

Konteksty prawa i praw człowieka



Konteksty prawa i praw człowieka

pod redakcją naukową
Zyty Marii Dymińskiej

Kraków 2012

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Recenzja: prof. dr hab. Leszek Wilk

Projekt okładki: Oleg Aleksejczuk

Adiustacja: Magdalena Polek

ISBN 978-83-7571-199-8

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Kraków 2012

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana
w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie,
ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie
za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących,
nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich

Na zlecenie:



Krakowskiej Akademii
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Wydawca:

Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o. – Oficyna Wydawnicza AFM,
Kraków 2012

Sprzedaż prowadzi:

Księgarnia U Frycza

Kampus Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1, 30-705 Kraków

tel./faks: (12) 252 45 93

e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Skład: Oleg Aleksejczuk

Druk i oprawa: Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.

Spis treści

Zyta Maria Dymińska	
<i>Konteksty prawa i praw człowieka. Wprowadzenie</i>	7
Marek Lubelski	
<i>W kierunku europejskiego prawa karnego</i>	13
Katarzyna Banasik	
<i>Karalność kazirodztwa jako naruszenie wolności seksualnej</i>	37
Tomasz Franosz	
<i>Stosowanie kar cielesnych wobec dzieci a prawa człowieka</i>	47
Adam Strzelec	
<i>Przymusowe leczenie sprawców czynów zabronionych popełnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych</i>	57
Agnieszka Zelek	
<i>Prawo do zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, uzyskanych przez lekarza w związku z wykonywaniem zawodu</i>	73
Mariusz Kusion	
<i>Stalking i cyberbullying w polskim prawie karnym</i>	85
Łukasz Rachtan	
<i>Karnoprawna ochrona wolności myśli, sumienia i religii w Polsce na tle uregulowań międzynarodowych</i>	105
Izabela Lewandowska-Malec	
<i>Zasadność penalizacji krytyki funkcjonariuszy publicznych (art. 212 kodeksu karnego) w świetle prawa do wolności słowa w debacie publicznej</i>	113

Andrzej Żebrowski

*Wywiad i kontrywiad w demokracji konstytucyjnej – zadania
i uprawnienia* 135

Mariusz Kusion

*Prawo karne jako składnik szariatu w państwach muzułmańskich
i europejskich* 151

Konteksty prawa i praw człowieka

Wprowadzenie

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, zwana Europejską konwencją praw człowieka, uchwalona w Rzymie 4 listopada 1950 r., jest podstawowym dokumentem, który określa prawa jednostki i zapewnia ich ochronę. W 1959 r. powołano do życia Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) mający siedzibę w Strasburgu, który rozpatruje skargi na naruszenie praw zagwarantowanych przez Europejską konwencję praw człowieka. Jest to jedyny sąd o zasięgu międzynarodowym, z którego jurysdykcji może skorzystać każdy pokrzywdzony po spełnieniu określonych warunków przewidzianych przepisami Konwencji. Zarówno jednostki, grupy osób czy organizacje międzynarodowe (tzw. skargi indywidualne), jak i państwa-strony Konwencji (tzw. skargi międzypaństwowe) mogą dochodzić swoich praw i wolności. ETPCz tworzy wspólne zasady i standardy w sferze praw człowieka, które państwa-strony zobowiązane są zapewnić jednostce w każdych warunkach. Polska ratyfikowała Konwencję 19 stycznia 1993 r. jako jedno z 47 państw-członków Rady Europy.

Konwencja chroni w szczególności prawo do życia, które stanowi, że nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę. Statuuje zakaz tortur, niewolnictwa i pracy przymusowej, karania bez podstawy prawnej oraz dyskryminacji. Zapewnia prawo do: wolności i bezpieczeństwa osobistego, rzetelnego procesu sądowego – każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą, poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, gwarantuje wolność wyrażania opinii, wolność myśli, sumienia i wyznania, prawo do skutecznego wniesienia środka odwoławczego, poszanowania mienia, głosowania i kandydowania w wyborach.

Katalog podstawowych praw i wolności zawarty w pierwotnym tekście Konwencji został stopniowo uzupełniony i rozszerzony w kolejnych protokołach dodatkowych Konwencji (nr 1, 4, 6, 7, 12 i 13). Polska ratyfikowała protokoły nr 1, 4, 6 i 7, natomiast nie ratyfikowała Protokołu nr 12, dotyczącego generalnego zakazu dyskryminacji, oraz Protokołu nr 13, znoszącego karę śmierci w każdych warunkach. Trzy miesiące po ratyfikacji przez Rosję – ostatnie państwo-stronę – 1 czerwca 2010 r. wszedł w życie Protokół nr 14 Konwencji, który reformuje procedury Trybunału, upraszczając i przyspieszając postępowanie.

Stosownie do treści Protokołu nr 14 skargi w sposób oczywisty niedopuszczalne odrzucane będą mocą decyzji jednego sędziego, natomiast skargi, w których istnieje dobrze utrwalone orzecznictwo (ang. *repetitive cases*) rozpatrywane będą przez komitety złożone z trzech sędziów. Zwiększona została możliwość zawarcia przez strony ugody na każdym etapie postępowania przed Trybunałem. Stworzono nowe kryterium dopuszczalności skargi, tzw. *znaczącego uszczerbku*, wzmocniono też rolę Komitetu Ministrów Rady Europy przy nadzorowaniu wykonywania wyroków przez zwiększenie nacisku na zobowiązanie stron do podporządkowania się wyrokom Trybunału. Istotnym zapisem Protokołu nr 14 jest wprowadzenie możliwości przystąpienia do Konwencji Unii Europejskiej, do czego jest ona zobowiązana na mocy traktatu z Lizbony z 13 grudnia 2007 r. Przystąpienie Unii Europejskiej przyniesie bowiem dalsze wzmocnienie ochrony praw człowieka w Europie, poddając system prawny Unii niezależnej zewnętrznej kontroli w odniesieniu do praw chronionych przez Konwencję.

Pomimo upływu 60 lat od uchwalenia Konwencji pozostaje ona nadal podstawowym i uniwersalnym źródłem praw człowieka, które nie traci na znaczeniu, ale wciąż zyskuje. 17 maja 2007 r. Rada Ministrów przyjęła „Program Działań Rządu w sprawie wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wobec Rzeczypospolitej Polskiej”¹. Zawarte w nim propozycje działań mają na celu zwiększenie skuteczności wykonywania wyroków Trybunału wobec Polski, a także zapobieganie na przyszłość stwierdzeniu przez Trybunał naruszenia przez Polskę Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz protokołów do niej. W konsekwencji Program Działań Rządu przyczyni się do wzmocnienia poszanowania praw człowieka i zasady rządów prawa w Polsce. W projekcie zawarte zostały sugestie dotyczące zmian prawa, ulepszenia praktyki jego stosowania, szkoleń w dziedzinie praw człowieka oraz upowszechniania orzecznictwa Trybunału.

¹ *Program Działań Rządu ws. wykonywania wyroków ETPCz wobec Polski*, <http://www.msz.gov.pl/Program,Dzialan,Rzadu,ws.,wykonywania,wyrokov,ETPCz,wobec,Polski,11734.html>.

W szczególności zwrócono uwagę na konieczność zmian w takich kwestiach, jak: zasady stosowania tymczasowego aresztowania i pozbawienia wolności, przewlekłość postępowań sądowych i administracyjnych, rozszerzenie dostępu do sądu, cenzura korespondencji osób pozbawionych wolności z Trybunałem, wzmocnienie skuteczności prawa rodziców do kontaktów z dzieckiem, stworzenie mechanizmów zapewniających równowagę pomiędzy interesami właścicieli lokali mieszkalnych a ogólnym interesem społeczeństwa w obszarze czynszów regulowanych.

W monografii znalazły się artykuły prezentujące stan prawny na 2010 rok, pozornie ze sobą niezwiązane, bardzo zróżnicowane pod względem tematycznym, prezentujące zainteresowania badawcze osób o różnym doświadczeniu i stażu pracy. Ideą przewodnią łączącą te opracowania są prawa człowieka i ich ochrona, w szczególności w świetle uregulowań Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i orzecznictwa ETPCz.

Publikację otwiera artykuł Marka Lubelskiego *W kierunku europejskiego prawa karnego*, w którym autor przedstawia własne refleksje nad źródłami i kształtem europejskiego prawa karnego. W szczególności poddaje analizie takie zagadnienia, jak: zasadność używania terminu „europejskie prawo karne”, akty prawne Unii Europejskiej jako źródło katalogu czynów zabronionych i kar, europejski nakaz aresztowania jako instrument kształtujący europejski obszar karania – wszystko to w kontekście praw człowieka i katalogu podstawowych zasad karania.

Kolejnym artykułem jest opracowanie Katarzyny Banasik *Karalność kazirodztwa jako naruszenie wolności seksualnej*. Tekst jest niezwykle aktualny w świetle prasowych doniesień o coraz częściej ujawnianych przypadkach „polskich Fritzlów”, a spojrzenie na kwestię penalizacji kazirodztwa – zupełnie nowe i świeże. Autorka podejmuje próbę odpowiedzi na pytania o to, czy karalność kazirodztwa jest usprawiedliwionym naruszeniem wolności jako podstawowego prawa człowieka, z jaką wolnością mamy w tym przypadku do czynienia i czy taka wolność jest również chroniona. Zastanawia się ponadto nad tym, jaka przesłanka mogłaby wedle ustawodawcy uzasadniać ograniczenie tej wolności.

Zbliżony temat, bo pozostający w kręgu rodziny, podjął Tomasz Franosz w opracowaniu *Stosowanie kar cielesnych wobec dzieci a prawa człowieka*. Autor zwrócił uwagę na to, że Polska była inicjatorem uchwalenia Konwencji o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r. i jako jedno z pierwszych państw do niej przystąpiła. Mimo to kwestia zakazu stosowania kar cielesnych wobec dzieci (związanych przecież z przemocą) jako naruszających ich prawa, czyli prawa człowieka, do dzisiaj nie została rozwiązana na drodze ustawodawstwa krajowego.

Tematycznie związany z poprzedzającymi jest artykuł Adama Strzelca *Przymusowe leczenie sprawców czynów zabronionych popełnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych*, w którym przedstawiono zmianę kodeksu karnego dokonaną przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. (ustawa ta weszła w życie 8 czerwca 2010 r.). W znowelizowanym art. 95a k.k. ustawodawca wprowadził do polskiego systemu prawnego nieznaną w nim dotychczas instytucję określaną potocznie mianem kastracji chemicznej. Autor podjął próbę odpowiedzi na pytanie, czy przepis mający na celu zabezpieczenie społeczeństwa przed sprawcami o zaburzonych preferencjach seksualnych nie narusza podstawowych praw i wolności tych sprawców, czy nie stoi w sprzeczności z prawami człowieka.

Pozostając w tematyce związanej z leczeniem, Agnieszka Zelek przedstawia *Prawo do zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, uzyskanych przez lekarza w związku z wykonywaniem zawodu*. W szczególności podnosi ona, że Konstytucja RP w art. 47 przyznaje obywatelowi prawo do ochrony życia prywatnego, a w art. 51 – prawo do ochrony przed ujawnieniem informacji dotyczących pacjenta. Tajemnica lekarska ma na celu ochronę praw pacjenta, informacja związana z jego leczeniem, o jego stanie zdrowia, a nawet o samym fakcie leczenia w niektórych przypadkach może się bowiem stać powodem dyskryminacji ze strony otoczenia. Są jednak ustawowo przewidziane przypadki, kiedy lekarz zostaje zwolniony z zachowania tajemnicy. W artykule przedstawiono osiem takich wyjątków, autorka zaś ocenia, czy nie stanowi to naruszenia dóbr osobistych pacjenta.

W artykule *Stalking i cyberbullying w polskim prawie karnym* Mariusz Kusion opisuje wymienione w tytule zjawiska oraz własne propozycje dotyczące penalizujących je norm, tak aby gwarantowana była wolność człowieka i by nie ograniczać wolności słowa.

Zgodnie z art. 18 Powszechnej deklaracji praw człowieka każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i religii. Prawo to rozumiane jest również jako wolność zmiany wyznania lub przekonań (indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie) oraz uzewnętrzniania ich przez nauczanie, praktyki religijne, sprawowanie kultu i rytuałów oraz przestrzeganie obyczajów. Zagadnienia te, w szczególności w kontekście Powszechnej deklaracji praw człowieka, Karty praw podstawowych oraz w Konwencji ramowej o ochronie mniejszości, zostały podjęte przez Łukasza Rachtańa w opracowaniu *Karnoprawna ochrona wolności myśli, sumienia i religii w Polsce na tle uregulowań międzynarodowych*.

Izabela Lewandowska-Malec w artykule *Zasadność penalizacji krytyki funkcjonariuszy publicznych (art. 212 kodeksu karnego) w świetle prawa do wolności słowa w debacie publicznej* ukazuje na wybranych przykładach niejednorodność w podejściu do przestępstw zniesławienia i dominację interesów politycznych i partyjnych

oraz wykorzystywanie do tych celów prawa karnego. Autorka zwraca uwagę na nieuprawnioną jej zdaniem ochronę instytucji, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej w świetle treści art. 30 i 47 Konstytucji RP, które dotyczą wolności i praw osobistych człowieka i obywatela, i rozszerzanie tych praw na instytucje, osoby prawne oraz organizacje niemające osobowości prawnej. Proponuje ona również zmianę art. 212 § 2 k.k., tak aby nie pozostawał w sprzeczności z wolnością słowa.

Tematem artykułu Andrzeja Żebrowskiego *Wywiad i kontrwywiad w demokracji konstytucyjnej – zadania i uprawnienia* jest wskazanie zadań i uprawnień służb będących instrumentem bezpieczeństwa państwa (wywiadu oraz kontrwywiadu) w obliczu istniejących zagrożeń asymetrycznych. Precyzyjne określenie uprawnień tych służb w państwie jest niezwykle ważne, tak aby nie były one wykorzystywane do łamania praw człowieka.

Współczesna zjednoczona Europa jest coraz bardziej zróżnicowana pod względem etnicznym i kulturowym. Stąd też jako niezwykle aktualny jawi się temat poruszony przez Mariusza Kusiona w artykule *Prawo karne jako składnik szariatu w państwach muzułmańskich i europejskich*.

Zyta Maria Dymińska



W kierunku europejskiego prawa karnego

Moje opracowanie stanowi próbę refleksji nad źródłami i kształtem tzw. europejskiego prawa karnego¹. Próbuję zrozumieć, w czym wyrażają się jego podstawy. Pojawiło się w Polsce w ostatnim czasie wiele publikacji poświęconych właśnie europejskiemu prawu karnemu. Mamy za sobą dyskusję o zasadności i drogach kreowania wspólnej europejskiej materii karnej, głównie związaną z przedsięwzięciami o kształcie politycznym mającymi kreować nowy obraz Unii Europejskiej, projektami odrzuconego traktatu konstytucyjnego i przebytymi procedurami przyjmowania przez państwa członkowskie traktatu liżbońskiego².

¹ Artykuł jest zmodyfikowaną oraz poszerzoną wersją referatu wygłoszonego na VIII Międzynarodowej Konferencji „Państwo, Gospodarka, Społeczeństwo”, zorganizowanej przez Krakowską Szkołę Wyższą im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 26–27 maja 2008 r. Wygłoszony referat nosił tytuł „Europejskie standardy karania”.

² Por. A. Lach, *Europejskie prawo karne. Zarys wykładu*, Dom Organizatora, Toruń 2008; A. Adamski, *Kilka uwag na temat harmonizacji prawa karnego materialnego w Unii Europejskiej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarska*, red. J. Giezek, Zakamycze, Kraków 2006, s. 23–36; E. Zielińska, *Harmonizacja sankcji karnych w Unii Europejskiej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna...*, s. 693–712; H. Kuczyńska, *Wspólny obszar postępowania karnego w prawie Unii Europejskiej*, Scholar, Warszawa 2008; L.K. Paprzycki, *Przyszłość europejskiego prawa karnego*, „Palestra” 2007, nr 9–10, s. 43–62; E. Weigend, *Europeizacja prawa karnego w świetle Konstytucji Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 6, s. 11–29. W wymienionych pozycjach znajdziemy bogate piśmiennictwo, zarówno krajowe, jak i zagraniczne, na temat rozlicznych kwestii szczegółowych, zbyt bogate do przytoczenia w tym miejscu. W piśmiennictwie europejskim za klasyczną publikację w przedmiocie europejskiego prawa karnego można zapewne uznać pracę J. Pradela

Trzeba spojrzeć na następujące kwestie: zasadność używania terminu „europejskie prawo karne”, prawa człowieka jako katalog podstawowych zasad karania, akty prawne Unii Europejskiej jako źródło katalogu czynów zabronionych i kar. Szczególnie należy wziąć pod uwagę znaczenie europejskiego nakazu aresztowania jako instrumentu kształtującego europejski obszar karania, wyznaczającego także katalog dóbr i wartości podlegających ochronie w Unii Europejskiej. Uprzedzając wywody, można już w tym miejscu stwierdzić, że europejskie prawo karne staje się na naszych oczach bytem realnym, choć Unia Europejska dopiero co uzyskała osobowość prawną i nowy kształt traktatowy³.

i G. Corstensa: *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris 1999; A. Adamski (A. Adamski, *op. cit.*) wskazuje na wiele innych ważnych publikacji pozakrajowych, w tym: M. Delmas-Marty, *The European Union and penal law*, „European Law Journal” 1998, vol. 4, no. 1; J.R. Spencer, *Why is the harmonisation of penal law necessary?*, [w:] *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, eds. A. Klip, H. van der Wilt, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, Amsterdam 2002. Por. też: *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie*, t. 6, *Dokumenty karne*, cz. 2, red. E. Zielińska, Oficyna Naukowa, Warszawa 2005. Wśród bardzo bogatej literatury z zakresu prawa europejskiego wskażę jeszcze publikację: P. Kent, *European Union law*, Sweet & Maxwell, London 2003, tytułem zobrazowania klasycznego pojmowania zakresu i treści tego, czym jest prawo europejskie, ograniczane zasadniczo do prawa swobód i wolności, ekonomiki, handlu i konkurencji. Traktat lizboński wszedł dopiero w życie. Odnoszę się do tej kwestii w kolejnym przypisie.

