co gorsza jakiegokolwiek uzasadnienie w tekście projektu, nie stoi za proponowaną w art. 1 pkt. 5 zmianą w zakresie przedawnienia. Dlaczego przedawnienie karalności przestępstwa określonego w rozdziale XXV nie może nastąpić przed upływem 10 lat od ukończenia przez małoletniego 18 lat, nie wiadomo. Stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu projektu, iż: „Projektowana zmiana art. 101 § 4 k.k. przewiduje poszerzenie zakresu tego przepisu w celu dostosowania do wymogów z art. 15 ust. 2 dyrektywy oraz art. 33 konwencji z Lanzarote”, jest nieprawdziwe. Ponieważ nie ośmielam się posądzać projektodawców o nieznamość treści dyrektywy i konwencji, jedynym wyjaśnieniem pozostaje intencja manipulacji. Po raz kolejny, gdy przychodzi oceniać proponowane zamiany w kodeksie karnym i ich uzasadnienia, jako alternatywa dla końcowych wniosków takiej oceny pozostają, niestety, jedynie głupota (prawnicza) albo cynizm (polityczny).

Przecież art. 15 ust. 2 dyrektywy każe jedynie zapewnić „wystarczający i proporcjonalny do wagi danego przestępstwa okres od momentu osiągnięcia przez pokrzywdzonego pełnoletności”. Ani dyrektywa, ani konwencja nie wskazują konkretnych terminów przedawnienia i ich ustalenie pozostawiają krajowym systemom prawnym.

Obecnie obowiązujący okres przedawnienia, w myśl art. 101 § 4 k.k. przewiduje 5-letni okres przedawnienia od ukończenia przez małoletniego 18 lat (uregulowanie to weszło w życie w grudniu 2008 r.). Nic nie wiadomo z praktyki, ani nie wynika to z założeń teoretycznych, by był to okres niewystarczający, aby małoletni mógł skutecznie wszcząć postępowanie karne.

Podobnie proponowana w art. 1 pkt. 7 projektu zmiana tytułu rozdziału XXV k.k. na: „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, rozwojowi psychoseksualnemu małoletnich oraz obyczajności” z żadnej konieczności nie wynika, a zaprezentowane uzasadnienie projektu nie tylko nie przekonuje, co jest wręcz obarczone błędami. Stwierdzono w nim: „Z uwagi na fakt, że aktualny tytuł rozdziału XXV Kodeksu karnego nie odzwierciedla w istocie wszystkich dóbr objętych ochroną przepisów tego rozdziału, projektodawca zdecydował się na jego uzupełnienie przez wskazanie rozwoju psychoseksualnego małoletnich jako indywi-

dualnego przedmiotu ochrony. Za wyróżnieniem wskazanego dobra przemawia ponadto projektowane rozszerzenie gwarancji dla rozwoju psychoseksualnego małoletnich przez zwalczanie prostytucji i pornografii dziecięcej”.

Zmiana tytułu rozdziału poprzez dodanie nowego dobra prawnego na pewno nie wskazywałaby na indywidualny przedmiot ochrony, jak chce tego uzasadnienie, a wyłącznie rodzajowy przedmiot ochrony. W polskiej doktrynie prawa karnego bezdyskusyjnie przyjmuje się, iż intytulacja rozdziału wskazuje na dobra rodzajowe. Zbędność takiej modyfikacji wynika z tego, iż bez żadnych zmian, analiza przepisów typizujących z rozdziału XXV k.k., zwłaszcza tych, które zgodnie z projektem wzmacniają i poszerzają ochronę małoletnich, pozwoliłaby i tak na wskazanie takiego lub podobnego, tym razem rzeczywiście indywidualnego przedmiotu ochrony. Natomiast czynienie z niego rodzajowego przedmiotu ochrony poprzez umieszczenie w tytule rozdziału jest nieprawidłowe dlatego również, że przecież nie w każdym przypadku pokrzywdzonym przestępstwem z rozdziału XXV k.k. jest małoletni (ochrona wolności seksualnej i obyczajności dotyczy wszystkich: dorosłych i małoletnich, a nowe dobro prawne nie miałyby zastosowania do osób dorosłych), a taki indywidualny przedmiot ochrony był i jest do tej pory wskazywany w przypadku np. art. 200 k.k. Konsekwencją proponowanej zmiany tytułu rozdziału XXV k.k. była konieczność licznych zmian dostosowawczych, zarówno w kodeksie karnym (art. 1 pkt. pkt. 1–4 i 6, co stanowi prawie połowę proponowanych zmian w k.k.), jak i w sześciu innych ustawach. Również z tego powodu ta propozycja musi być oceniona negatywnie. Zmiana tytułu rozdziału w kodeksie, nie tylko karnym, to poważna zmiana o charakterze systemowym, zbyt lekko potraktowana przez projektodawców.