³ Por. np. A. Lach, *op. cit.*, s. 17 i n. Autor uznaje L. Kubickiego za ojca terminu „europejskie prawo karne” w piśmiennictwie polskim (L. Kubicki, *Prawo karne europejskie (narodziny pojęcia)*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 12, s. 922–942), a w piśmiennictwie międzynarodowym – W.C. van Binsbergena (*Droit pénal européen. Colloques européens*, Presse Universitaires, Bruxelles 1970, s. 203–225). Opracowanie nie obejmuje zmian wynikających z postanowień traktatu lizbońskiego. Ponieważ wszedł on już w życie, potrzebny jest przynajmniej minimalny komentarz. E. Skibińska (*Wprowadzenie*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. XVI i XXI) pisze, że dotychczasowa nazwa „Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską” została zmieniona na nazwę „Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”. Współpraca sądowa w sprawach karnych została uregulowana w art. 82–86 tego traktatu. Opiera się ona na zasadzie wzajemnego uznawania wyroków i orzeczeń w sprawach karnych oraz obejmuje „zbliżanie przepisów ustawowych i wykonawczych państw członkowskich w zakresie wzajemnego dopuszczania dowodów, praw uczestników postępowania, „określenia przestępstw oraz kar w dziedzinach szczególnie poważnej przestępczości o wymiarze transgranicznym, wynikające z rodzaju lub skutków tych przestępstw lub ze szczególnej potrzeby wspólnego ich zwalczania”. Parlament Europejski i Rada, w drodze dyrektyw, zgodnie ze „zwykłą procedurą prawodawczą, mogą ustanawiać normy minimalne, przy czym powinny one uwzględniać różnice między tradycjami i systemami prawnymi poszczególnych państw członkowskich”.

Aby powstało europejskie prawo karne, muszą się pojawić zarówno jego baza (materia) normatywna, jak i świadomość wyodrębnienia się systemu norm, które zechcemy takim mianem określać. Jak wiadomo nie ma europejskiego kodeksu karnego ani europejskiego systemu sądownictwa karnego i organów ścigania. Są natomiast spuścizna i znaczenie europejskiego kształtu cywilizacyjnego, a więc dziedzictwa antyku, w tym reguł państwa i prawa, moralności i refleksji nad światem, chrześcijańskiej wizji praw kierujących ludzkim postępowaniem, średniowiecznych źródeł filozofii człowieka, odrodzeniowej rewolucji intelektualnej, która stworzyła współczesną naukę, oświeceniowej krytyki zastanego porządku, której hasła leżą bezpośrednio u podstaw współczesnego prawa karnego państw naszego obszaru cywilizacyjnego, modelu demokratycznego państwa prawnego, wypracowanego w Anglii, Francji, Niemczech, a także w Polsce. Wyliczenie to niekompletne i raczej subiektywne.

Postrzeżenie europejskiego prawa karnego jako bytu samodzielnego, zasługującego na takie właśnie określenie, jest zjawiskiem naprawdę bardzo nowym. Posługuje się nim na przykład A. Lach w podręcznikowym opracowaniu o takim właśnie tytule, które niedawno ukazało się na rynku⁴. Mówi o nim także L.K. Paprzycki w swojej nieodległej czasowo publikacji⁵.

Według A. Lacha można mówić o stopniowej europeizacji prawa karnego państw członkowskich, co może się przejawiać w harmonizacji lub unifikacji. Harmonizacja oznacza likwidację powodujących kolizje różnic między systemami prawnymi. Unifikacja zasada się na wprowadzaniu wspólnych standardów bazowych⁶. A. Lach przyszłość postrzega w kontynuacji harmonizacji poszczególnych obszarów zarówno prawa karnego materialnego, jak i procesowego. Dostrzega jednak i inną opcję – stworzenie systemu po części ponadkrajowego – europejskiego, po części krajowego. Byłaby to sytuacja zbliżona do tej w USA, gdzie część przestępstw jest domeną władz federalnych, a część – władz stanowych. Zapewne w pełni podstawnie autor nie widzi możliwości stworzenia jednolitego europejskiego systemu prawa karnego, który przecież wymagałby tak daleko idącej integracji państw członków Unii Europejskiej, że tworzyłyby jednolitą europejską strukturę państwową, na co się po prostu, wedle obecnych oznak, wcale nie zanoszą⁷.

L.K. Paprzycki, opisując stan współpracy państw członkowskich Unii Europejskiej w sprawach karnych i działalność legislacyjną organów Unii, stwierdza,

⁴ A. Lach, *op. cit.*

⁵ L.K. Paprzycki, *Przyszłość...*

⁶ A. Lach, *op. cit.*, s. 9.

⁷ A. Lach, *op. cit.*, s. 137. A. Lach przywołuje tu jako autora scenariuszy przyszłości A. Klipa (A. Klip, *The constitution for Europe and criminal law: A step not far enough*, „Maastricht Journal” 2005, no. 2, s. 115–123).

że „na naszych oczach dokonuje się proces harmonizacji prawa karnego państw unijnych” na skutek przyspieszonego wdrażania decyzji ramowych, a zarazem kształtuje się pogląd o kompetencji Wspólnoty Europejskiej także do regulowania strefy prawa karnego w dziedzinach objętych jej kompetencją⁸.

Dotychczas w literaturze przedmiotu europejskie prawo karne odnoszono raczej do porządku ponadkrajowego. W takim rozumieniu występuje ten termin na przykład w klasycznym już podręczniku *Droit pénal européen* autorstwa J. Pradela i G. Corstensa⁹. Autorzy ci wliczają w skład europejskiego prawa karnego reguły współpracy międzypaństwowej w kwestiach karnych, reguły dotyczące ochrony praw człowieka, reguły prawa wspólnotowego. Wszystko to składa się na „europejską przestrzeń prawną”¹⁰. J. Pradel i G. Corstens wskazują jednak trafnie, że system sprawiedliwości karnej państw członkowskich powinien uwzględniać prawa podstawowe, rozumiane zasadniczo jako prawo do wolności, demokracji, poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności¹¹.

Inne od prezentowanych podejście wydaje się zajmować A. Adamski. Autor ten eksponuje pogląd o harmonizacji prawa karnego państw Unii Europejskiej, czego wyrazem jest powstawanie standardów europejskich. Rezultatem procesu harmonizacji prawa jest tworzenie europejskich standardów normatywnych na podstawie rozwiązań krajowych bądź międzynarodowych. A. Adamski nie mówi o europejskim prawie karnym, lecz, idąc za tropami traktatowymi, o „harmonizacji prawa karnego materialnego w Unii Europejskiej”. Rozróżnia zjawiska harmonizacji i europeizacji prawa karnego. Harmonizacja jest etapem europeizacji prawa. A. Adamski wyróżnia zresztą trzy etapy harmonizacji prawa w Unii Europejskiej. Pierwszy to tworzenie europejskich standardów normatywnych, drugim ma być „zbliżanie ustawodawstw państw członkowskich w wyniku zwrotnego oddziaływania standardów europejskich na prawo krajowe (zharmonizowane prawo krajowe)”. Trzeci nastąpi, gdy dojdzie do zbudowania „autonomicznych standardów paneuropejskich, które zastąpią prawo krajowe (jednolite prawo europejskie)”. Finałem byłoby więc powstanie „europejskiego kodeksu karnego”, czyli pełna unifikacja europejskiego prawa karnego, czego zresztą nikt na razie nie przewiduje¹².

O harmonizacji standardów karania, a dokładniej o harmonizacji sankcji karnych, mówi E. Zielińska w opracowaniu z 2006 r.¹³ H. Kuczyńska w pracy

⁸ L.K. Paprzycki, *Przyszłość...*, s. 47 i 49.

⁹ J. Pradel, G. Corstens, *op. cit.*

¹⁰ *Ibidem*, s. 8.

¹¹ *Ibidem*, s. 441–443.

¹² A. Adamski, *op. cit.*, s. 24.

¹³ E. Zielińska, *op. cit.*

wydanej dwa lata później pisze już nie o harmonizacji prawa karnego państw członkowskich Unii Europejskiej, lecz o „systemie europejskiego postępowania karnego”¹⁴. O „europejskim prawie karnym” mówi przywoływany już L.K. Paprzycki, jednak nie odnajdujemy w jego opracowaniu osobnego udokumentowania zasadności używania takiej właśnie nazwy. Autor ten, podobnie jak A. Lach, słusznie zwraca uwagę, że najbardziej spektakularnym przykładem próby unifikacji prawa karnego w ramach Unii Europejskiej jest *Corpus iuris*, oryginalne opracowanie materialnych i procesowych reguł odpowiedzialności karnej, które zasadniczo spotkało się z niechętnym przyjęciem państw członkowskich i krytyką doktryny, zwłaszcza niemieckiej¹⁵.

W świetle dokonanego przeglądu można powiedzieć, że do zespołu elementów wyznaczających europejskie prawo karne zalicza się:

- kompetencje wspólnoty europejskiej w zakresie kreowania norm prawa karnego materialnego i prawa karnego procesowego;
- postaci i formy organizacyjne współpracy państw europejskich w ściganiu (wykrywaniu) przestępstw, prowadzeniu postępowań sądowych w sprawach karnych oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych;
- ujednolicanie standardów ocen realizacji relacji obywatel – państwo w prowadzonych sprawach karnych.

Na zakończenie tej partii opracowania trzeba wyraźnie zaznaczyć, że przedmiot rozważań jest odrębny od międzynarodowego prawa karnego z przyczyn, jak mniemam, oczywistych¹⁶.

W kwestii poszanowania i ochrony praw człowieka pewne przynajmniej kwestie wydają się nie budzić wątpliwości. Protokół nr 6 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności dotyczący zniesienia kary śmierci – sporządzony w Strasburgu dnia 28 kwietnia 1983 r., a ratyfi-

¹⁴ H. Kuczyńska, *op. cit.*

¹⁵ L.K. Paprzycki, *Przyszłość...*, s. 47. Por. też: A. Lach, *op. cit.*, s. 47; A. Adamski, *op. cit.*, s. 24. Szerzej: L.K. Paprzycki, *Corpus Iuris – projekt europejskiego prawa karnego. Zarys problematyki*, „Palestra” 2000, nr 4, s. 127–145; A. Marek, *Problematyka Corpus Iuris*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 3, s. 123–127. Opracowanie ukazało się w Polsce z przedmową E. Zielińskiej, w tłumaczeniu A. Wąlczak-Żochowskiej, Warszawa 1999. Warto w tym miejscu wspomnieć, że z krytyką doktryny spotkały się propozycje harmonizacji prawa karnego zawarte w traktacie konstytucyjnym – por. E. Weigend, *op. cit.* Podobne losy mają przedsięwzięcia unifikacyjne i w zakresie prawa cywilnego – por. K. Kudrycka, *Kierunki harmonizacji prawa kontraktowego państw członkowskich UE*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 12, s. 37–53.

¹⁶ Por. np. M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Zakamycze, Kraków 2004; J. Izdorczyk, P. Wiliński, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Zakamycze, Kraków 2004; C. de Than, E. Shorts, *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet & Maxwell, London 2003.

kowany przez Polskę w 2001 r.¹⁷ – stanowi w art. 1: „znosi się karę śmierci. Nikt nie może być skazany na taką karę ani nie może nastąpić jej wykonanie”. To oczywisty standard kształtujący prawo karne. Europejska konwencja praw człowieka narzuca jednak nie tylko rezygnację z kary śmierci jako standard przynależności do kulturowej wspólnoty państw członków Unii Europejskiej, ale także wiele innych rozstrzygnięć głęboko zmieniających tradycyjny obraz karania. Protokół nr 4 – sporządzony w Strasburgu 16 września 1963 r., a ratyfikowany przez Polskę w lipcu 1994 r.¹⁸ – zakazuje pozbawiania wolności z powodu niemożności wykonania zobowiązania umownego (zakaz pozbawiania wolności za długi). Zwróćmy uwagę, że sama Konwencja składa się z dobrze nam już znanych, bo inkorporowanych do Konstytucji RP, *sensu stricto* zasad odpowiedzialności karnej, które przecież też trzeba określić mianem standardów karania, takich jak: zakaz stosowania tortur lub poniżającego traktowania lub karania (art. 3), prawne granice i procedury pozbawienia wolności (art. 5), zasady rzetelnego procesu sądowego (art. 6), ustawowa określoność czynu i kary (art. 7). Temat to znany, mylnie byłoby jednak wrażenie, że problematyka relacji zachodzących między porządkiem prawnym europejskim i krajowym prawem karnym w obszarze poszanowania praw człowieka jest tematem zamkniętym¹⁹. Uprawniona wydaje się konstatacja, że nie są podnoszone za-

¹⁷ Protokół nr 6 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dotyczący zniesienia kary śmierci, sporządzony w Strasburgu dnia 28 kwietnia 1983 r., Dz.U. z 2001 r. Nr 23, poz. 266.

¹⁸ Ze zmianami wprowadzonymi Protokołem nr 11 (protokół nr 11 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dotyczący przekształcenia mechanizmu kontrolnego ustanowionego przez Konwencję, sporządzony w Strasburgu dnia 11 maja 1994 r., Dz.U. z 1998 r. Nr 147, poz. 962). Sama Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności została ratyfikowana przez Polskę w 1993 r. (Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284). Konwencja statuuje w swym rozdziale II Europejski Trybunał Praw Człowieka. Zgodnie z jej art. 41, jeżeli Trybunał stwierdzi, że nastąpiło naruszenie Konwencji lub jej protokołów, oraz jeśli prawo wewnętrzne zainteresowanej strony pozwala tylko na częściowe usunięcie konsekwencji tego naruszenia, Trybunał orzeka, gdy potrzeba, słuszne zadośćuczynienie. Zgodnie z art. 52 Konwencji Sekretarz Generalny Rady Europy może żądać wyjaśnień, jak prawo wewnętrzne zapewnia skuteczne stosowanie postanowień Konwencji.

¹⁹ Por. H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 47–86. Por. też: P. Hofmański, *Konwencja europejska a prawo karne*, Dom Organizatora, Toruń 1995; *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Liber, Warszawa 2003 [a szczególnie w następujących artykułach w tej pracy: P. Kruszyński, *Zasada domniemania niewinności jako część składowa uczciwego procesu w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw*

rzuty naruszania przez polski porządek prawny zasad ochrony praw człowieka przewidzianych konwencją europejską podpisaną w Rzymie w 1950 r.

Ustalanie, co należy do standardów karania, to zadanie niewątpliwie trudne, a nawet niewolne od możliwości postawienia zarzutu arbitralności ocen. Jak wiadomo, harmonizacja prawa karnego państw członkowskich dokonuje się między innymi drogą implementacji dyrektyw ramowych. Spektakularnym przykładem w prawie polskim jest tzw. nowela antykorupcyjna, czyli nowelizacja kodeksu karnego dokonana dnia 13 czerwca 2003 r. Wprowadziła ona

Człowieka w Strasburgu (s. 257–267); J. Wyrembak, *Zasada nullum crimen sine lege w prawie polskim i europejskim* (s. 267–277); J. Krzynówek, *Tradycje prawne Europy* (s. 23–35); M.M. Kenig-Witkowska, *Charakter prawny Unii Europejskiej ze stanowiska prawa międzynarodowego* (s. 35–51); P. Czechowski, *Standardy harmonizacji prawa* (s. 67–73); R. Ostrihansky, *Sąd polski a kompetencje Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich do wydawania orzeczeń wstępnych* (s. 155–181); A. Łazanowski, *Proeuropejska wykładnia prawa przez polskie sądy i organy administracji jako mechanizm dostosowania systemu prawnego do *acquis communautaire** (s. 181–201)]; *Standardy prawne Rady Europy*, wybór i tłumaczenie J. Jasiński, Oficyna Naukowa, Warszawa 1998 [w szczególności w: *Lista konwencji i rezolucji/zaleceń opracowanych przez Europejski Komitet Problemów Przestępczości CDPC (1958–1998)* (s. 291–305) – prezentowany wykaz obrazuje i uświadamia drogę i zakres przemian „standardów karania i postępowania z przestępcami”, jaką przeszła Europa Zachodnia po II wojnie światowej]; A. Evans, P. Falk, *Prawo integracji europejskiej*, ABC, Warszawa 1996 (w szczególności część III „Harmonizacja prawa i stosunki zewnętrzne”, s. 301–349, gdzie „harmonizacja” to pojęcie opisujące także ujednolicanie prawa cywilnego i gospodarczego); *Prawo Wspólnot Europejskich...* (w komentarzu zamieszczonym na s. 632–646 E. Zielińska omawia między innymi relacje zachodzące między decyzją ramową a wewnętrznym prawem polskim, co na gruncie ciągle obowiązującego prawa Unii Europejskiej jest jedną z kluczowych kwestii dla istnienia europejskiego prawa karnego); A. Górski, A. Sakowicz, *Zagadnienia prawnokarne integracji europejskiej. Traktatowy chaos czy ład prawny*, [w:] *Wymiar sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, red. M. Perkowski, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 311–351 (autorzy w pełni trafnie uznają, że instytucja europejskiego nakazu aresztowania – o którym piszę w dalszej części artykułu – tworzy „nową jakość” w obszarze zjawisk zaliczanych do sfery wspólnotowego prawa karnego); M.A. Nowicki, *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999–2004*, Zakamycze, Kraków 2005 [wypowiedzi autora zbioru (s. 17–46) i analiza orzeczeń Trybunału prowadzą do wniosku, że w obecnym kształcie Unii Europejskiej problemem jest jednolite pojmowanie, czym jest standard, a nie jego miejsce w systemie źródeł prawa; na inny wymiar tej samej kwestii – m.in. rolę sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego w pełnej implementacji praw człowieka w prawie wewnątrzpaństwowym – zwraca uwagę A. Redelbach w opracowaniu: *Natura praw człowieka. Strasburskie standardy ich ochrony*, Dom Organizatora, Toruń 2001, s. 85–130].

do polskiego prawa między innymi nieznane wcześniej przestępstwa sprzedajności w obrocie gospodarczym i w organizacji imprez sportowych (art. 296a i 296b k.k.)²⁰. Kreowanie nowych typów przestępstw, nieznanymi dotychczas ustawodawstwu krajowemu, to widomy przejaw nie tylko zbliżania systemów prawnych różnych państw, ale też chyba czegoś więcej – formowania wspólnych ocen tego, co powinno być zabronione pod groźbą kary. Pytanie o to, czy wprowadzenie do kodeksu karnego definicji czynu o charakterze terrorystycznym lub wydanie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (co miało miejsce w ramach dostosowywania polskiego prawa do przedakcesyjnych wymogów Unii Europejskiej) i inne podobne przypadki implementacji dyrektyw ramowych czy konwencji lub innych aktów prawa międzynarodowego tworzą jednolitą bazę prawa karnego państw członkowskich Unii Europejskiej, musi pozostać bez kategoriycznej odpowiedzi, gdyż trudno wyznaczyć wspólny mianownik budowania ocen karalności. Myślę jednak, że wskazane przejawy unifikacji prawa nie są nowością poznawczą, lecz raczej korektą stanu już istniejącego²¹.

Na inny przejaw tego samego zjawiska, to jest kontrowersyjne oceny zasadności formułowania europejskich standardów karania, wskazuje E. Zielińska, opowiadając się zresztą przeciwko takim wyznacznikom prawa wewnątrz krajowego. Autorka stwierdza wprost, pisząc o zakresie kompetencji organów wspólnotowych, że „niepokoi [...] obserwowana ostatnio tendencja do określania, w jakich przedziałach czasowych ma się zamknąć górna granica ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności, która winna być odczytywana nie tylko jako dyrektywa standardu minimum (nie mniej niż...), ale również jako dyrektywa standardu maksimum (nie więcej niż...)”²². Autorka wskazuje także na inne, jej zdaniem niekorzystne, skutki implementacji dyrektyw unijnych i innych form dostosowywania krajowych systemów prawa do zobowiązań międzynarodowych. Jej zdaniem prowadzi to do zakłóceń wewnętrznej

²⁰ Por. np. B. Mik, *Nowela antykorupcyjna z dnia 13 czerwca 2003 r.*, Zakamycze, Kraków 2003.

²¹ Na temat rozbieżności między językiem dyrektyw europejskich i ich odzwierciedleniem w prawie krajowym, tj. w prawie polskim, w przedmiocie zasad tzw. odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych, pisze obszernie i uderzająco trafnie C. Nowak w: *Zakres odpowiedzialności za czyny korupcyjne w prawie polskim a zobowiązania międzynarodowe*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 9, s. 43–55. Często nie można zasadnie mówić o realizacji standardu europejskiego mimo powoływania się na akt prawa unijnego, gdy realizacja jest tylko częściowa, czyli istotnie ograniczona. Realizuje się ciągle standardy krajowe, odmienne od europejskich, korygując je jedynie odpowiednio do niedających się zlekceważyć wymogów Wspólnoty Europejskiej.

²² E. Zielińska, *op. cit.*, s. 712.

logiki i koherencji krajowego ustawodawstwa karnego. System sankcji to – jak pisze Zielińska – „mikrokosmos” systemu norm prawa karnego. Wprowadzanie do nich rewolucyjnych zmian z pozostawieniem bez korekt całej reszty nie wydaje się więc możliwe. Co więcej – nawet zbliżenie sankcji we wszystkich krajach członkowskich nie doprowadzi do unifikacji praktyki karania. Dlatego lepszym rozwiązaniem wydaje się, zdaniem E. Zielińskiej, postulat „wolnego przepływu idei i innowacji prawnych”. Potrzebna jest wprawdzie unifikacja prawnokulturowa państw członkowskich²³.

Z tak sformułowanym poglądem ośmielę się polemizować, choć trudno byłoby zakwestionować go w sposób kategoriowy i generalny. Zmiany przychodzące z zewnątrz, choć zaburzają „mikrokosmos” prawa wewnątrz krajowego, niosą z sobą nowe inspiracje, kwestionują rozwiązania z nimi sprzeczne. Można zasadnie sądzić, że niosą to, co określamy mianem postępu cywilizacyjnego. Różna też jest, jak sądzę, sytuacja poszczególnych państw członkowskich tzw. nowej i starej Unii. Kwestia to kapitalna – gdzie leży baza kulturowa (cywilizacyjna) integrujących się państw, co ją wyznacza, czy nowe kraje Unii asymilują kulturę Zachodu, czy też kraje zachodnioeuropejskie otwierają się na inspiracje kulturowe płynące z krajów Europy Środkowej, czy nawet Wschodniej? Prawnik nie wydaje się uprawniony do formułowania w tej materii kategoriowych ocen, ośmielę się jednak wyrazić przekonanie, że wymiana kulturowa powinna być jednak obustronna.

Najbardziej znamienitym zapewne przejawem europeizacji polskiego prawa karnego jest wprowadzenie europejskiego nakazu aresztowania (ENA). Być może jest też ono warunkiem wystarczającym dla uznania poglądu o rzeczywistym powstaniu europejskiego prawa karnego. Myślę jednak, że ciągle bardziej zasadne jest mówienie o kształtowaniu się wspólnej płaszczyzny standardów karania niż o europejskim prawie karnym *sensu stricto*. Europejskie standardy to jednak coś więcej niż tylko „współpraca w sprawach karnych”, chyba że jest połączona z wzajemnym uznawaniem orzeczeń sądowych, gdyż właśnie w takim przypadku dochodzi nieuchronnie do „procesu wyrównywania ocen prawnych”²⁴.

²³ *Ibidem*, s. 710 i 711.

²⁴ Na temat ENA por. np. F. Jasiński, *Europejski nakaz aresztowania*, „Stosunki Międzynarodowe” 2003, nr 3–4; A. Górski, M. Rusinek, D. Szumiło-Kulczycka, *Nakaz aresztowania i jego implementacja w systemach państw członkowskich UE (Międzynarodowa Konferencja Naukowa, Kraków 10–12 XI 2006)*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 11; A. Górski, A. Sakowicz, *Europejski nakaz aresztowania: między skutecznością ścigania a gwarancyjną funkcją praw człowieka*, „Przegląd Policyjny” 2002, nr 3–4; A. Górski, A. Sakowicz, *The European Arrest Warrant: a substantial step towards „European prosecution”*, „Studia Prawno-Europejskie” 2004, t. 7; A. Górski, A. Sakowicz, *Europejski nakaz aresztowania – nowy instrument Unii*

ENA wprowadzony został do polskiego stanu prawnego ustawą z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy kodeks karny, kodeks postępowania karnego oraz kodeksu wykroczeń²⁵. Ustawą tą dodano do k.p.k. rozdziały 65a i 65b, zatytułowane odpowiednio do treści zawartych w nich przepisów „wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o przekazanie osoby ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania” oraz „wystąpienie państwa członkowskiego Unii Europejskiej o przekazanie osoby ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania”. Zmiany weszły w życie z dniem akcesji Polski do Unii Europejskiej, czyli 1 maja 2004 r. Na poziomie wspólnotowym ENA wprowadzony został decyzją ramową nr 2002/584 z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury przekazywania osób między państwami członkowskimi, która to decyzja ramowa weszła w życie 1 stycznia 2004 r. Obowiązujący w przedmiocie ENA tekst ustawy wewnątrz krajowej, to jest k.p.k., nadany został ustawą z dnia 27 października 2006 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego²⁶, wydaną w związku

Europejskiej w walce z przestępczością, „Edukacja Prawnicza” 2004, nr 4; A. Górski, A. Sakowicz, *Europejski nakaz aresztowania – uwagi de lege ferenda na gruncie nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, [w:] *Problemy znowelizowanej procedury karnej*, red. Z. Sobolewski, G. Artymiak, C.F. Klak, Zakamycze, Kraków 2004; G. Krzysztofiuk, *Europejski nakaz aresztowania – dalszy ciąg problemów*, „Edukacja Prawnicza” 2006, nr 2; B. Nita, *Europejski nakaz aresztowania – europeizacja prawa karnego a standardy konstytucyjne państw członkowskich UE*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 5; E. Piontek, *Europejski nakaz aresztowania*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 4; M. Płachta, *Europejski nakaz aresztowania (wydania): kłopotliwa „rewolucja” w ekstradycji*, „Studia Europejskie” 2002, nr 3; T. Safjański, *Europejski nakaz aresztowania*, „Gazeta Policyjna” 2004, nr 47; A. Sakowicz, *Europejski nakaz aresztowania i jego implementacja do prawa krajowego*, [w:] *Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej. Współpraca sądowa i policyjna w sprawach karnych*, red. A. Górski, A. Sakowicz, LexisNexis, Warszawa 2006, s. 359–390; A. Serzysko, *Europejski nakaz aresztowania (ENA)*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 7–8. Warto także przywołać glosy do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego (TK) w sprawie ENA: W. Czaplinski, „Państwo i Prawo” 2005, nr 9; E. Gierach, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5; P. Hofmański, „Państwo i Prawo” 2005, nr 9; P. Kruszyński, „Palestra” 2005, nr 7–8; M. Płachta, R. Wieruszewski, „Państwo i Prawo” 2005, nr 9; S. Steinborn, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 2005 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5. ENA omawiany jest także, rzecz jasna, w powołanych publikacjach generalnie opisujących europejskie prawo karne – por. A. Lach, *op. cit.*; H. Kuczyńska, *op. cit.*; L.K. Paprzycki, *Przyszłość...*

²⁵ Ustawa z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 2004 r. Nr 69, poz. 626.

²⁶ Ustawa z dnia 27 października 2006 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 2006 r. Nr 226, poz. 1647.

z utratą mocy obowiązującej części przepisów o ENA na skutek uznania ich za niezgodne z Konstytucją przez Trybunał Konstytucyjny (TK uchylił wprawdzie tylko jeden przepis, ale cała instytucja tym samym uległa zakwestionowaniu). W terminologii ustawy (k.p.k.) rozróżnia się „nakaz” oraz „nakaz europejski” (por. odpowiednio art. 607a i art. 607k k.p.k.). Nakaz służy ściganiu poza granicami kraju, na terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej, osób ściganych na terytorium RP, gdy zachodzi podejrzenie, że osoba ścigana przebywa na takim terytorium (nakaz wydaje właściwy miejscowo sąd okręgowy na wniosek prokuratora). Nakaz europejski służy przekazaniu z terytorium RP osoby ściganej europejskim nakazem aresztowania do innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej w celu przeprowadzenia tam przeciwko niej postępowania karnego lub wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności albo innego środka polegającego na pozbawieniu wolności.

Dalsze przedstawione w artykule rozważania będą się koncentrować na nakazie europejskim, a przede wszystkim na tym jego aspekcie, który określa się mianem „braku wymogu podwójnej przestępczości”. Wymóg ten jest warunkiem *sine qua non* klasycznie pojmowanej ekstradycji (por. art. 604 pkt 2 k.p.k.).

ENA otwiera drogę do ścigania w nowej formule, przełamującej ramy klasycznych form realizacji jurysdykcji krajowej, w szczególności takich jak ekstradycja. Przesłanką wydania nakazu europejskiego jest popełnienie „przestępstwa europejskiego” (art. 607w k.p.k.). Przyjęte, tak niedawno przecież, rozwiązanie nie ma odpowiednika w dotychczasowej tradycji prawa karnego, pozwala bowiem na uznanie za podstawę wydania do ukarania obcemu państwu sprawcy czynu niebędącego przestępstwem wedle prawa polskiego, jeżeli mamy do czynienia z osobą niebędącą obywatelem polskim, czyn zagrożony jest zaś w państwie wydania europejskiego nakazu aresztowania karą co najmniej trzech lat pozbawienia wolności lub w tym samym wymiarze innym środkiem polegającym na pozbawieniu wolności. Katalog czynów, o które może chodzić w takim przypadku, to właśnie, wedle proponowanej przeze mnie konwencji terminologicznej, „przestępstwa europejskie”²⁷. Zestawione tu czyny wykazują niezwykle wręcz odrębności i nie podlegają żadnym známym polskiemu prawu kryteriom grupowania i oceniania wagi przestępstwa.

²⁷ Szerzej na temat przedstawionej klasyfikacji: M.J. Lubelski, *Europejskie standardy karania – refleksje wokół Europejskiego Nakazu Aresztowania*, [w:] *Polska w Unii Europejskiej*, red. P. Chmielnicki, E. Książek, K. Winiarski, Wyd. Akademii im. Jana Długosza, Częstochowa 2007, s. 235–247. Korzystam z nazw użytych w art. 607w k.p.k. oraz w załączniku do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 kwietnia 2004 r. w sprawie wzoru europejskiego nakazu aresztowania, Dz.U. z 2004 r. Nr 73, poz. 664 (por. pkt E1 załącznika).

Dość powiedzieć, że znalazły się obok siebie: zabójstwo, handel ludźmi, oszustwo, pornografia dziecięca, zgwałcenie, podpalenie, sabotaż, rasizm i ksenofobia, obrót organami i tkankami ludzkimi, a nawet zagrożonymi gatunkami roślin i zwierząt (przytoczenie ma charakter wrywkowy i korzysta z nazw skrótowych).

Można twierdzić, że europejski nakaz aresztowania jest czymś więcej niż tylko przejawem współpracy międzypaństwowej w ściganiu przestępstw. Stanowi nową jakość – kolejny, po rezygnacji z kary śmierci, tortur, innego poniżającego karaniania lub traktowania, zasadzie ustawowego opisu czynu i kary oraz innych wskazanych przykładach, europejski standard karaniania w zakresie, w jakim wyznacza pojęcie przestępstwa europejskiego.

Muszą tu zainteresować w szczególności struktura i charakter czynów „zdefiniowanych zgodnie z prawem państwa wydania nakazu”, które zaliczone zostały do uzasadniających wydanie europejskiego nakazu aresztowania. Lista z art. 607 w k.p.k. obejmuje 33 pozycje. Nie stosując nadmiernie rygorystycznej procedury kwalifikacyjnej, można powiedzieć, że uwzględniono w niej następujące kategorie zachowań:

- przestępczość „transgraniczną”;
- poważną przestępczość przeciwko życiu i zdrowiu;
- poważną przestępczość przeciwko mieniu;
- „cyberprzestępczość”;
- przestępczość przeciwko środowisku naturalnemu, w tym nielegalny obrót zagrożonymi gatunkami roślin i zwierząt;
- przestępstwa korupcyjne różnej postaci;
- inne przestępstwa przeciwko mieniu i przestępstwa gospodarcze mające postać „oszustwa” bądź sprzeniewierzenia, ale także poważniejsze kradzieże niezwiązane z użyciem przemocy;
- fałszerstwa pieniędzy i dokumentów, także w postaci obrotu takowymi;
- terroryzm *sensu stricto* oraz postaci mu podobne, np. uprowadzenie statku wodnego lub powietrznego, pozbawienie wolności, uprowadzenie dla okupu, wzięcie lub przetrzymywanie zakładnika (zaliczyłbym też do tej grupy podpalenie);
- przestępstwa godzące we własność intelektualną, w tym własność przemysłową;
- zgwałcenie, które można też zaliczyć do szerszej kategorii przestępstw o motywacji (podłożu) seksualnym; należałyby do niej również pedofilia i pornografia dziecięca, a także niektóre przynajmniej przypadki handlu ludźmi, jednak, co warto zauważyć, użyte określenie – jako na gruncie prawa jednoznaczne – nie pozwala na interpretację rozszerzającą, a więc nie obejmuje, wedle mojego odczytania, różnych możliwych form tzw. seks-biznesu, co, w tradycyjnym języku prawa karnego, nie wyczerpując rzeczy-

wistych treści współczesnych zjawisk, nazywa się „stręczycielstwem i kuplerstwem”.

Na wyodrębnienie w osobnej grupie zasługują – gdyż w ocenach rozpoznanych w Polsce i odwzorowanych w tzw. zagrożeniach ustawowych, jeżeli nie przybierają którejs z wcześniej wymienionych form, same w sobie nie zasługują na miano „poważnej przestępczości” – przestępstwa popełnione z powodów narodowościowych, etnicznych, rasowych bądź wyznaniowych (rasizm i ksenofobia).

Podstawą wystawienia ENA mogą być także przestępstwa należące do właściwości Międzynarodowego Trybunału Karnego, a więc przestępstwa – w terminologii k.k. – przeciwko pokojowi, ludzkości i przestępstwa wojenne.

Mamy więc do czynienia z 13 kategoriami (grupami) przestępstw, które mogą leżeć u podstaw wystawienia ENA. Przedstawiona klasyfikacja ma charakter przeglądowy. Trzeba jednak postawić pytanie, czy inne, niewymienione wyraźnie przestępstwa, w istotny sposób podobne do wymienionych, mogą być podstawą skutecznego wystąpienia do władz polskich o wydanie obywatela któregoś z państw członkowskich Unii Europejskiej. Należy sądzić, że tak, skoro podstawy wystąpienia o wydanie ENA podlegają kontroli państwa wykonującego nakaz²⁸. Takie stanowisko zajmują P. Hofmański, E. Sadzik i K. Zgryzek w kolejnym wydaniu swego wielotomowego komentarza do k.p.k. Stwierdzają, że katalog kategorii przestępstw zawarty w art. 607w k.p.k. „określony został w sposób ogólny i nie zawsze czyniący łatwym odnalezienie sprzężenia pomiędzy konkretnym przepisem prawa karnego innego państwa członkowskiego UE, a określoną kategorią przestępstw wymienioną w tym przepisie”²⁹. Podnoszą, że autorzy decyzji ramowej o ENA, „a w ślad za nimi polski ustawodawca”, posłużyli się pojęciami „niezbyt ostrymi”³⁰. „Implementując decyzję ramową, polski ustawodawca starał się zapisać przestępstwa, z art. 2 ust. 2 tej decyzji ramowej, w sposób „korespondujący z typami przestępstw przewidzianymi w prawie polskim”³¹.