W 2005 r. popełniono błąd, dodając do art. 199 § 3 k.k. typizujący tzw. przestępstwo uwiedzenia małoletniego. W 2013 r. Ministerstwo Sprawiedliwości, proponując rezygnację w tym przepisie ze znamienia „doprowadza”, znakomicie rozszerza zakres kryminalizacji, zapominając chyba przy tym o treści pkt. 20 preambuły do wspomnianej wyżej dyrektywy, w brzmieniu: „Niniejsza dyrektywa nie reguluje polityki państw członkowskich w zakresie czynności seksualnych podejmowanych dobrowolnie przez dzieci, które mogą być uznawane za normalne odkrywanie seksualności w trakcie rozwoju człowieka, z uwzględnieniem różnych tradycji kulturowych i prawnych oraz nowych form nawiązywania i podtrzymywania relacji między dziećmi i nastolatkami, w tym poprzez technologie informacyjno-komunikacyjne. Kwestie te wykraczają poza zakres niniejszej dyrektywy”. Również istotne jest w tym kontekście brzmienie art. 8 ust. 1 dyrektywy w brzmieniu: „Do państw członkowskich należy decyzja, czy art. 3 ust. 2 i 4 ma zastosowanie do dobrowolnych czynności seksualnych między dziećmi o zbliżonym wieku i poziomie rozwoju psychofizycznego i dojrzałości, o ile czynności te nie są związane z niegodziwym traktowaniem”. Z przepisu tego jasno wynika brak konieczności kryminalizacji dobrowolnych kontaktów seksualnych między małoletnimi.

Wbrew tym postanowieniom proponowane brzmienie § 3 art. 199<sup>2</sup>, które zgodnie z art. 4 ust. 7 dyrektywy powinno kryminalizować jedynie czynności seksualne podejmowane z małoletnim związane z korzystaniem z tzw. prostytucji dziecięcej<sup>3</sup>, czyni wszak przestępcę z siedemnastolatka lub siedemnastolatki, którzy będą obcować płciowo lub tylko pieścić się i całować (to przecież inne niż obcowanie płciowe czynności seksualne w tym przepisie zakazane) ze swoimi rówieśnikami, wykorzystując w tym celu powszechnie stosowane i społecznie akceptowalne sposoby, w szczególności obiecując „złote góry”, „miłość do grobowej deski” (znamię udzielenia korzyści osobistej) bądź zapraszając i finansując seans filmowy w multipleksie lub wejściówki do modnego klubu (znamię udzielenia korzyści majątkowej). Według projektodawców ma to m.in. uzasadniać zmianę tytułu całego rozdziału na „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, rozwojowi psychoseksualnemu małoletnich oraz obyczajności”. Śmiem twierdzić, że akurat ta zmiana (dotycząca art. 199 § 3 k.k.), ze względu na zbyt szeroki zakres kryminalizacji, raczej utrudnia prawidłowy rozwój psychoseksualny małoletnich, zamiast chronić go i zabezpieczać.