W pełni zgadzam się z przedstawionym w przywoływanym komentarzu sądem, iż „taki zabieg jest o tyle chybiony, że polskie prawo w ogóle nie jest

²⁸ Por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. 3, *Komentarz do artykułów 468–682*, red. P. Hofmański, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 658 i 659; por. też uwagi autorów zamieszczone „przed art. 607a”, *ibidem*, s. 607. Ponadto por. A. Górski, A. Sakowicz, *Komentarz do decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, [w:] *Dokumenty europejskie. Prawo karne*, t. 6, red. E. Zielińska, Warszawa 2004.

²⁹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem*, s. 659.

tu przedmiotem oceny³². Ocena realizacji typu przestępstwa przewidzianego art. 607w k.p.k. powinna być formułowana raczej na podstawie osiągnięć „dorobku społeczności międzynarodowej, która w szeregu rozmaitych traktatów zdefiniowała takie pojęcia” (m.in. określenia: „przestępczość zorganizowana”, „handel ludźmi”, „korupcja”). Moim zdaniem odesłania pojęciowe ENA (wyrażone skrótowo i – paradoksalnie – lepiej w załączniku do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 2004 r.) trzeba plasować nie tyle w aktach wewnętrznych Unii, ile w całym dorobku traktatowym międzynarodowego prawa karnego, w jego wymiarze zarówno europejskim, jak i pozaeuropejskim, a przede wszystkim w ratyfikowanych umowach międzynarodowych (traktatach, konwencjach itd.), które zgodnie z postanowieniami art. 87.1. Konstytucji należą do porządku prawnego RP. Trudno bowiem ignorować to, że art. 607w k.p.k. należy do obowiązującego w Polsce porządku prawnego i jego odczytanie, mimo skomplikowania zdania zabiegiem użycia określeń bezpośrednio korespondujących z terminologią polskiego k.k., musi następować wedle przyjętych reguł wykładni prawa, które co prawda wiodą nas w ostatecznym rozrachunku do konstatacji o rodzajowym tylko charakterze wyliczenia zawartego w art. 607w k.p.k., lecz muszą przebiegać wpieryw przez wykładnię językową i systemową prawa polskiego. Nie znajduję jednak uzasadnienia dla rozstrzygnięcia przedstawionej kwestii w sposób kategoriyczny – raczej skłaniałbym się do poglądu, że wyliczenie przestępstw zawarte w art. 607w k.p.k. (tym bardziej gdy zestawia się go ze skrótowym nazewnictwem wzoru „Wniosku o zastosowanie europejskiego nakazu aresztowania”) ma zróżnicowany, czyli niejednorodny, charakter, dopuszczający zróżnicowany charakter ocen kraju wniosku. W niektórych przypadkach (np. zgwałcenie) użytą terminologię można zasadnie odnieść wprost do jednego, konkretnego typu czynu zabronionego według polskiego k.k., o jednoznacznie określonych w polskim prawie znamionach (pamiętajmy, że nie zachodzi tu konieczność przestępczości czynu wedle prawa polskiego, co ma wymiar i materialny, dopuszcza inne ukształtowanie znamion podobnego w swym charakterze zakazu, jak również procesowy – jeżeli nie zostały zrealizowane przesłanki do zaistnienia jurysdykcji sądu polskiego; obie przesłanki trzeba traktować rozłącznie). W innych przypadkach mamy odesłanie do rodzajowo określonej grupy przestępstw polskiego k.k., przy zastosowaniu w dodatku określeń uściślających jedynie kategorie potencjalnych przypadków („przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego” – użyto tu tytułu rozdziału XXV k.k., zawężając stosowalność do czynów przeciw osobom małoletnim).

Mamy też jednak do czynienia – i takie sytuacje przeważają – z określeniami, które niewątpliwie nie odsyłają do konkretnych typów przestępstw pol-

³² *Ibidem.*

skiego k.k., lecz do pewnej uogólnionej kategorii terminologicznej, sięgającej zapewne do warstwy pojęciowej języka umów międzynarodowych. Trzeba uznać, że wykładnia ściśle językowa, bazująca na terminologii polskiego prawa karnego, tym samym zawężająca, jest niezasadna. Przykładem niech będzie termin „łapownictwo i płatna protekcja”, dla których to nazw można znaleźć w k.k., i zapewne nie tylko w nim, różne odpowiedniki (inaczej mówiąc – konkretyzacje). Stąd kategoryzacja typów zachowań wydaje się niezbędna, inaczej zwodniczo uleglibyśmy pozorom konkretności znaczenia terminów użytego języka, a w konsekwencji bezzasadnie ograniczyli zakres stosowalności ENA. Sąd wykonujący nakaz europejski będzie więc miał wielką władzę dyskrecyjną, a zarazem musi się kierować europejskim znaczeniem terminu polskiej ustawy, czyli właśnie standardem europejskim. Czyn musi być zabroniony w kraju występującym z nakazem europejskim, nie musi być jednak zabroniony w Polsce, co jak widać nie oznacza, że jest czynem nieznanym polskiemu prawu karnemu: sąd rozpoznający nakaz musi uznać, że podstawa jego wydania (czyn) należy do kategorii wskazanych w art. 607w k.p.k., a więc musi uznać, że czyn znajduje swój odpowiednik w zakazach znanych prawu polskiemu, nie musi jednak rozstrzygnąć o kwalifikacji takiego czynu, a jedynie o zgodności kwalifikacji sądu występującego kraju unijnego z kategoriami kwalifikacji prawa polskiego, co można zapewne wyrazić maksymą „zakaz znany prawu polskiemu – odmienności w opisie ustawowym prawa polskiego i kraju występującego nie stanowią przeszkody dla uznania nakazu”. Dodatkowym argumentem niech będzie to, że art. 607w k.p.k. nie posługuje się określeniami artykułowymi, lecz nazwowymi, pozwalając tym samym na rozpoznawanie czynów w sposób zgeneralizowany, wedle wskazanych w ustawie przedmiotów ochrony (dóbr chronionych prawem).

Nie można ominąć pytania, czy sąd polski może uwzględnić ENA, którego podstawą wydania było naruszenie zakazu w ogóle nieznanego prawu polskiemu. Tak może być na przykład w przypadku czynów określonych jako „rasizm lub ksenofobia” (art. 607w k.p.k. używa określenia „z powodów narodowościowych, etnicznych rasowych lub wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość”, a więc nawiązujących bezpośrednio do znamion przestępstw prawa polskiego – por. art. 194–196 k.k., a także 256 i 257 k.k., czyż jednak nie może chodzić na przykład także o przestępstwo określone w art. 255 k.k.?). Podobna sytuacja może wystąpić przy przestępstwach godzących w środowisko naturalne czy dobra kultury. Jeżeli sąd ma się kierować jedynie kategoryzacją dóbr, a nie wskazaną w ustawie typologią, to po co wykaz zawarty w art. 607w k.p.k.? Nie można go przecież traktować jako przykładowej kategoryzacji, gdyż używane tam określenia wydają się często ściśle („zabójstwo” czy „zgwałcenie”). W moim przekonaniu, czemu służy przedstawiony wywód, ustawa polska „inkorporuje” do polskiego stanu prawnego,

w zakresie wyznaczonym ENA, zakazy karne innych państw członkowskich Unii Europejskiej i do nich *de facto* odsyła. Nie musi więc zachodzić „podwójna zgodność zakazów”, lecz „ustalenie istnienia zakazu w kraju członkowskim Unii”. Inne odczytanie ustawy prowadziłoby do redukcji stosowalności całej instytucji i zaprzeczałoby jej celom. Nie można jednak nie dostrzec, że zmiana jest rewolucyjna. Konsekwentnie trzeba przecież uznać, że żadna z nazw użytych w art. 607w k.p.k. nie odsyła wprost do konkretnych typów przestępstw prawa polskiego, lecz stanowi tylko określenie prawne różnych możliwych typologii czynów zabronionych ustawodawstw państw członków Unii Europejskiej. Można więc twierdzić, że ENA jest wspólną unijną płaszczyzną ścigania, formułą stosowania prawa różnych państw, oczywiście z ograniczeniami wyrażonymi w art. 607p i 607r k.p.k. Wspólne jest uznanie tego, jakie zachowania zasługują na miano „poważnych” i tym samym zasługujących na ściganie na terenie całej Unii. Opisano je *de facto* za pomocą klasyfikacji zjawisk (zachowań przestępnych) używanej w nomenklaturze umów międzynarodowych. Państwa Unii łączy ściganie: zabójstw, zgwałceń, oszustw, fałszerstw, czynów godzących w środowisko czy dobra kultury. Każde państwo członkowskie jest nadal autonomiczne w budowaniu swojego systemu zakazów i sankcji oraz wartościowaniu rangi takich czynów (skali zagrożenia ustawowego). Każde uznaje jednak prawo innego państwa członkowskiego do bardziej intensywnego karania, na poziomie wyznaczonym przepisami o ENA, każdej z kategorii czynów objętych ENA, a tym samym pozbawia się skutecznego sprzeciwu na zasadzie „wedle nas to czyn błahy”. Nieuchronnie mówimy też sobie sami, co jest w Unii ważne, co zasługuje na współdziałanie w ochronie przy użyciu sankcji karnych; osobiście szczególnie chcę tu wyeksponować rasizm i ksenofobię. Dodam, że nie podnosząc do wymaganego dla wydania ENA poziomu sankcji karnych w prawie polskim, pozbawiamy się możliwości skutecznego ścigania określonych kategorii zachowań poza granicami kraju.

Ramy opracowania nie pozwalają na obszerniejszy wgląd w argumentację uzasadnienia niezwykle ważkiego dla analizowanej materii orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego wydanego w sprawie ENA³³. Orzeczenie to doprowadziło do konieczności zmiany ustawy zasadniczej (a tym samym umożliwienia ponownego wprowadzenia do porządku prawnego zakwestionowanych przepisów k.p.k.). Trybunał podkreślił, że ENA wyróżnia między innymi odejście od fundamentalnej dla procedur ekstradycyjnych zasady podwójnej przestępności czynu, gdyż wystarczy, że czyn uznawany jest za przestępstwo w państwie wydania nakazu, mieści się w „zamkniętym katalogu” 33 typów przestępstw i zagrożony jest karą co najmniej trzech lat

³³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 2005 r., P 1/05, OTK-A, nr 4/2005, poz. 42.

pozbawienia wolności. ENA różni się od ekstradycji nie tylko nazwą, ale także treścią – mówi uzasadnienie³⁴.

Z uzasadnieniem orzeczenia TK nie mogą się zgodzić w jednym punkcie: nie ma „zamkniętego katalogu 33 typów przestępstw” – jest natomiast „zamknięty katalog 33 kategorii rodzajowych przestępstw”, a to nie to samo. Liczba typów przestępstw objętych ENA jest w istocie niepoliczalna, decyduje przecież zsumowana typologia prawa karnego wszystkich krajów członkowskich Unii Europejskiej, widziana jeszcze przez pryzmat dyskrecjonalnej władzy sądu rozpoznającego nakaz europejski, aktualnego prawa państw członków Unii Europejskiej. Trudno uznać, aby chodziło tu o typ przestępstwa *sensu stricto*. Znamiona tych „przestępstw” nie zostały przecież nigdzie sprecyzowane i mogą ewentualnie stanowić przedmiot przyszłej regulacji europejskiej. Warto też zaznaczyć – na co zwraca uwagę H. Maroń – że harmonizacja prawa karnego w Unii koncentruje się w swej perspektywie na aspekcie transgranicznym, a nie wyłącznie wspólnotowym. „Jest to słuszne rozwiązanie, jeśli wziąć pod uwagę rozmiar i charakter przestępczości o charakterze transgranicznym w Europie bez granic wewnętrznych”³⁵.

Zwracając szczególną uwagę na katalog przestępstw upoważniających do wydania ENA, kieruję się przekonaniem, że osią harmonizacji prawa karnego państw członkowskich, czyli kształtowania się europejskich standardów karnia, a w perspektywie – europejskiego prawa karnego, może być katalog

³⁴ Uzasadnienie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w zasadniczej dla tego referatu części dotyczy stopnia związania Rzeczypospolitej Polskiej decyzjami ramowymi UE. Na ten temat por. H. Maroń, *Współpraca policyjna i sądowa w sprawach karnych wg projektu Konstytucji Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 4, s. 100–110; H. Maroń, *Integracja europejska a prawo karne*, Dom Organizatora, Toruń 2003; M. Szwarc, *Decyzje ramowe jako instrument harmonizacji prawa karnego w UE*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 7; por. też: E. Weigend, *op. cit.* Jak podaje H. Maroń (*Współpraca...*, s. 101), dotychczas przyjęto 14 decyzji ramowych, w tym 9 ustanawiających normy minimalne do określania przestępstw i kar oraz 4 mające na celu „harmonizację przepisów proceduralnych”.

³⁵ H. Maroń, *Współpraca...*, s. 107. Terminy „przestępczość transgraniczna” czy „cyberprzestępczość” nie są znane polskiemu kodeksowi karnemu, choć występują w deklaracji ramowej Unii Europejskiej i rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 kwietnia 2004 r., jednak w coraz większym stopniu przenikają do polskiego języka i myślenia prawniczego, wyznaczając nowe, inaczej niż dotychczas delimitowane, obszary zainteresowań prawa karnego. Warto tu zauważyć, że terroryzm, jako termin ustawowy, pojawia się w języku ustawy karnej dopiero z nowelą uchwaloną dnia 16 kwietnia 2004 r. (ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2004 r. Nr 93, poz. 889), obowiązującą od 1 maja 2004 r., a więc od daty wejścia Polski do Unii Europejskiej (art. 115 § 20 k.k.).

przestępstw uznawanych przez państwa członkowskie Unii za wymagające współdziałania w innych formach niż znane były dotychczasowemu (tradycyjnemu) prawu karnemu. Jesteśmy świadkami kształtowania się takiego katalogu. U jego podłoża leży pytanie o to, co szczególnie ważne, szczególnie groźne, szczególnie trudne do wykrycia, swą dynamiką zagrażające społeczeństwu jednoczącej się Europy. Kanon czynów zabronionych leżał zawsze u podstaw prawa karnego. Mamy więc zaczątek katalogu, którego konkretyzacja, czyli opisanie znamion czynów zabronionych realizujących katalog, jest zadaniem ustawodawstw krajowych państw członków Unii Europejskiej.

Wymiary europeizacji prawa karnego, niezależnie od tego, czy będziemy je zwali standardami, regułami unijnymi, harmonizacją, czy europejskim prawem karnym, powinny się stać elementem składowym kształcenia akademickiego, wyznacznikami stosowania i – oczywiście – tworzenia prawa. Specyfika procesów integracyjnych w ramach Unii, adresowanie unijnych aktów prawnych do państw, a nie do obywateli, tworzą nieuchronne bariery wdrażania unijnych standardów do codziennej praktyki wymiaru sprawiedliwości. Taki proces jest jednak nie tylko konieczny, ale także nieuchronny. Deklaracje Europejskiej konwencji praw człowieka czy – w innym wymiarze – poszczególnych dyrektyw ramowych staną się naprawdę prawem europejskim, w tym polskim, gdy będziemy się na nie skutecznie powoływać przed polskimi organami wymiaru sprawiedliwości, a nie dopiero w postępowaniu pozakrajowym, w szczególności przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka czy ewentualnie przed polskim Trybunałem Konstytucyjnym. Moje uwagi i spostrzeżenia zawarte w tym opracowaniu mają na celu rozwijanie i pogłębianie debaty o tym, co powinno kształtować rozwój i przemiany prawa karnego w XXI wieku³⁶.

³⁶ Por. M.J. Lubelski, *Przewodnie idee postępowania z sprawcami czynów zabronionych (kontrowersje prawa karnego u progu XXI wieku)*, [w:] *Polska i społeczeństwo w XXI wieku. Państwo i prawo w XXI wieku – szanse i zagrożenia*, red. B. Stoczewska, KTE, Kraków 2004, s. 175–191. Norma sankcjonująca pozostaje zwykle w tle aktualnie prowadzonej refleksji dogmatycznej – zupełnie niesłusznie. Dotyka tych spraw P. Burzyński, pisząc o „konstytucyjnych i prawnomiędzynarodowych uwarunkowaniach sankcji karnej” (P. Burzyński, *Ustawowe określenie sankcji karnej*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 87–154). Poza obszarem prowadzonych w tym artykule rozważań musiały niestety pozostać inne, niezwykle ciekawe tematy, m.in. europejski wymiar kulturowy – por. na ten temat np. S.P. Huntington, *Zderzenie cywilizacji i nowy kształt ładu światowego*, Muza, Warszawa 2001; K. Modzelewski, *Barbarzyńska Europa*, Iskry, Warszawa 2004; B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Adam Marszałek, Toruń 2009.

Bibliografia

- Adamski A., *Kilka uwag na temat harmonizacji prawa karnego materialnego w Unii Europejskiej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Zakamycze, Kraków 2006.
- Burzyński P., *Ustawowe określenie sankcji karnej*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008.
- Czapliński W., „Państwo i Prawo” 2005, nr 9.
- Czechowski P., *Standardy harmonizacji prawa*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Liber, Warszawa 2003.
- Delmas-Marty M., *The European Union and penal law*, „European Law Journal” 1998, vol. 4, no. 1.
- Droit pénal européen. Colloques européens*, Presse Universitaires, Bruxelles 1970.
- Evans A., Falk P., *Prawo integracji europejskiej*, ABC, Warszawa 1996.
- Gierach E., „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5.
- Górski A., Rusinek M., Szumiło-Kulczycka D., *Nakaz aresztowania i jego implementacja w systemach państw członkowskich UE (Międzynarodowa Konferencja Naukowa, Kraków 10–12 XI 2006)*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 11.
- Górski A., Sakowicz A., *Europejski nakaz aresztowania: między skutecznością ścigania a gwarancyjną funkcją praw człowieka*, „Przegląd Policyjny” 2002, nr 3–4.
- Górski A., Sakowicz A., *Europejski nakaz aresztowania – nowy instrument Unii Europejskiej w walce z przestępczością*, „Edukacja Prawnicza” 2004, nr 4.
- Górski A., Sakowicz A., *Europejski nakaz aresztowania – uwagi de lege ferenda na gruncie nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, [w:] *Problemy znowelizowanej procedury karnej*, red. Z. Sobolewski, G. Artymiak, C.F. Kłak, Zakamycze, Kraków 2004.
- Górski A., Sakowicz A., *Komentarz do decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, [w:] *Dokumenty europejskie. Prawo karne*, t. 6, red. E. Zielińska, Warszawa 2004.
- Górski A., Sakowicz A., *The European Arrest Warrant: a substantial step towards „European prosecution”*, „Studia Prawno-Europejskie” 2004, t. 7.
- Górski A., Sakowicz A., *Zagadnienia prawnokarne integracji europejskiej. Traktatowy chaos czy ład prawny*, [w:] *Wymiar sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, red. M. Perkowski, LexisNexis, Warszawa 2003.
- Hofmański P., „Państwo i Prawo” 2005, nr 9.
- Hofmański P., *Konwencja europejska a prawo karne*, Dom Organizatora, Toruń 1995.
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego*, t. 3, *Komentarz do artykułów 468–682*, red. P. Hofmański, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Huntington S.P., *Zderzenie cywilizacji i nowy kształt ładu światowego*, Muza, Warszawa 2001.

- Izydorczyk J., Wiliński P., *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Zakamycze, Kraków 2004.
- Jasiński F., *Europejski nakaz aresztowania*, „Stosunki Międzynarodowe” 2003, nr 3–4.
- Kenig-Witkowska M.M., *Charakter prawny Unii Europejskiej ze stanowiska prawa międzynarodowego*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Liber, Warszawa 2003.
- Kent P., *European Union law*, Sweet & Maxwell, London 2003.
- Klip A., *The constitution for Europe and criminal law: A step not far enough*, „Maastricht Journal” 2005, no. 2.
- Kruszyński P., „Palestra” 2005, nr 7–8.
- Kruszyński P., *Zasada domniemania niewinności jako część składowa uczciwego procesu w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Liber, Warszawa 2003.
- Krzynówek J., *Tradycje prawne Europy*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Liber, Warszawa 2003.
- Krzysztofiuk G., *Europejski nakaz aresztowania – dalszy ciąg problemów*, „Edukacja Prawnicza” 2006, nr 2.
- Kubicki L., *Prawo karne europejskie (narodziny pojęcia)*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 12.
- Kuczyńska H., *Wspólny obszar postępowania karnego w prawie Unii Europejskiej*, Scholar, Warszawa 2008.
- Kudrycka K., *Kierunki harmonizacji prawa kontraktowego państw członkowskich UE*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 12.
- Lach A., *Europejskie prawo karne. Zarys wykładu*, Dom Organizatora, Toruń 2008.
- Lista konwencji i rezolucji/zaleceń opracowanych przez Europejski Komitet Problemów Przestępczości CDPC (1958–1998)*, [w:] *Standardy prawne Rady Europy*, wybór i tłumaczenie J. Jasiński, Oficyna Naukowa, Warszawa 1998.
- Lubelski M.J., *Europejskie standardy karania – refleksje wokół Europejskiego Nakazu Aresztowania*, [w:] *Polska w Unii Europejskiej*, red. P. Chmielnicki, E. Książek, K. Winiarski, Wyd. Akademii im. Jana Długosza, Częstochowa 2007.
- Lubelski M.J., *Przewodnie idee postępowania z sprawcami czynów zabronionych (kontrowersje prawa karnego u progu XXI wieku)*, [w:] *Polska i społeczeństwo w XXI wieku. Państwo i prawo w XXI wieku – szanse i zagrożenia*, red. B. Stoczevska, KTE, Kraków 2004.
- Łazanowski A., *Proeuropejska wykładnia prawa przez polskie sądy i organy administracji jako mechanizm dostosowania systemu prawnego do *acquis communautaire**, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Liber, Warszawa 2003.
- Marek A., *Problematyka Corpus Iuris*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 3.
- Maroń H., *Integracja europejska a prawo karne*, Dom Organizatora, Toruń 2003.

- Maroń H., *Współpraca policyjna i sądowa w sprawach karnych wg projektu Konstytucji Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 4.
- Mik B., *Nowela antykorupcyjna z dnia 13 czerwca 2003 r.*, Zakamycze, Kraków 2003.
- Modzelewski K., *Barbarzyńska Europa*, Iskry, Warszawa 2004.
- Nita B., *Europejski nakaz aresztowania – europeizacja prawa karnego a standardy konstytucyjne państw członkowskich UE*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 5.
- Nowak C., *Zakres odpowiedzialności za czyny korupcyjne w prawie polskim a zobowiązania międzynarodowe*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 9.
- Nowicki M.A., *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999–2004*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Ostrihansky R., *Sąd polski a kompetencje Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich do wydawania orzeczeń wstępnych*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Liber, Warszawa 2003.
- Paprzycki L.K., *Corpus Iuris – projekt europejskiego prawa karnego. Zarys problematyki*, „Palestra” 2000, nr 4.
- Paprzycki L.K., *Przyszłość europejskiego prawa karnego*, „Palestra” 2007, nr 9–10.
- Piontek E., *Europejski nakaz aresztowania*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 4.
- Płachta M., *Europejski nakaz aresztowania (wydania): kłopotliwa „rewolucja” w ekstradycji*, „Studia Europejskie” 2002, nr 3.
- Płachta M., *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Zakamycze, Kraków 2004.
- Płachta M., Wieruszewski R., „Państwo i Prawo” 2005, nr 9.
- Pradel J., Corstens G., *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris 1999.
- Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Liber, Warszawa 2003.
- Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie*, t. 6, *Dokumenty karne*, cz. 2, red. E. Zielińska, Oficyna Naukowa, Warszawa 2005.
- Redelbach A., *Natura praw człowieka. Strasburskie standardy ich ochrony*, Dom Organizatora, Toruń 2001.
- Safański T., *Europejski nakaz aresztowania*, „Gazeta Policyjna” 2004, nr 47.
- Sakowicz A., *Europejski nakaz aresztowania i jego implementacja do prawa krajowego*, [w:] *Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej. Współpraca sądowa i policyjna w sprawach karnych*, red. A. Górski, A. Sakowicz, LexisNexis, Warszawa 2006.
- Serzysko A., *Europejski nakaz aresztowania (ENA)*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 7–8.
- Skibińska E., *Wprowadzenie*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.
- Spencer J.R., *Why is the harmonisation of penal law necessary?*, [w:] *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, eds. A. Klip, H. van der Wilt, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, Amsterdam 2002.
- Standardy prawne Rady Europy*, wybór i tłumaczenie J. Jasiński, Oficyna Naukowa, Warszawa 1998.
- Steinborn S., *Głosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 2005 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5.

- Szwarc M., *Decyzje ramowe jako instrument harmonizacji prawa karnego w UE*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 7.
- Than C. de, Shorts E., *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet & Maxwell, London 2003.
- Weigend E., *Europeizacja prawa karnego w świetle Konstytucji Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 6.
- Wojciechowski B., *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Adam Marszałek, Toruń 2009.
- Wyrembak J., *Zasada nullum crimen sine lege w prawie polskim i europejskim*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Liber, Warszawa 2003.
- Zielińska E., *Harmonizacja sankcji karnych w Unii Europejskiej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Zakamycze, Kraków 2006.

Akty prawne

- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.
- Protokół nr 6 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dotyczący zniesienia kary śmierci, sporządzony w Strasburgu dnia 28 kwietnia 1983 r., Dz.U. z 2001 r. Nr 23, poz. 266.
- Protokół nr 11 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dotyczący przekształcenia mechanizmu kontrolnego ustanowionego przez Konwencję, sporządzony w Strasburgu dnia 11 maja 1994 r., Dz.U. z 1998 r. Nr 147, poz. 962.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 kwietnia 2004 r. w sprawie wzoru europejskiego nakazu aresztowania, Dz.U. z 2004 r. Nr 73, poz. 664.
- Ustawa z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 2004 r. Nr 69, poz. 626.
- Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2004 r. Nr 93, poz. 889.
- Ustawa z dnia 27 października 2006 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 2006 r. Nr 226, poz. 1647.

Summary

Towards European Criminal Law

The author depicts the process of formation of the concept of European criminal law in the legal doctrine, which is a new, unfinished tendency, burdened with numerous doubts about the shape, sources and legitimacy of making it autonomous and independent. The phenomena which lie at the root of delimitation of this new and independent field of legal regulations include unification of norms of the criminal law of member states of the European Union resulting from the flow of ideas and other forms of cultural integration on a Community basis, implementation of different types of treaty norms and directives of the EU authorities into domestic criminal law, legal forms of cooperation between investigation authorities and the justice system of member states of the European Union on prosecuting offences and executing decisions in criminal cases. In such context, the institution of the European Arrest Warrant becomes especially important. The study contains in-depth deliberations on development of a catalogue of 'European offences', the commission of which results in issuing an arrest warrant effective in legal transactions in member states of the European Union.



Karalność kazirodztwa jako naruszenie wolności seksualnej

Człowiek ma prawo do wolności. Wolność na terytorium Polski jest zagwarantowana każdemu człowiekowi nie tylko przez ustawę zasadniczą, ale także przez międzynarodowe akty prawne. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w rozdziale II, zatytułowanym „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”, stanowi w art. 47 – zawartym w podrozdziale poświęconym wolnościom i prawom osobistym – że „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”¹. Ochronę życia prywatnego gwarantuje Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych², który w art. 17 ust. 1 stwierdza, że: „Nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię”. Podobny zakres ochrony prywatności przewiduje Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³,

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

² Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych został uchwalony w grudniu 1966 r. w Nowym Jorku przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych. Rzeczpospolita Polska ratyfikowała go w 1977 r. (Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, zwana także Europejską konwencją praw człowieka, została podpisana przez państwa członkowskie Rady Europy w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. Przez Polskę została

stanowiąc w art. 8 ust. 1: „Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji”.

Należy zaznaczyć, że wymienione akty nie są źródłem wolności przysługującej każdemu człowiekowi. Przepisy tych aktów mają charakter jedynie deklaracyjny. Prawo człowieka do wolności wywodzi się z jego godności, z samej istoty człowieczeństwa. Tak też stwierdzono w art. 30 polskiej Konstytucji („Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”). Norma ta podkreśla znaczenie wolności oraz rangę przepisów ją gwarantujących wśród innych uregulowań prawnych. Uprawnione wydaje się stwierdzenie, że wolność człowieka jest przejawem jego godności, natomiast jako przejaw godności człowieka nie mogą być traktowane ograniczenia jego wolności. Wolność jest atrybutem każdej jednostki ludzkiej. Jest dobrem prawnym, którego ochrona stanowi obowiązek władz publicznych.

Tymczasem można postawić tezę, że niekiedy władze publiczne wprowadzają regulacje prawne naruszające wolność człowieka i naruszenie to nie jest usprawiedliwione. Przykładem takiej regulacji prawnej może być art. 201 kodeksu karnego⁴. W przepisie tym stypizowano zachowanie polegające na dopuszczeniu się obcowania płciowego w stosunku do wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry⁵. Zachowanie noszące znamiona tego typu czynu zabronionego jest występkiem zagrożonym karą pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat. Stanowi ono przestępstwo nazywane powszechnie kazirodztwem⁶.

ratyfikowana w 1993 r. (Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

⁵ Art. 201 k.k.: „Kto dopuszcza się obcowania płciowego w stosunku do wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

⁶ Słowo „kazirodztwo” jest odpowiednikiem łacińskiego *incestus* (zob. J. Warylewski, *Zakaz kazirodztwa w kodeksie karnym oraz w ujęciu porównawczym*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 5, s. 66). Na określenie tego typu czynu zabronionego w Austrii stosuje się termin *Blutschande*, co w dosłownym tłumaczeniu oznacza „hańbę krwi”; w Niemczech powszechnie używa się określenia *Beischlaf zwischen Verwandten*, to znaczy „spółkowanie między krewnymi”. Niemiecki kodeks karny nie przewiduje karalności spółkowania pomiędzy osobami pozostającymi w stosunku przysposobienia (zob. np. K. Kühl, [w:] K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24. Aufl., München 2001, s. 650; T. Lenckner, [w:] A. Schönke,

Na wstępie rozważań trzeba zaznaczyć, że Konstytucja, gwarantując ochronę wolności, dopuszcza pewne jej ograniczenia. Według art. 31 Konstytucji „Wolność człowieka podlega ochronie prawnej” i „Każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych”. W tym samym artykule zapisano jednak również, że: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Zgodnie z polskim porządkiem prawnym dopuszczalne są więc pewne ograniczenia wolności, ale i one podlegają ograniczeniom. Możliwość ingerencji władzy publicznej w życie prywatne człowieka przewiduje też Europejska konwencja o ochronie praw człowieka⁷.

Zanim nastąpi próba odpowiedzi na pytanie o to, czy karalność kazirodztwa jest usprawiedliwionym naruszeniem wolności, konieczne jest rozważenie, z jaką wolnością mamy w tym przypadku do czynienia, czy taka wolność jest również chroniona, i czy powołanie jakiej przesłanki mogłoby wedle ustawodawcy uzasadniać ograniczenie tej wolności.

Przestępstwo kazirodztwa zostało spenalizowane w rozdziale XXV k.k. zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”. Ustawodawca uznał więc, że kazirodztwo narusza jedno ze znajdujących się w intytulacji dóbr prawnych. W doktrynie dominuje obecnie pogląd, że przedmiotem ochrony przestępstwa kazirodztwa jest obyczajność⁸. Dawniej wskazywano również na inne źródła normy sankcjonowanej zawartej w przepisie kryminalizującym obcowanie płciowe pomiędzy najbliższymi krewnymi. Przyjmowano, że zakaz kazirodztwa wywodzi się z głęboko zakorzenio-

H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26. Aufl., München 2001, s. 1408). Ciekawostką, a zarazem różnicą w stosunku do polskiego prawa jest to, że § 173 niemieckiego kodeksu karnego, przewidujący karalność stosunków kazirodczych, nie obejmuje stosunku analnego (zob. np. T. Lenckner, *op. cit.*, s. 1407–1408; H. Otto, *Grundkurs. Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7. Aufl., De Gruyter, Berlin 2005, s. 363–364). Na temat kazirodztwa zob. również rozważania autorki w: *W kwestii penalizacji kazirodztwa*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 4, s. 65–72).

⁷ Art. 8 ust. 2 Europejskiej konwencji praw człowieka: „Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na [...] ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób”.

⁸ Zob. np. M. Mozgawa, [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, Zakamycze, Kraków 2006, s. 388; W. Filipkowski *et al.*, *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Bojarski, M. Filar, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 834.

nej w tradycji kulturowej wielu społeczeństw moralności, której rozumienie w tym zakresie jest wspólne większości ludów pomimo odmiennych wierzeń i zwyczajów. Od najdawniejszych czasów w stosunkach seksualnych między osobami blisko ze sobą związanymi przez wspólnych przodków widziano przełamanie pewnego tabu⁹. Przez pewien czas, począwszy od drugiej połowy XIX wieku, zakaz takich stosunków seksualnych próbowano uzasadniać względami eugenicznymi¹⁰. Współcześnie odrzuca się ten argument, gdyż badania genetyczne nie potwierdziły szkodliwości takich stosunków dla ewentualnego potomstwa¹¹. Przepis art. 201 k.k. ma więc na celu ochronę obyczajności. Nietrudno jednak zauważyć, że przepis ten jednocześnie narusza pierwsze z wymienionych w tytule rozdziału XXV dóbr prawnych, to jest wolność seksualną.

Bez wątpienia wymienione na wstępie przepisy Konstytucji i aktów międzynarodowych obejmują swym zakresem wolność seksualną, która jest jednym z aspektów szeroko pojmowanej wolności. Aktywność w sferze seksualnej należy do życia prywatnego człowieka, a swobodny wybór partnera mieści się w „decydowaniu o swoim życiu osobistym”, co zagwarantowane jest w art. 47 Konstytucji.

Aby uniknąć ewentualnych nieporozumień, trzeba zaznaczyć, że przedmiotem niniejszych rozważań jest karalność dobrowolnych stosunków kazirodzych. Do znamion przestępstwa kazirodztwa nie należą ani przemoc, ani groźba bezprawna, ani też podstęp. W świetle regulacji k.k. karze z art. 201 podlegają wymienione w tym przepisie osoby dopuszczające się obcowania płciowego dobrowolnie i świadomie.

Ustawodawca skorzystał z przewidzianej w art. 31 ustawy zasadniczej możliwości ograniczenia zakresu korzystania z konstytucyjnie zagwarantowanej wolności seksualnej. Ograniczenie wprowadzone w kodeksie karnym spełnia wymóg ustanowienia ograniczenia „tylko w ustawie”. Ze względu na jaką przesłankę wprowadzono ograniczenie? Z pewnością nie z uwagi na „wolności i prawa innych osób”, gdyż stosunki kazirodcze takowych nie naruszają. Wydaje się, że spenalizowano kazirodztwo, przyjmując, że jest to konieczne dla ochrony „moralności publicznej”. Zarówno pojęcie moralności, jak i pojęcie

⁹ L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 9, C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 252; J. Warylewski, *op. cit.*, s. 67; M. Rodzyńkiewicz, [w:] G. Bogdan *et al.*, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277*, t. 2, red. A. Zoll, Zakamycze, Kraków 1999, s. 562–563. Por. M. Filar, *W sprawie reformy przepisów dotyczących tzw. przestępstw seksualnych*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 7, s. 80.

¹⁰ Szerzej na temat względów eugenicznych zob. J. Baranowski, *Ratio legis prawnokarnego zakazu kazirodztwa*, „Przegląd Prawa Karnego” 1990, nr 3, s. 62–66.

¹¹ L. Gardocki, *op. cit.*, s. 252; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa–Kraków 2007, s. 392.

obyczajności nie mają legalnej definicji. Bywają ze sobą utożsamiane. Biorąc pod uwagę brzmienie analizowanych przepisów, można stwierdzić, że ustawodawca ograniczył wolność seksualną ze względu na moralność publiczną, z którą koresponduje obyczajność będąca przedmiotem zamachu w przypadku kazirodczego obcowania płciowego.