Idąc tym tropem, a uwzględniając realia kulturowe, w tym obniżający się wiek inicjacji seksualnej, bardziej adekwatna byłaby zmiana na „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, czystości (w regulacjach XIX-wiecznych dodawano „niewieściej”) oraz obyczajności”, co bez kamuflowania wskazywałoby na rzeczywisty, nowy przedmiot ochrony i intencje tej nowelizacji przyświecające. W uzasadnieniu projektu wzmianki takiej wprawdzie nie znajdziemy, ale dokumentacja procesu legislacyjnego przed skierowaniem projektu do Sejmu wskazuje wyraźnie, iż nie widziano nic złego w tym, że proponowane zmiany wykraczają nawet poza wymagania stawiane przez dyrektywę i konwencje (pismo z dnia 17 września 2013 r. podpisane przez Podsekretarza Stanu M. Królikowskiego, w którym stwierdzono, odpowiadając na podzielane również przeze mnie zastrzeżenia Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, m.in.: „Mając na uwadze fakt, iż dyrektywa oraz konwencja ustanawiają minimalne standardy, pozostawiając jednocześnie państwu pewną swobodę w zakresie dalej idących środków ochrony małoletnich, najbardziej właściwym rozwiązaniem jest przyjęcie w art. 202 k.k. zmian w proponowanym obecnie brzmieniu”).

Nawet słuszne prywatne przekonanie, że czynności seksualne np. przed osiągnięciem pełnoletności, czy idąc dalej (czego na szczęście nie zaproponowano) poza związkiem sakramentalnym, są grzeszne i szkodliwe, nie może być (wobec aktualnego brzmienia Konstytucji RP) dopuszczalnym motywem legislacyjnym.

<sup>2</sup> „Kto obcuje płciowo z małoletnim lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej, albo doprowadza ją do poddania się takim czynnościom, albo do ich wykonania, nadużywając zaufania lub udzielając w zamian korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

<sup>3</sup> Dyrektywa nie wymaga też, by górne zagrożenie karne w przypadku każdego wykorzystanego seksualnie małoletniego wynosiło 5 lat pozbawienia wolności. Jeżeli dziecko osiągnęło tzw. wiek przyzwolenia (w Polsce – 15 lat), to zagrożenie karą pozbawienia wolności może być ustalone na poziomie 2 lat.



Efektom proponowanych zmian nie będzie zwiększenie i poszerzenie ochrony wolności seksualnej, ale zdecydowane umniejszenie tej akurat sfery wolności. Wszystko to (poszerzenie zakresów kryminalizacji – np. w art. 199 § 3 i penalizacji poprzez podwyższenie dotychczasowych zagrożeń karnych: np. w art. 202 § 1 – dotychczasowa górna granica kary pozbawienia wolności podniesiona z 1 roku do 2 lat, art. 204 § 1 – dotychczasowa górna granica kary pozbawienia wolności podniesiona z 3 do 5 lat) wobec utrzymującego się stabilnego poziomu przestępczości seksualnej, świadczącego o braku potrzeby ingerencji w przepisy dotychczas obowiązujące i swoją rolę znakomicie spełniające, nie pozwala na pozytywną ocenę proponowanych zmian.