Jest oczywiste, że kryminalizacja kazirodztwa stanowi naruszenie wolności seksualnej. Pozostaje natomiast kwestią ocenną, czy takie naruszenie wolności będącej prawem człowieka jest usprawiedliwione. Rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga rozważenia wzajemnej relacji dwóch dóbr: wolności seksualnej i obyczajności. Oba te dobra są chronione prawem. Od ich wyważenia zależy odpowiedź na pytanie o to, czy uprawniona jest taka ingerencja ustawodawcy w prawa człowieka, jakiej dopuszczono się przez art. 201 k.k. Nie wolno naruszać wolności seksualnej człowieka urzeczywistnianej bez naruszania wolności seksualnej drugiego człowieka. Dobrowolne i świadome obcowanie płciowe dwóch osób nie narusza żadnego aspektu wolności innych ludzi. Może ono być ewentualnie uznawane za zachowanie wykraczające przeciwko moralności osób trzecich – tworzącej moralność publiczną czy też obyczajność – jeżeli osoby te stanowią większość społeczeństwa. Trzeba jednak zauważyć, że wśród członków polskiego społeczeństwa istnieją znaczne różnice światopoglądowe, także w sferze zachowań seksualnych. Jedni uznaliby dobrowolne obcowanie płciowe dojrzałego brata z dojrzałą siostrą za wysoce nieobyczajne, drugich bardziej bulwersują kontakty homoseksualne. Obyczajność jest dobrem prawnym abstrakcyjnym i różnie pojmowanym. Można natomiast zaryzykować stwierdzenie, że każdy człowiek ceni sobie swoją własną wolność seksualną. Wolność seksualna jest bliższa człowiekowi od obyczajności, nawet od tej będącej zespołem norm, z którymi dany człowiek się identyfikuje. Uzasadniona wydaje się konkluzja, że wolność seksualna jako dobro prawne bardziej zindywidualizowane i spersonifikowane ma pierwszeństwo przed abstrakcyjną obyczajnością¹². Powyższa analiza potwierdza wysuniętą na wstępie tezę, że karalność kazirodztwa stanowi przejaw nieusprawiedliwionego naruszenia wolności człowieka przez władzę publiczną¹³.

¹² Por. M. Filar, *op. cit.*, s. 80: „Moralność czy obyczajowość płciowa, rozumiane jako ogólnospołeczne, niepodzielne i abstrakcyjne dobro prawne, ustąpić więc musi miejsca bardziej zindywidualizowanemu i spersonifikowanemu dobru, jakim jest integralność i wolność jednostki, tj. wolności od wszelkich form wymuszeń w sferze życia płciowego”.

¹³ Odmienne A. Zoll, *Ochrona prywatności w prawie karnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, R. 4, z. 1, s. 225: „Uważam, że można stwierdzić, iż w polskim porządku prawnym brak jest przykładu nieuzasadnionej ingerencji ustawodawcy karnego w sferę życia prywatnego jednostki”.

Ponadto należy podkreślić, że prawo karne jest *ultima ratio*. Jego ingerencja w relacje międzyludzkie powinna być ostatecznością. Nawet gdyby przyjąć, że obyczajność jest dobrem prawnym wyższej rangi niż wolność seksualna, to sięganie po instrumenty karnoprawne w celu osiągnięcia pożądanego stanu rzeczy – w tym przypadku wyeliminowania stosunków kazirodczych jako zdarzającego się zjawiska społecznego – powinno następować dopiero wtedy, gdy nie jest możliwe zastosowanie innych środków i gdy można przypuszczać, że zagrożenie karą przyniesie spodziewany rezultat. Tymczasem można mieć duże wątpliwości co do skuteczności karnoprawnego narzędzia w zwalczaniu niechcianych przez państwo stosunków seksualnych.

Należy przy tym zaakcentować, że autorka odnosi się zdecydowanie krytycznie do stosunków kazirodczych i uważa obcowanie płciowe pomiędzy blisko spokrewnionymi osobami za niemoralne. Negatywna ocena pewnych zachowań nie jest jednak jednoznaczna z przekonaniem o słuszności karalności takich zachowań. W literaturze przedmiotu często wyrażany jest pogląd, że kazirodztwo godzi w prawidłowe funkcjonowanie rodziny¹⁴. Tymczasem należy zauważyć, że stosunki kazirodcze są raczej następstwem nieprawidłowego funkcjonowania rodziny niż przyczyną jej dysfunkcji. Osoby wymienione w art. 201 k.k. i dopuszczające się obcowania płciowego w swoim kręgu potrzebują pomocy psychologa lub seksuologa. Fachowa porada, a nie skazanie za przestępstwo, będące wyrazem potępienia społecznego, może przywrócić właściwe funkcjonowanie komórki społecznej, jaką jest rodzina.

Konkluzje z powyższych rozważań kwestionują zasadność bytu przestępstwa stypizowanego w art. 201 k.k. Przed ewentualnym wyciągnięciem dalej idącego wniosku celowe jest przedstawienie sytuacji, w których norma zawarta w art. 201 k.k. znajduje zastosowanie. Analizowany przepis ma samodzielne znaczenie wtedy, gdy dochodzi do dobrowolnego obcowania płciowego osób należących do wymienionych w nim kategorii i gdy osoby te osiągnęły odpowiedni wiek. Art. 201 k.k. jako samodzielna podstawa kwalifikacji prawnej zachowania pojawiłby się, gdyby obie osoby miały co najmniej 17 lat albo jedna z nich miała 17 lat, a druga ukończyłaby 15 lat. Zgodnie z art. 10 § 1 k.k. osoba, która popełnia czyn zabroniony po ukończeniu 17 lat, odpowiada według zasad k.k. Przestępstwo kazirodztwa nie należy do wyjątków określonych w art. 10 § 2 k.k. Nieletni, który po ukończeniu 15 lat, a przed ukończeniem 17 lat dopuszcza się kazirodczego obcowania płciowego, a nawet wychodzi z jego inicjatywą, nie podlega odpowiedzialności karnej.

Gdyby jedna z osób uczestniczących w stosunku kazirodczym była małoletnim poniżej lat 15, to zachowanie sprawcy mającego co najmniej 17 lat podlegałoby kwalifikacji prawnej z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 201 k.k. w zw.

¹⁴ J. Baranowski, *op. cit.*, s. 67; A. Zoll, *op. cit.*, s. 225.

z art. 11 § 2 k.k. (sprawca realizowałby swym jednym czynem znamiona dwóch przepisów, to jest przepisu określającego przestępstwo seksualnego wykorzystania małoletniego i przepisu określającego przestępstwo kazirodztwa). Ustawodawca przyjął założenie, że osoba piętnastoletnia jest zdolna rozpoznać znaczenie swego czynu oraz jest zdolna do autodeterminacji w sferze zachowań seksualnych i przyzwolenia seksualnego, dlatego też w art. 200 k.k. ochroną objęto małoletnich poniżej 15 lat¹⁵. Gdyby natomiast w powyższej sytuacji sprawca doprowadził do obcowania płciowego przemocą, to doszłoby równocześnie do zgwałcenia, co znalazłoby odzwierciedlenie w kwalifikacji prawnej. Według stanu prawnego obowiązującego do niedawna¹⁶, a począwszy od dnia wejścia w życie kodeksu karnego z 1997 r.¹⁷, sprawca dopuszczał się przestępstwa o następującej kwalifikacji prawnej: art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 201 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Zarówno w przypadku kazirodczego seksualnego wykorzystania małoletniego, jak i w przypadku kazirodczego seksualnego wykorzystania małoletniego noszącego znamiona zgwałcenia podstawą wymierzenia kary nie byłby art. 201 k.k. Zgodnie z regułą określoną w art. 11 § 3 k.k. w przypadku właściwego zbiegu przepisów ustawy sąd wymierza karę na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą. Takim przepisem nie jest art. 201 k.k. penalizujący kazirodztwo. Wynika z tego, że art. 201 k.k. nie jest niezbędny do wymierzenia przestępcy adekwatnej kary.

Przepis ten nie jest niezbędny w analizowanych stanach faktycznych również w świetle regulacji prawnej obowiązującej od 8 czerwca 2010 r. Art. 197 k.k., określający przestępstwo zgwałcenia, został znowelizowany ustawą z dnia 5 listopada 2009 r.¹⁸ Zostały utworzone dodatkowe typy kwalifikowane przestępstwa zgwałcenia, a mianowicie zgwałcenie małoletniego poniżej lat 15

¹⁵ Zdaniem M. Filara ustawodawca przyjął domniemanie, że ze względu na stopień swego rozwoju osoba w wieku poniżej 15 lat nie jest w stanie podjąć mającej walor społeczny i prawny decyzji przyzwalającej na podjęcie z nią określonych czynności seksualnych oraz nie jest w stanie rozpoznać należycie wszelkich ich realiów i implikacji. Dlatego też, zdaniem Filara, osoba podejmująca z nią takie czynności narusza jej wolność seksualną nie dlatego, że narusza jej wolę, ale dlatego, że ofiara nie jest w stanie wyrazić prawnie relewantnej decyzji woli (W. Filipkowski *et al.*, *op. cit.*, s. 830).

¹⁶ To jest do 7 czerwca 2010 r. włącznie.

¹⁷ To jest od 1 września 1998 r.

¹⁸ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1589.

(art. 197 § 3 pkt 2 k.k.) oraz zgwałcenie kazirodcze (art. 197 § 3 pkt 3 k.k.)¹⁹. Obecnie zachowanie dorosłego sprawcy, który doprowadził podstępem do obcowania płciowego swoją czternastoletnią siostrę, byłoby kwalifikowane z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. w zw. z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Zachowanie sprawcy wypełnia jednocześnie znamiona czynu określonego w art. 200 § 1 k.k. oraz znamiona czynu określonego w art. 201 k.k. Należy jednak przyjąć, że zachodzi w tym przypadku niewłaściwy zbieg przepisów ustawy, który można wyeliminować przy zastosowaniu konsumpcji jako reguły wyłączenia wielości ocen²⁰. Przedmiotowa nowelizacja kodeksu karnego oznacza *de facto* ograniczenie zakresu zastosowania art. 201 k.k., ale jednocześnie podkreśla celowość uwidocznienia w kwalifikacji prawnej, że doszło do stosunku kazirodczego. Tym samym wydaje się, że ustawodawca kreując zgwałcenie kazirodcze jako zbrodnię, pragnął zaakcentować potrzebę surowego karania kontaktów seksualnych między najbliższymi krewnymi.

Powyższa analiza potwierdza postawioną wyżej tezę, że art. 201 k.k. ma samoistne znaczenie tylko wtedy, gdy dochodzi do dobrowolnego obcowania płciowego osób w nim wymienionych, a uznawanych z racji wieku za zdolne do podejmowania decyzji w sferze swego życia seksualnego. Kryminalizacja takich stosunków seksualnych, jak wykazały wyżej przeprowadzone rozważania, stanowi natomiast naruszenie dobra prawnego w postaci wolności seksualnej, którego ustawowe ograniczenie – i to przez zagrożenie karą kryminalną – nie znajduje usprawiedliwienia. W świetle przeprowadzonych rozważań i wyciągniętych z nich konkluzji wyłania się konieczność wysunięcia postulatu *de lege ferenda*. Zasadna byłaby całkowita depenalizacja stypizowanego w art. 201 k.k. przestępstwa zwanego kazirodztwem.

Bibliografia

- Banasik K., *W kwestii penalizacji kazirodztwa*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 4, s. 65–72
- Baranowski J., *Ratio legis prawnokarnego zakazu kazirodztwa*, „Przegląd Prawa Karnego” 1990, nr 3.

¹⁹ Art. 197 § 3 k.k. otrzymał następujące brzmienie: „Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia: 1) wspólnie z inną osobą, 2) wobec małoletniego poniżej lat 15, 3) wobec wstępnego, zstępного, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawieni wolności na czas nie krótszy od lat 3”.

²⁰ Na temat reguły wyłączenia wielości ocen zob. A. Zoll, [w:] G. Bogdan *et al.*, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, wyd. 2, Zakamycze, Kraków 2004, s. 186 i n.

- Filar M., *W sprawie reformy przepisów dotyczących tzw. przestępstw seksualnych*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 7.
- Filipkowski W. et al., *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Bojarski, M. Filar, Lexis Nexis, Warszawa 2008.
- Gardocki L., *Prawo karne*, wyd. 9, C.H. Beck, Warszawa 2003.
- Kühl K., [w:] K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24. Aufl., München 2001.
- Lenckner T., [w:] A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26. Aufl., München 2001.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa–Kraków 2007.
- Mozgawa M., [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, Zakamycze, Kraków 2006.
- Otto H., *Grundkurs. Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7. Aufl., De Gruyter, Berlin 2005.
- Rodzinkiewicz M., [w:] G. Bogdan et al., *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277*, t. 2, red. A. Zoll, Zakamycze, Kraków 1999.
- Warylewski J., *Zakaz kazirodztwa w kodeksie karnym oraz w ujęciu porównawczym*, „Przeгляд Sądowy” 2001, nr 5.
- Zoll A., [w:] G. Bogdan et al., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, wyd. 2, Zakamycze, Kraków 2004.
- Zoll A., *Ochrona prywatności w prawie karnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, R. 4, z. 1.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284
- Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.
- Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1589.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

Summary

Penalty of Incest as Violation of Sexual Freedom

The paper is focusing on the issues of incest and sexual freedom. Incest is understood as maintaining a sexual relationship among relatives in the direct line, siblings and persons related by adoption. The clause regarding incest has an autonomous significance only in the case of free sexual intercourses of persons over the age of 15. It is obvious, that a human being has the right to freedom, to sexual freedom as well. The freedom is guaranteed by the Constitution and international acts. The author presents a thesis, that the penalty of incest violates the sexual freedom and this violation is not justified. The relation of two legal terms, morality and sexual freedom, is presented, too. As a result the author makes a demand *de lege ferenda*: the full depenalization of incest.

Stosowanie kar cielesnych wobec dzieci a prawa człowieka

W Polsce problem zniesienia kar cielesnych wobec dzieci jako naruszających ich prawa, a więc prawa człowieka, do dzisiaj nie został rozwiązany na drodze ustawodawstwa krajowego. Stan taki utrzymuje się pomimo tego, że potrzeba szczególnej troski o przestrzeganie praw dzieci została już dawno dostrzeżona.

Historia praw dziecka jako praw człowieka jest ściśle związana z powstałymi pod koniec XIX wieku towarzystwami międzynarodowymi, które za zadanie miały głównie ochronę dzieci przed wyzyskiem i nędzą¹. Do zadań tych stowarzyszeń należała także działalność na rzecz łagodzenia surowości prawa karnego, stosowanego wówczas również wobec dzieci. Potrzeba ochrony praw dzieci została bardzo wcześnie dostrzeżona w prawie międzynarodowym. Dowodem tego jest fakt, że pierwszym aktem międzynarodowym, który chronił prawa człowieka, była ogłoszona w 1920 r. w Genewie przez Międzynarodowy Związek Pomocy Dzieciom pierwsza Deklaracja praw dziecka, zwana Deklaracją genewską. Została ona przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Ligi Narodów w 1924 r., a następnie uzupełniona w 1948 r. przez Międzynarodowy Związek Pomocy Dzieciom i nazwana Kartą praw dziecka.

Kolejnym aktem, który chronił prawa dzieci jako prawa człowieka, była uchwalona 10 grudnia 1948 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych Powszechna deklaracja praw człowieka, która stanowi, że macierzyństwo i dzieciństwo powinny być otoczone specjalną troską i pomocą ze strony państwa. Zawiera także postanowienia, zgodne z którymi wszystkie

¹ B. Kowalska-Ehrlich, *Ochrona dziecka w świetle Konwencji Praw Dziecka i w prawie polskim*, [w:] *Prawa i wolności człowieka*, red. A. Rzepliński, CODN, Warszawa 1993.

dzieci, bez względu na ich pochodzenie, mają prawo do korzystania z takiej samej ochrony socjalnej. W 1959 r. Organizacja Narodów Zjednoczonych przyjęła Deklarację praw dziecka, która uwzględniała zarówno postanowienia Powszechnej deklaracji praw człowieka, jak i Deklaracji genewskiej, a w treści swojej rozszerzyła zakres ochrony na dzieci ułomne, chore umysłowo, nieprzystosowane społecznie i sieroty oraz zrównała w prawach dzieci pozamażeńskie.

Jak wspominałem, prawo polskie nie gwarantuje dzieciom wystarczającej ochrony ich praw, pomimo że Polska nie tylko jako jedno z pierwszych państw przystąpiła do Konwencji o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r., ale nawet była jej inicjatorem². W konwencji tej zawarte zostały wszystkie prawa dziecka. Szczególną uwagę należy poświęcić prawu zapisanemu w art. 19 Konwencji, który nakłada na państwa będące stronami Konwencji obowiązek podejmowania wszystkich możliwych kroków w dziedzinie ustawodawczej, administracyjnej, społecznej oraz wychowawczej dla ochrony dziecka przed wszelkimi formami przemocy fizycznej bądź psychicznej, krzywdy lub nadużyć, zaniedbania bądź niedbałego traktowania lub wyzysku, a w tym wykorzystywania w celach seksualnych dzieci pozostających pod opieką rodziców, opiekunów lub innej osoby sprawującej nad nimi opiekę.

Kara to wszelkie odczuwane przez jednostkę przykre konsekwencje jej zachowania. Celem jej zastosowania jest wpłynięcie hamująco na zachowanie, którego wystąpienie było powodem jej nałożenia. Kara pedagogiczna, jako jeden ze świadomie stosowanych zabiegów wychowawczych, zmierza do powstrzymania jednostki od zachowań społecznie niepożądanych oraz do wytworzenia wewnętrznych mechanizmów zapobiegających ich występowaniu. Warunkami skuteczności kary są między innymi jej dostosowanie do indywidualnych cech wychowanka, akceptacja osoby karzącego oraz norm, w imię których zostaje wymierzona. Nadmierny rygoryzm, stosowanie kar zbyt surowych, niezrozumiałych, wywołujących poczucie krzywdy, powodujących niezaspokojenie podstawowych potrzeb psychologicznych wychowanka mogą prowadzić do deformacji jego osobowości³. Kara cielesna jest odmianą kary polegającą na zastosowaniu wobec dziecka przemocy fizycznej. Została także zdefiniowana jako jakiekolwiek działanie podjęte w celu ukarania dziecka, które gdyby było skierowane przeciwko dorosłemu, stanowiłoby bezprawną napaść⁴.

² Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

³ *Nowa encyklopedia powszechna PWN*, t. 3, red. M. Broda, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa, s. 270.

⁴ *Abolishing corporal punishment of children. Questions and answers*, ISBN 978-92-871-6310-3.

W Polsce temat stosowania przemocy fizycznej wobec dzieci w postaci kar cielesnych jest tematem trudnym, a jego analiza nasuwa wiele wątpliwości.

Szereg aktów prawnych, z których najważniejszym jest Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., zakazuje stosowania wszelkiego rodzaju kar cielesnych⁵. Art. 40 Konstytucji stanowi, że nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych. Także art. 30, nakładający na władze publiczne obowiązek ochrony i poszanowania nienaruszalnej, przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, pośrednio zakazuje stosowania kar cielesnych. Godność ta stanowi źródło wolności oraz praw człowieka i obywatela, a bicie jest jej naruszeniem. Przepis ten otacza ochroną godność każdego człowieka, a więc także dzieci. Także przepis zakazujący stosowania jakichkolwiek kar cielesnych dotyczy wszystkich ludzi, i to bez względu na takie cechy, jak: wiek, religia, przekonania polityczne, płeć, wykształcenie itd. Kolejnym przepisem rangi konstytucyjnej wprowadzającym pośrednio ochronę dzieci przed karami cielesnymi jest przepis art. 72, który każdemu człowiekowi daje prawo do żądania od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą. Wydaje się, że wymienione przepisy w połączeniu z art. 217 kodeksu karnego⁶, nawet w zestawieniu z treścią art. 48 Konstytucji, dającego rodzicom prawo do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem, powinny zapewniać dzieciom wystarczającą ochronę przed stosowaniem wobec nich przemocy fizycznej, jaką bez wątpienia są kary cielesne. Praktyka ich stosowania pokazała jednak, że ochrona, jaką gwarantują, jest niewystarczająca. Wynika to z wykształcenia się w toku ich wykładni stanowiska, że art. 40 Konstytucji nie dotyczy sytuacji karcenia dzieci, a tylko i wyłącznie kar wymierzanych i wykonywanych w imieniu państwa, takich jak kara chłosty⁷.

Nie sposób się zgodzić z taką interpretacją, ponieważ jak już wspomniałem, przepis ten ochroną swoją obejmuje wszystkich ludzi, w każdej sytuacji. Może o tym świadczyć także jego umiejscowienie w rozdziale traktującym o prawach i wolnościach osobistych, dlatego też należy się opowiedzieć za prezentowanym w literaturze prawniczej stanowiskiem, że przepis ten wprowadza między innymi ochronę praw dziecka⁸.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

⁷ L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 11, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 128.

⁸ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2002, komentarz do art. 40 Konstytucji.

W polskim prawie karnym wykształcił się jednak kontratyp pozaustawowy karcenia małoletnich⁹. Jest to okoliczność, która wyłącza odpowiedzialność karną. W związku z tym, nawet jeżeli czyn wypełnia znamiona z art. 217 k.k., czyli naruszenia nietykalności cielesnej, to sprawca tego naruszenia nie popełnia przestępstwa, o ile czyn jego mieści się w ramach tzw. karcenia małoletnich. Początkowo kontratyp ten uzasadniano tym, że karcenie jest czynnością społecznie pożyteczną, a zastosowanie kary cielesnej wobec dziecka jest „dla jego dobra”, że jest czynnością niezbędną dla jego dobrego wychowania. Obecnie poglądy takie są w mniejszości, jednak ze względu na głęboko zakorzenione w społeczeństwie przekonanie o bezkarności fizycznego karania dzieci przez ich rodziców kontratyp ten nadal funkcjonuje, ale wyłącznie na zasadzie akceptowania pewnego faktu społecznego przez prawo karne. Na marginesie należy dodać, że to właśnie funkcjonowanie tego kontrotypu miało także wpływ na dodanie przez Polskę do ratyfikowanej Konwencji o prawach dziecka zastrzeżenia, zgodnie z którym Polska uważa, że wykonania praw dziecka określonych w Konwencji dokonuje się z poszanowaniem władzy rodzicielskiej, zgodnie z polskimi zwyczajami i tradycjami dotyczącymi miejsca dziecka w rodzinie i poza rodziną. Ta deklaracja była niczym innym jak tylko przyzwoleniem na stosowanie kar cielesnych wobec dzieci¹⁰. Oczywiście w prawie karnym wykształciły się wyraźne kryteria, na podstawie których oceniane jest zachowanie rodzica/opiekuna w stosunku do dziecka. Aby dane zachowanie rodzica zostało uznane za kontratyp karcenia małoletnich, musi spełniać trzy przesłanki:

- musi mieć cel wychowawczy – nie jest więc dozwolone karcenie dzieci bez powodu lub „na zapas”,
- wykonywane jest przez rodziców lub prawnych opiekunów dziecka,
- nie przekracza pewnego stopnia intensywności – karcenie musi przybierać pewną akceptowaną społecznie formę (zastosowanie kary cielesnej wobec dziecka nie może przybierać formy na przykład znęcania się).

Trudno jednak znaleźć obecnie jakiegokolwiek uzasadnienie dla którejkolwiek z powyższych przesłanek, żadna bowiem kara fizyczna, nawet najłżejsza, nie może przybrać akceptowalnej społecznie formy, mieć celu i charakteru wychowawczego, nawet jeżeli będzie wykonywana przez rodziców lub prawnych opiekunów dziecka.

Z badań wynika, że większość Polaków stosuje wobec dzieci kary cielesne jako metodę wychowawczą¹¹. Rodzice przyznają, że wobec swoich dzie-

⁹ L. Gardocki, *Prawo karne*, op. cit., s. 127–128.

¹⁰ E. Lisowska, *Przemoc wobec dzieci. Rozpoznawanie i przeciwdziałanie*, Wyd. AŚ, Kielce 2005, s. 14.

¹¹ G. Fluderska, M. Sajkowska, *Problem krzywdzenia dzieci. Postawy i doświadczenia dorosłych Polaków. Raport z badań*, Fundacja Dzieci Niczyje, Warszawa 2001.

ci stosują różne kary fizyczne. Najczęściej spotykaną formą są klapsy (80%), rzadszą – bicie pasem (25%), a także bicie w twarz (8%). Około 5% badanych rodziców przyznało, że skutkiem bicia dziecka był uraz fizyczny, jednak podkreślali oni w swoich odpowiedziach, że było to zdarzenie o charakterze incydentalnym. Ponadto trudno znaleźć jakiegokolwiek uzasadnienie dla trzeciej przesłanki, żadna bowiem kara fizyczna, nawet najłżejsza, nie może przybrać akceptowalnej społecznie formy.

Osoby badane, które były w młodości karane fizycznie, w większości (54%) uważają, że były to kary zasłużone. Jedynie 5% badanych uznało, że zastosowanie wobec nich takiej kary miało zły wpływ na ich życie. Jednak osoby, które uważają, że stosowanie takich kar miało pozytywny wpływ na ich życie, znajdują się w mniejszości (40%)¹².

Badania przeprowadzone przez Ośrodek Badania Opinii Publicznej (OBOP) w 2005 r. wykazały, że nadal większość Polaków uważa, iż kary fizyczne wobec dziecka mogą być usprawiedliwione¹³.

Wyniki te prowadzą do wniosku, że w Polsce prawa dzieci nadal nie są w wystarczającym stopniu chronione, stąd może należałoby się zastanowić, czy nie warto pójść drogą innych państw, takich jak: Austria, Dania, Szwecja, Norwegia, Niemcy¹⁴. W państwach tych stosowanie jakichkolwiek kar fizycznych wobec dzieci jest prawnie zakazane. Najważniejsza w tym gronie jest jednak Szwecja, która stała się prekursorem wprowadzenia zakazu stosowania kar cielesnych wobec dzieci, zamieszczając odpowiedni zapis w swoim kodeksie rodzicielskim i opiekuńczym w 1979 r. Przepis ten ma raczej charakter „obyczajotwórczy” i nigdy nie jest stosowany wprost, jednak już sam fakt jego ustanowienia wywarł duży wpływ nie tylko na postawę społeczeństwa szwedzkiego, ale także na praktykę wymiaru sprawiedliwości¹⁵. W głównej mierze wskazuje się na to, że ustawodawca chciał w ten sposób wskazać kierunek w jakim, jego zdaniem, powinny ewoluować stosunki rodzinne. Przepisy nie dają dziecku prawa do występowania przed sądem, w związku z czym uniknięto zarzutu, jakoby ich wprowadzenie mogło doprowadzić do rozbicia rodziny¹⁶.

Podkreślenia wymaga także to, że działania Szwecji w dziedzinie zniesienia kar cielesnych jako metody wychowawczej wobec dzieci nie ograniczyły się tylko i wyłącznie do wprowadzenia odpowiednich przepisów do krajowego

¹² *Ibidem.*

¹³ OBOP, *Polacy o stosowaniu kar cielesnych wobec dzieci – wyniki badania TNS OBOP dla Fundacji Dzieci Niczyje*, Warszawa 2005.

¹⁴ M. Płatek, *Prawne korzenie przemocy wobec dziecka*, „Niebieska Linia” 2001, nr 6.

¹⁵ A. Olszewska, *Karcenie dzieci w polskim ustawodawstwie*, „Niebieska Linia” 2009, nr 1.

¹⁶ *Ibidem.*

systemu prawnego. Zostało to poprzedzone bardzo intensywną i długotrwałą kampanią prowadzoną przez tamtejsze władze i organizacje społeczne. Jej celem było nie tylko odpowiednie ukształtowanie pozytywnych zachowań Szwedów wobec własnych dzieci (rezygnacja z bicia jako metody wychowawczej), ale także uwrażliwienie społeczeństwa na krzywdę innych małoletnich. I tak według szwedzkich sondaży z 1965 r. 56% Szwedów uznawało karę cielesną jako konieczny środek wychowawczy. Badania przeprowadzone w 1995 r. pokazały, że współczesne społeczeństwo szwedzkie w ogromnej większości (89%) jest przeciwnie jakiegokolwiek formie przymusu fizycznego wobec dzieci. Podkreśla się także pozytywny wpływ, jaki osiągnięto na skutek prowadzonych w Szwecji działań¹⁷. Porównując te wyniki z wynikami badań OBOP-u z 2005 r., można z łatwością ocenić, jak wiele jeszcze pracy należy włożyć w Polsce w zmianę światopoglądu panującego w społeczeństwie.

Należy jednak podkreślić, że Polska także podjęła działania mające na celu w pierwszej kolejności ograniczenie, a w konsekwencji całkowitą eliminację stosowania przemocy fizycznej wobec dzieci. W tym celu w 1981 r. powstał Komitet Ochrony Praw Dziecka zatrudniający wysoko wykwalifikowanych specjalistów z takich dziedzin, jak: psychologia, pedagogika i prawo. Celem jego powstania jest obrona praw zarówno indywidualnych, jak i zbiorowych dziecka. Aby osiągnąć ten cel, Komitet podejmuje inicjatywy, które mają doskonalić system ochrony praw dziecka, system opieki i wychowania, a także dba o prawidłowe stosowanie wobec dziecka przepisów prawa¹⁸. Jedną z podjętych przez Komitet inicjatyw jest prowadzenie, wzorem Szwecji, długofalowych kampanii publicznych, takich jak „Wychowanie bez bicia”. Akcja ta ma na celu wyeliminowanie z zachowań rodziców nieskutecznych i nieetycznych kar fizycznych, które nadal są powszechnie stosowane. Jednym z najważniejszych argumentów jest to, że zastosowanie tej właśnie kary nie tylko nie prowadzi do wyeliminowania niewłaściwych zachowań, ale wręcz powoduje wyzwalanie i wzmacnianie zachowań niepożądanych, a także zaburza osobowość osób, wobec których została ona wykonana¹⁹.

Nie tylko organizacje pozarządowe dostrzegają problem i podejmują środki w celu jego rozwiązania. W Konstytucji RP z 1997 r. umiejscowiono instytucję Rzecznika Praw Dziecka (RPD). Urząd ten powołany został ustawą z dnia

¹⁷ T. Walat, *Zakaz bicia dzieci w Szwecji – co z tego wyszło po latach*, <http://www.polityka.pl/swiat/analizy/1502705,1,zakaz-bicia-dzieci-w-szwecji--co-z-tego-wyszlo-po-latach.read>.

¹⁸ A. Woźniak, *Polska ochrona praw dziecka*, <http://www publikacje.edu.pl/publikacje.php?nr=584>.

¹⁹ I. Styka, *Konsekwencje stosowania kary fizycznej jako metody wychowawczej*, [w:] K. Pikor, W. Wałc, *Przemoc wobec dzieci. Wybrane zagadnienia teoretyczne i praktyczne*, Wyd. UR, Rzeszów 2002, s. 127.

6 stycznia 2000 r. i stanowił realizację wyraźnej dyspozycji konstytucyjnej²⁰. Głównym celem działania RPD jest podejmowanie działań ukierunkowanych na zapewnienie dziecku pełnego i harmonijnego rozwoju z poszanowaniem jego godności i podmiotowości. Zgodnie z treścią art. 3 ustawy o PRD Rzecznik podejmuje między innymi działania zmierzające do ochrony dziecka przed przemocą oraz innym złym traktowaniem. W tym celu ustawa wyposaża Rzecznika w szereg uprawnień, z których jednymi z najważniejszych są: występowanie do właściwych organów, w tym Rzecznika Praw Obywatelskich, o podjęcie działań z zakresu ich kompetencji, a także występowanie do właściwych organów z wnioskami o podjęcie inicjatywy ustawodawczej bądź o wydanie lub zmianę innych aktów prawnych.

Wszystkie te działania prowadzą do wniosku, że problem przemocy fizycznej wobec dzieci został dostrzeżony i podejmowane są powoli odpowiednie środki w celu jego wyeliminowania.

Działania podejmowane zarówno przez Rzecznika Praw Dziecka, jak i przez Komitet Ochrony Praw Dziecka zasługują na całkowite poparcie, jednak moim zdaniem należałoby się także zastanowić nad wprowadzeniem, wzorem innych państw, całkowitego i wyraźnego zakazu stosowania kar cielesnych wobec wszystkich dzieci. Postulat taki jest uzasadniony nie tylko panującymi w literaturze sporami dotyczącymi interpretacji art. 40 Konstytucji i próbami rozstrzygnięcia, czy przepis ten odnosi się tylko do władzy i kar przez nią stosowanych, czy powinien się odnosić także do stosunków rodzinnych. Moim zdaniem jedynie wprowadzenie przez państwo tak stanowczego i jednoznacznego, niedającego pola do niedomówień zakazu pozwoli zrealizować cel, jakim jest ochrona praw dzieci. Należy także podjąć środki zmierzające do wyeliminowania z teorii prawa karnego kontratypu karcenia małoletnich. Równocześnie należałoby rozpocząć, obok już prowadzonych, kampanię uświadamiającą społeczeństwu, że w polskim systemie prawnym taki kontratyp nie funkcjonuje.

Trzeba pamiętać, że każde dziecko jest takim samym człowiekiem jak osoba dorosła, a jego prawa powinny być chronione w takim samym stopniu jak prawa osób pełnoletnich, ponieważ – co podkreślono w preambule Konwencji o prawach dziecka – dziecko z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu. Prawa dziecka są przede wszystkim prawami człowieka, a te z czasem się rozwijają, a ich katalog się poszerza i w wewnętrznych systemach prawnych, i w prawie międzynarodowym. Z dnia na dzień powstają nowe zagrożenia i nowe problemy, które są impulsem do

²⁰ Ustawa z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka, Dz.U. z 2000 r. Nr 6, poz. 69.

tworzenia się nowych praw człowieka. Właśnie w celu ochrony dotychczas sformułowanych i przyszłych praw poszukuje się procedur i środków, które skutecznie gwarantowałyby ich przestrzeganie nie tylko przez władze, lecz także przez każdego człowieka. Szczególną rolę powinny w tym odgrywać wszystkie organy posiadające władzę ustawodawczą, ponieważ jedynie ustanowienie i wyraźne sformułowanie treści praw człowieka oraz utworzenie odpowiednich mechanizmów przeciwdziałania ich naruszaniu, a w przypadku naruszenia – ich ochrony, da odpowiednie gwarancje każdemu człowiekowi, że jego prawa będą poszanowane.

Bibliografia

- Abolishing corporal punishment of children. Questions and answers*, ISBN 978-92-871-6310-3.
- Fluderska G., Sajkowska M., *Problem krzywdzenia dzieci. Postawy i doświadczenia dorosłych Polaków. Raport z badań*, Fundacja Dzieci Niczyje, Warszawa 2001.
- Gardocki L., *Prawo karne*, wyd. 11, C.H. Beck, Warszawa 2005.
- Kowalska-Ehrlich B., *Ochrona dziecka w świetle Konwencji Praw Dziecka i w prawie polskim*, [w:] *Prawa i wolności człowieka*, red. A. Rzepliński, CODN, Warszawa 1993.
- Lisowska E., *Przemoc wobec dzieci. Rozpoznawanie i przeciwdziałanie*, Wyd. AŚ, Kielce 2005, s. 14
- Nowa encyklopedia powszechna PWN*, t. 3, red. M. Broda, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa.
- OBOP, *Polacy o stosowaniu kar cielesnych wobec dzieci – wyniki badania TNS OBOP dla Fundacji Dzieci Niczyje*, Warszawa 2005.
- Olszewska A., *Karcenie dzieci w polskim ustawodawstwie*, „Niebieska Linia” 2009, nr 1.
- Płatek M., *Prawne korzenie przemocy wobec dziecka*, „Niebieska Linia” 2001, nr 6.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2002.
- Styka I., *Konsekwencje stosowania kary fizycznej jako metody wychowawczej*, [w:] K. Pikor, W. Walc, *Przemoc wobec dzieci. Wybrane zagadnienia teoretyczne i praktyczne.*, Wyd. UR, Rzeszów 2002.
- Walat T., *Zakaz bicia dzieci w Szwecji – co z tego wyszło po latach*, <http://www.polityka.pl/swiat/analizy/1502705,1,zakaz-bicia-dzieci-w-szwecji--co-z-tego-wyszlo-po-latach.read>.
- Woźniak A., *Polska ochrona praw dziecka*, <http://www publikacje.edu.pl/publikacje.php?nr=584>.