Śledząc proces legislacyjny, warto zwrócić uwagę na pewną „odkrywczą” (nowatorską) myśl (tezę) wyrażoną 19 lutego 2014 r. na posiedzeniu Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka przez podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości Michała Królikowskiego, który przekonując o konieczności zmiany tytułu rozdziału XXV stwierdził: „Jeżeli chodzi o zmianę tytułu rozdziału 25, a więc odmowę przyjęcia propozycji uzupełnienia tego tytułu o rozwój psychoseksualny małoletnich następujący po słowach «wolności seksualnej», a przed «obyczajnością», to wydaje mi się, że ta decyzja nie jest najbardziej trafna, dlatego że celem nowelizacji rozdziału 25 jest również jego uporządkowanie. Uzyskuje on kształt taki, w którym najpierw pojawiają się przestępstwa przeciwko wolności osób mogących swobodnie dysponować swoją autonomią seksualną, czyli zgwałcenie i kolejne formy ataku na tego rodzaju wolność. Następnie wyodrębniona zostaje grupa przestępstw skierowanych przeciwko dobrom małoletnich, a zwłaszcza małoletnich poniżej 15 lat, i na samym końcu zostają wyodrębnione przepisy przeciwko obyczajności (a więc co do zasady pornografia, sutenerstwo, kuplerstwo) i z tymi przepisami rozwiązania powiązane”. Wynikający z tego wniosok, iż przedmiotem ochrony z art. 197–199 § 1 k.k. jest wolność seksualna, w przypadku art. 199 § 2–200b k.k. – rozwój psychoseksualny małoletnich, a w przypadku art. 201–204 k.k. – obyczajność, jest nie tylko pozbawiony koniecznej subtelności i precyzji we wskazywaniu na chronione w poszczególnych przepisach typizacyjnych dobra prawne, jest po prostu kuriozalny. Gdy wiceminister sprawiedliwości stwierdza, że w przypadku pornografii nikt nie zastanawia się (nie rozpatruje) nad wolnością seksualną, a jedynie nad obyczajnością, chciałoby się powiedzieć: „A szkoda, wielka szkoda Panie Ministrze, że tak się dzieje”. Śmiem wątpić, czy tak jest w istocie, a jeżeli – to tylko dlatego, że liczba osób (karnistów), które profesjonalnie zajmują się w Polsce przestępstwami seksualnymi jest niestety bardzo mała, a do ich wąskiego grona trudno zaliczyć tych, którzy na temat zagadnień rozdziału XXV kodeksu karnego nigdy nie zabrali głosu w sposób systemowy bądź wypowiadają się na ten temat okazjonalnie.

Uchwalony ostatecznie i opublikowany kształt ustawy nowelizującej różni się dość znacznie od pierwotnego projektu. Na skutek prac w podkomisji sejmowej oraz po uwzględnieniu wnoszonych w trakcie procesu legislacyjnego poprawek

ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 r., opublikowana w Dz. U. z dnia 25 kwietnia 2014 r. pod poz. 538, liczy jedynie pięć artykułów, z czego cztery o charakterze merytorycznym, a oprócz kodeksu karnego zmienia trzy inne ustawy. Projekt przewidywał w art. 12, jak już wyżej wspomniałem, wejście w życie ustawy po upływie 14 dni od jej ogłoszenia, co biorąc pod uwagę liczbę proponowanych zmian i zmienianych ustaw, należało uznać, za okres zbyt krótki. Ustawę uchwalono w kształcie okrojonym i co należy ocenić pozytywnie – ze względu na wydłużenie *vacatio legis*, zgodnie z jej art. 5, weszła ona w życie 30 dni od dnia ogłoszenia, tj. w dniu 26 maja 2014 r. Osobiście jestem przekonany, że w przypadku zmian dokonywanych w kodeksie karnym, pomijając rzadkie przypadki wymagające natychmiastowej interwencji ustawodawczej, minimalnym *vacatio legis* jest okres trzech miesięcy. W przypadku tej ustawy z takim rzadkim przypadkiem nie mieliśmy do czynienia.

Za pozytywne uznają to, czego w ustawie finalnie nie ma, tj. brak zmiany tytułu rozdziału XXV kodeksu karnego.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy art. 101 § 4 k.k. otrzymał brzmienie: „W przypadku gdy pokrzywdzonym jest małoletni, przedawnienie karalności przestępstw określonych w art. 189a § 1 oraz w rozdziale XXV nie może nastąpić przed ukończeniem przez tego pokrzywdzonego 30 roku życia”. Zastrzeżenia pozostają identyczne jak w przypadku treści proponowanej przez projekt. Liczba „30” wskazana w tym przepisie jest wzięta „z kapelusza”. Równie dobrze mogłoby chodzić o pokrzywdzonego, który ukończył lat 25, 28, 32 lub 35.

Treść uchwalonego art. 199 § 3 k.k. nie odbiega merytorycznie od propozycji zawartej w projekcie. Do uwag już wyżej przedstawionych należy dodać jeszcze kilka. Znamię „takim czynnościom” (poprzednio: „takiej czynności”) obejmuje wyłącznie inne czynności seksualne, z wyłączeniem obcowania płciowego. Znamię to występuje nie tylko w art. 199 § 3 k.k.; z identycznym brzmieniem i identycznym rozumieniem spotykamy się również w art. 200 § 1 k.k. Natomiast użyte w art. 200 § 4 k.k.<sup>4</sup> znamiona „wykonanie czynności seksualnej” obejmuje zarówno obcowanie płciowe, jak i inne niż obcowanie płciowe czynności seksualne.

W stosunku do czynów popełnionych przed dniem 26 maja 2014 r. będzie miał zastosowanie art. 199 § 3 k.k. w brzmieniu dotychczasowym, tj. obowiązującym do dnia 25 maja 2014 r. Do takiego wniosku prowadzi treść art. 4 § 1 k.k.: dotychczasowe brzmienie jest bowiem niewątpliwie względniejsze dla sprawcy, ponieważ wyłącza jego odpowiedzialność zawsze wtedy, gdy nie można mu przypisać „doprowadzenia małoletniego do obcowania płciowego lub poddania się innej czynności seksualnej”.

Znamiona art. 199 § 3 k.k. przewidują, iż zabronionemu obcowaniu płciowemu lub innej czynności seksualnej, których sprawca dopuszcza się z małoletnim, musi towarzyszyć udzielenie w zamian korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy. Korzyści te muszą pozostawać w związku z obcowaniem płciowym lub

<sup>4</sup> Dodany przez art. 1 pkt 3 lit. b ustawy z dnia 4 kwietnia 2014 r.



inną czynnością seksualną, muszą być ich ekwiwalentem, o czym świadczy sformułowanie „w zamian”. Przyjęcie, iż są zabronione czynności seksualne z małoletnim, który ukończył 15 lat, nawet jeżeli nie towarzyszy temu nadużycie zaufania albo udzielenie korzyści bądź jej obietnicy, jest absurdalne i niedopuszczalne. Byłoby to nieuprawnione rozszerzanie granic karalności i stosowanie wykładni poszerzającej znamiona tego typu czynu zabronionego.

Z dniem 26 maja 2014 r. znamię „małoletni poniżej lat 15”, występujące do tego czasu w art. 202 § 2, 4 i 4a k.k., zostało zastąpione znamieniem „małoletni”, który oznacza każdego, kto nie ukończył 18 roku życia. W § 1 art. 202 k.k. zmieniono zagrożenie karne, podnosząc górną granicę kary pozbawienia wolności z 1 roku do 2 lat. Skreślono § 2, przenosząc jego dotychczasową treść (w zakresie znamion typizujących) do art. 200 § 3 i przy okazji zmieniono zagrożenie karne na surowsze: wyeliminowano możliwość orzekania kary grzywny i kary ograniczenia wolności oraz podniesiono górną granicę zagrożenia karą pozbawienia wolności z 2 do 3 lat, w art. 202 § 3 k.k. zwiększono jednocześnie dolną i górną granicę zagrożenia karą pozbawienia wolności: granica dolna została podniesiona z 6 miesięcy do 2 lat, a granica górna z 8 lat do lat 12. W art. 202 § 4 k.k. poszerzono zakres kryminalizacji – obecnie zakaz ten obejmuje wszystkich małoletnich, a nie tylko tych poniżej 15 roku życia. Identyczny zabieg zastosowano w przypadku art. 202 § 4a k.k. Nie zmieniając art. 202 § 4b k.k., dodano nowy § 4c, zakazujący uczestniczenia w prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego w celu zaspokojenia seksualnego. Jak wyżej wskazano, nowelizacja polegała na znacznym zaostrzeniu sankcji (w trzech przypadkach) oraz poszerzeniu zakresu kryminalizacji (również w trzech przypadkach). Zmiany te oceniam zdecydowanie negatywnie. Taki kierunek zmian przepisów typizujących i zagrożeń karnych idzie pod prąd koniecznemu i postulowanemu przez mnie systemowemu procesowi dekryminalizacji i depenalizacji (nie tylko w zakresie przestępstw seksualnych).

Pomimo iż dyrektywa zgodnie z jej art. 8 ust. 2 i 3 dopuszcza: 1) wyłączenie karalności obecności na przedstawieniach pornograficznych z udziałem małoletnich, które odbywa się w ramach dobrowolnych kontaktów z udziałem dziecka, które osiągnęło wiek przyzwolenia, lub z udziałem dzieci o zbliżonym wieku i poziomie rozwoju psychofizycznego lub dojrzałości, o ile czynności te nie są związane z niegodziwym traktowaniem ani wykorzystywaniem i o ile w zamian za takie przedstawienie pornograficzne nie są oferowane pieniądze lub inne formy zapłaty lub wynagrodzenia oraz 2) wyłączenie karalności produkcji i posiadania pornografii dziecięcej, w sytuacji gdy treści pornograficzne obejmują udział osób, które osiągnęły wiek przyzwolenia (w Polsce 15 lat), oraz treści te zostały utrwalone i są posiadane za zgodą tych osób wyłącznie do prywatnego użytku (nie w celu rozpowszechniania), to polski ustawodawca nie zdecydował się na żadne z tych wyłączeń. Art. 202 § 4c k.k. kryminalizuje uczestniczenie w pre-

zentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego, a art. 202 § 4 i 4a k.k. utrwalanie i posiadanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego.

Wskazana regulacja może prowadzić do sytuacji absurdalnych, takich jak odpowiedzialność karna samego małoletniego, który utrwalił treści pornograficzne ze swoim udziałem lub je posiada, a nawet rozpowszechnia, albo odpowiedzialność karna małżonka osoby małoletniej, który za zgodą swojej (np. 17-letniej żony) utrwalal ich legalne przecież pożycie seksualne. Jest to konsekwencją jednolitego ujęcia dogmatycznego (normatywnego) bardzo zróżnicowanych kryminologicznie i wiktymologicznie zachowań. Ustawodawca problemy te dostrzega, ale je bagatelizuje. Dla osoby, wobec której sformułowano i postawiono zarzuty, nawet jeżeli w trakcie postępowania karnego dojdzie do umorzenia bądź uniewinnienia, nie jest to bagatela. Indywidualnej traumie i krzywdzie towarzyszyć zwykle będzie, nie wiadomo czy nie gorsze, społeczne potępienie i stygmatyzacja. Dla większości społeczeństwa wcale nie jest konieczny wyrok skazujący, wystarczy postawienie w stan oskarżenia. Troska o jedną kategorię osób (np. małoletnich) nie powinna prowadzić do zwiększania ryzyka i prawdopodobieństwa pokrzywdzenia innej kategorii (np. osób dorosłych).

Tłumaczenie projektodawcy możliwością posłużenia się m.in. w takich sytuacjach kontratypami pozaustawowymi albo znikomym stopniem społecznej szkodliwości czynu (zob. treść uzasadnienia projektu) jest niesatysfakcjonujące, a w odniesieniu do z góry zaplanowanego stosowania art. 1 § 2 k.k. – błędne. Mamy tu do czynienia z najbardziej ewidentnym, chciałoby się powiedzieć wręcz podręcznikowym przykładem wystąpienia przesłanek do wprowadzenia kontratypów ustawowych.

Od dnia 26 maja 2014 r. art. 204 § 1 k.k. przewiduje karę pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Do dnia 25 maja 2014 r. zagrożenie karne karą pozbawienia wolności wynosiło od 1 miesiąca do 3 lat. Nowelizacja z 25 kwietnia 2014 r. podniosła zarówno dolną, jak i górną granicę zagrożenia. W uzasadnieniu tej zmiany podano: „Modyfikacja sankcji za niektóre przestępstwa z rozdziału XXV k.k. podyktowana jest koniecznością zapewnienia logicznej gradacji kar, tak aby ich wysokość odzwierciedlała stopień społecznej szkodliwości czynu” oraz „W projekcie ustawy zaproponowano również podniesienie dolnej granicy zagrożenia ustawowego dla przestępstwa stręczycielstwa i kuplerstwa do 3 miesięcy pozbawienia wolności. Zmiana ta koresponduje z sankcjami przewidzianymi za popełnienie innych przestępstw opisanych w rozdziale XXV k.k. i stanowi ich dopełnienie”. Zmianę zagrożenia karnego, zwiększenie jego surowości, oceniam zdecydowanie negatywnie. Faktycznie nie wskazano na żadne racjonalne przesłanki tej zmiany, po prostu ich nie ma. Zamiast dążyć do systemowego obniżania zagrożeń karnych w całym kodeksie karnym, co jest koniecznością, zwiększa się i tak nadmierną punitivność polskiego systemu wymiaru sprawiedliwości karnej, czyniąc karę pozbawienia wolności coraz bardziej niewydolną.

Zmiany w kodeksie karnym są najłatwiejszym, najprostszym (pozornie) i najbardziej ekonomicznym (czyt. tanim) sposobem (moim zdaniem pseudosposobem) walki (moim zdaniem pozorowanej) z seksualnym wykorzystywaniem, w szczególności małoletnich. Dlatego tak dużo tych nowelizacji w rozdziale XXV Kodeksu karnego i zapewne omawiana tutaj nie była ostatnią. Racjonalne i poważnie traktowane rozwiązywanie problemów seksualnego wykorzystywania wymaga posiłkowania się instrumentarium karnoprawnym jedynie subsydiarnie, a nie jak obecnie, używając go jako głównego a często jedyne go oręża.

**Jarosław Warylewski**

#### **SIXTH AMENDMENT OF THE CRIMINAL CODE IN RESPECT TO SEXUAL OFFENSES (LAW OF 4 APRIL 2014)**

On 17 December 2013 a draft law amending the Criminal Code and certain other laws was submitted to the Sejm by the government. The amendment concerned mainly Chapter XXV of the Criminal Code, which is devoted to sexual offenses. If it enters into force, it will be the sixth in turn amendment of this small chapter, consisting of articles from 197 to 205. At the same time, it is the most often amended chapter of the specific section of the Criminal Code, arousing a particular interest of both the government and the parliament. However, such interest is not a good thing for the regulation, because all previous changes, despite one adopted in 2004 which corrected two obvious errors (one in art. 200 and the other one in art. 202 of the Criminal Code), not only spoiled the libertarian concept of sexual offences proposed by professor M. Filar, but also "suffered from" numerous legislative bungles. Unfortunately, this applies to the recent draft as well.

The implementation of more effective regulations within chapter XXV of the Criminal Code and other related provisions would deserve the acceptance in the situation, which would require such regulation. Criminological diagnosis of sexual offences in Poland since the enactment of the Criminal Code in 1997 has not provided any arguments that the protection of sexual freedom and decency under the provisions adopted in 1997 is insufficient. The Author critically assesses most amendments of chapter XXV of the Criminal Code, including the last one presented in the article, and he considers that they fit the penal populism and the ideologisation of criminal law.