Akty prawne

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

Ustawa z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka, Dz.U. z 2000 r. Nr 6, poz. 69.

Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

Summary

The Use of Corporal Punishment of Children and Human Rights

Author raises an issue of corporal punishment against children in Poland in relation to human rights. First he speaks about the history and evolution of children's rights reaching the end of 19th century. After that he gives the definition of punishment and corporal punishment. Then he gives examples of Polish regulation regarding the issue comparing it with other countries, especially Sweden which has been the first country to forbid using any kind of corporal punishment against children. Then the author concentrates on the need of organizing campaigns to make people aware that executing corporal punishment against any human, especially children, who are defenseless, is ineffective and unethical. Furthermore the author gives arguments for making a law completely forbidding corporal punishment. Summing up he emphasizes the role of legislative in enforcing human rights abidance.



Przymusowe leczenie sprawców czynów zabronionych popęłnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych

Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej są w oczach społeczeństwa czynami zasługującymi na szczególne potępienie. W ostatnich latach możemy zaobserwować, że skala tej przestępczości utrzymuje się na stosunkowo wysokim poziomie¹ i w związku z tym zachodzi potrzeba podjęcia odpowiednich kroków mających na celu zmniejszenie wymiaru tego typu zachowań. Z danych statystycznych udostępnionych przez Centralny Zarząd Służby Więziennej wynika, że na dzień 31 marca 2010 r. orzeczenia za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wykonywane są wobec 3668 osób². Warto

¹ Zob. *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (197–205)*, http://statystyka.policja.pl/portal/st/1108/63496/Zgwalczenie_art_197.html, dostęp: 10 czerwca 2010; *Atlas przestępczości w Polsce 4*, red. A. Siemaszko, Oficyna Naukowa, Warszawa 2009, s. 26 i n.

² Podana liczba stanowi sumę orzeczeń prawomocnych (2861 orzeczeń), nieprawomocnych (127 orzeczeń) i o tymczasowym aresztowaniu (680 orzeczeń), wydanych na podstawie obowiązującego kodeksu karnego (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94, zob. Ministerstwo Sprawiedliwości. Centralny Zarząd Służby Więziennej, *Kwartalna informacja statystyczna za I kwartał 2010 r.*, tabela 2, <http://sw.gov.pl/Data/Files/kunickim/statystyki/kwartalne/1-kw-2010.pdf>, dostęp: 10 czerwca 2010.

podkreślić, że wśród 2861 prawomocnych orzeczeń wydanych za tego typu przestępstwa największy odsetek stanowią te określone w art. 197 § 1, 2 i 3 k.k. – łącznie 1897 osób; prawomocne orzeczenia za czyny zabronione określone w art. 198–204 k.k. wydano łącznie wobec 941 osób.

Badania statystyczne dokonane przez J. Warylewskiego³ wskazują, że przestępstwami seksualnymi niosącymi faktyczne zagrożenie dla społeczeństwa są przede wszystkim zgwałcenie i seksualne wykorzystanie małoletniego poniżej 15. roku życia. Pozostałe typy czynów zabronionych z rozdz. XXV k.k. zajmują jedynie marginalne miejsce w ogólnej liczbie przestępstw seksualnych⁴.

Sejm Rzeczypospolitej Polskiej 5 listopada 2009 r. uchwalił ustawę⁵ zmieniającą między innymi kodeks karny. Weszła ona w życie 8 czerwca 2010 r. Pośród licznych zmian wprowadzonych tą ustawą do kodeksu karnego znalazły się także, zamieszczone w rozdziale X k.k., przepisy nowelizujące środki zabezpieczające. W niniejszym opracowaniu zajmę się związkim przedstawieniem zmian dokonanych w tej materii.

Jednym ze znowelizowanych przepisów, który wywołał dyskusje zarówno w społeczeństwie, jak i w doktrynie, jest art. 95a k.k., w którym ustawodawca wprowadził do polskiego systemu prawnego nieznaną w nim dotychczas instytucję określaną potocznie mianem kastracji chemicznej. Znowelizowany art. 95a k.k. otrzymał brzmienie:

„§ 1. Skazując sprawcę na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo skierowane przeciwko wolności seksualnej, popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, sąd może orzec umieszczenie sprawcy, po odbyciu tej kary, w zakładzie zamkniętym albo skierowanie go na leczenie ambulatoryjne, w celu przeprowadzenia terapii farmakologicznej lub psychoterapii, zmierzających do zapobieżenia ponownemu popełnieniu takiego przestępstwa, w tym w szczególności poprzez obniżenie zaburzonego popędu seksualnego sprawcy. Terapii farmakologicznej nie stosuje się, jeżeli jej przeprowadzenie spowodowałoby niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia skazanego.

³ J. Warylewski, *Reakcja karna na przestępstwa seksualne*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2007, nr 54, s. 29.

⁴ W 2005 r. liczba przestępstw stwierdzonych poszczególnych typów czynów zabronionych, przedstawiała się następująco: art. 197 – 1987, art. 198 – 126, art. 199 – 54, art. 200 – 1697, art. 201 – 49, art. 202 – 183, art. 203 – 35, art. 204 – 484. J. Warylewski, *Reakcja karna...*, s. 45–51.

⁵ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1589.

§ 1a. Sąd orzeka umieszczenie sprawcy, o którym mowa w § 1, skazanego za przestępstwo określone w art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 w zakładzie zamkniętym albo skierowanie go na leczenie ambulatoryjne.

§ 2. W okresie do 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub przed wykonaniem kary sąd ustala:

1) potrzebę i sposób wykonywania orzeczonego środka, o którym mowa w § 1,

2) sposób wykonywania orzeczonego środka, o którym mowa w § 1a.

§ 2a. Sąd może zarządzić zmianę sposobu wykonywania środka zabezpieczającego określonego w § 1 lub 1a.

2b. Sąd zarządza umieszczenie w zakładzie zamkniętym, jeżeli sprawca uchyła się od leczenia ambulatoryjnego określonego w § 1 lub 1a,

§ 3. Przepisy art. 94 § 2 i 3 stosuje się odpowiednio⁶.

Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy⁶ powodem wprowadzenia zmian w tym zakresie jest zmniejszenie prawdopodobieństwa dopuszczenia się przez sprawcę kolejnych czynów zabronionych, skierowanych przeciwko wolności seksualnej, popełnionych w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych. Głównym celem ustawodawcy jest więc wprowadzenie szerszej ochrony społeczeństwa przed osobami, które dopuściły się czynów zabronionych popełnionych w związku z zaburzeniami ich preferencji seksualnych, przez obniżanie ich zaburzonego popędu seksualnego. Należy zwrócić w tym miejscu uwagę na dominujące w nauce stanowisko, że ze względu na charakter zaburzeń preferencji seksualnych (tzw. dewiacji seksualnych), podobnie jak ma to miejsce w przypadku alkoholizmu czy skłonności do innego typu uzależnień, zaburzeń seksualnych nie da się wyleczyć w sensie medycznym, a co najwyżej można je jedynie „zaleczyć”⁷. Osoba cierpiąca na zaburzenia preferencji seksualnych co do zasady nigdy nie zostanie w stu procentach uleczona, ale należy zrobić wszystko, aby zaburzenia te w jak najmniejszym możliwym zakresie wpływały na podejmowane przez nią zachowania⁸. Czy zabezpieczenie społeczeństwa przed takimi sprawcami nie zostało przez prawodawcę określone zbyt daleko i czy nie odbywa się to kosztem naruszenia konstytucyjnych praw i wolności? Odpowiedź na to pytanie wymaga na wstępie dokonania analizy tego przepisu.

⁶ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji – druk Nr 1276, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/1276>, dostęp: 10 czerwca 2010.

⁷ J. Nawój, *Budowanie polskiego modelu oddziaływania na przestępców seksualnych*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2006, nr 51, s. 26; K. Pospiszyl, *Powrotność do przestępstw seksualnych (ocena ryzyka i sposoby zabezpieczeń)*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2001, nr 32–33, s. 82.

⁸ K. Pospiszyl, *op. cit.*, s. 82.

Określony w art. 95a k.k. środek zabezpieczający w postaci umieszczenia w zakładzie zamkniętym lub skierowania na leczenie ambulatoryjne sprawców przestępstw seksualnych popełnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych zaliczany jest zarówno do środków zabezpieczających terapeutycznych o charakterze izolacyjnym, jak i do środków zabezpieczających terapeutycznych o charakterze nieizolacyjnym⁹. Sąd, orzekając taki środek zabezpieczający, może sam zdecydować (mając na względzie opinie psychologa, lekarzy psychiatrów oraz seksuologa)¹⁰, czy umieści sprawcę w zakładzie zamkniętym, czy też skieruje go na leczenie ambulatoryjne. Regulacja taka stanowi swoiste *novum*¹¹ w kodeksie karnym, ponieważ spośród wszystkich przewidzianych dotychczas środków zabezpieczających sąd, jeżeli spełnione zostały przesłanki orzeczenia określonego środka zabezpieczającego, nie miał wyboru pomiędzy orzeczeniem środka o charakterze izolacyjnym i nieizolacyjnym¹².

Stosowanie środka zabezpieczającego z art. 95a k.k. uwarunkowane jest spełnieniem licznych przesłanek. Przede wszystkim musi zostać spełniona ogólna przesłanka gwarancyjna dotycząca stosowania wszystkich środków izolacyjnych i nieizolacyjnych, zawarta w art. 93 k.k. Zgodnie z treścią tego przepisu umieszczenie sprawcy, o którym mowa w art. 95a k.k., w zakładzie zamkniętym lub skierowanie go na leczenie ambulatoryjne możliwe jest tylko wtedy, gdy jest to niezbędne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez tego sprawcę czynu zabronionego związanego z zaburzeniami preferencji seksualnych. Stosowanie środków zabezpieczających o charakterze izolacyjnym jest uprawnione tylko na zasadzie *ultima ratio*, tzn. mogą być one stosowane tylko wtedy, gdy brak jest innych środków zmniejszających ryzyko popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego¹³. W doktrynie występuje pogląd, że stosowanie środków zabezpieczających

⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna. Podręcznik*, Znak, Kraków 2010, s. 549 i 556.

¹⁰ Zgodnie z art. 93 k.k. sąd ma obowiązek wysłuchać lekarzy psychiatrów, lekarza seksuologa oraz psychologa.

¹¹ A. Kwieciński, *Lecznicze środki zabezpieczające w polskim prawie karnym i praktyka ich wykonywania*, Kolonia, Wrocław 2009, s. 110.

¹² Pewną modyfikację środka zabezpieczającego przewiduje art. 96 k.k. Zgodnie z nim sąd może wobec sprawcy, który popełnił przestępstwo w związku z uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego, orzec leczenie ambulatoryjne, ale jest ono orzekane jako kontynuacja orzeczonej wcześniej terapii w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego. W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 557.

¹³ Z. Ćwiąkalski, Rozdział X. Środki zabezpieczające [w:] G. Bogdan *et al.*, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, Zakamycze, Kraków 2004, s. 1249.

ma charakter subsydiarny¹⁴. Przed orzeczeniem takiego środka sąd ma obowiązek zasięgnąć opinii lekarzy psychiatrów, lekarza seksuologa oraz psychologa. Zgodnie z ukształtowanym poglądem orzecznictwa sądowego sama opinia biegłych nie jest wystarczająca do podjęcia decyzji o zasadności stosowania środka zabezpieczającego, a co warto podkreślić, decyzję o zasadności zastosowania środka zabezpieczającego w ostateczności podejmuje zawsze sąd, a nie biegli¹⁵.

Kolejna przesłanka, zawarta już w art. 95a k.k., to skazanie sprawcy na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo skierowane przeciwko wolności seksualnej, popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych. W związku z tym, że nie wszystkie przestępstwa seksualne popełnione są z zamiarem pobudzenia lub zaspokojenia potrzeb popędu płciowego, należy przyjąć, że kastracja chemiczna nie może być skutecznie stosowana wobec wszystkich sprawców takich czynów¹⁶. Do przestępstw przeciwko wolności seksualnej zaliczamy czyny określone w art. 197, 198, 199, 200, 201 i 203 k.k.¹⁷ Brak jest w doktrynie zgody co do tego, czy przedmiotem ochrony określonym w art. 202 k.k. jest wolność seksualna czy obyczajność¹⁸. Rozbieżności te mogą odgrywać istotną rolę w aspekcie stosowania omawianego środka w praktyce. Jeżeli uznamy, że przedmiotem ochrony w tym przepisie jest wolność seksualna, to możemy stosować regulację z art. 95a k.k. Jeśli staniemy na stanowisku, że przedmiotem ochrony jest tu obyczajność, to stosowanie środka zabezpieczającego na podstawie art. 95a k.k. nie jest możliwe, ponieważ ustawodawca pominął w tym przepisie przestępstwa przeciwko obyczajności.

Wskazane w poprzednim brzmieniu art. 95a k.k. znamię „w związku z zakłóceniem czynności psychicznych o podłożu seksualnym” zostało zastąpione przez określenie „w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych”. Zmiana

¹⁴ A. Kwieciński, *op. cit.*, s. 104; W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 550.

¹⁵ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 18 czerwca 1996 r. (VKKN 35/96, „Prokuratura i Prawo” 1997, z. 2, poz. 4) oraz postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 18 kwietnia 2001 r. (U II AKZ 180/01, OSA 2001, z. 10, poz. 64) w: Z. Cwiągalski, [w:] G. Bogdan *et al.*, *op. cit.*, s. 1259 i n.

¹⁶ J. Warylewski, *Kastracja jako środek ograniczenia przestępczości seksualnej*, „Jurysta” 2003, nr 6, s. 18.

¹⁷ P. Hofmański, L. Paprzycki, Rozdział XXV kodeksu karnego, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, LexisNexis, Warszawa 2006, s. 360.

¹⁸ Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 13, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 258. W doktrynie brak jest zgodnego stanowiska co do przedmiotu ochrony typu czynu zabronionego określonego w art. 202 k.k.; zob. J. Warylewski, *Komentarz do rozdz. XXV k.k. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, *Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 958 i n.

ta zasługuje w moim przekonaniu na uznanie. Terminologia użyta obecnie przez prawodawcę stosowana jest powszechnie przez profesjonalne organizację zajmujące się problematyką zdrowia¹⁹. Światowa Organizacja Zdrowia (WHO) w swojej Międzynarodowej statystycznej klasyfikacji chorób i problemów zdrowotnych – ICD 10²⁰ posługuje się określeniem „zaburzenia preferencji seksualnych”, oznaczonym kodem F.65. Do zaburzeń preferencji seksualnych zaliczono dziewięć kategorii zachowań, m.in.: parafilie, fetyszym, transwestytyzm fetyszystyczny, ekshibicjonizm, oglądactwo, pedofilie, sadomasochizm, oraz inne zaburzenia preferencji seksualnych, np. urofilie, koprofilie, nekrofilie czy froteryzm. Z całą pewnością można więc stwierdzić, że ustawodawca ma tu na myśli tylko takie preferencje seksualne, które uznane są w naukach medycznych za patologiczne, a nie preferencje odbiegające wyłącznie od powszechnie akceptowanych norm obyczajowych²¹.

Należy następnie wyjaśnić stosunek art. 95a k.k. do art. 94 k.k. Zaburzenia preferencji seksualnych zaliczane są do tzw. niepsychotycznych zaburzeń psychicznych²². Jeżeli sprawca jest niepoczytalny, w rozumieniu art. 31 § 1 k.k., to stosujemy w stosunku do niego, co do zasady, środek zabezpieczający określony w art. 94 k.k. Powody uznania sprawcy za osobę niepoczytalną wskazane są w art. 31 § 1 k.k. (choroba psychiczna, upośledzenie umysłowe oraz inne zakłócenie czynności psychicznych). Czy użyte w art. 95a k.k. określenie „zaburzenia preferencji seksualnych” należy rozumieć jako „inne zakłócenie czynności psychicznych”, o których mowa w art. 31 k.k.? Odpowiedź na to pytanie powinna być raczej twierdząca²³. Jak możemy przeczytać w opinii Biura Analiz Sejmowych²⁴ do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji (druk nr 1276), termin „zaburzenie preferencji seksualnych sprawcy” należałoby wyklądać zgodnie z art. 31 § 1 k.k., czyli uznać, że jest to

¹⁹ E. Darmorost-Sierocińska, *Kierunek zmian prawa karnego materialnego w zakresie zwalczania przestępczości na tle zaburzeń seksualnych*, „Jurysta” 2009, nr 3–4, s. 24.

²⁰ *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems. 10th Revision*, <http://apps.who.int/classifications/apps/icd/icd10online>, dostęp: 9 czerwca 2010.

²¹ W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 552.

²² J. Malec, *Problemy związane ze środkiem zabezpieczającym wobec sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2006, nr 50, s. 44.

²³ Z. Ćwiąkałski, [w:] A. Barczak-Oplustil *et al.*, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, red. A. Zoll, Zakamycze, Kraków 2006, s. 1071.

²⁴ Opinia Biura Analiz Sejmowych do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji – druk Nr 1276, z dnia 9 stycznia 2009 r., s. 5.

„inne zakłócenie czynności psychicznych” (art. 31 § 1 k.k.), ale ograniczone jedynie do podłoża seksualnego. Jeśli więc uznamy, że sprawca dopuścił się czynu zabronionego na skutek innego zakłócenia czynności psychicznych zaburzającego jego preferencje seksualne, to powinniśmy wtedy zastosować w stosunku do niego środek zabezpieczający z art. 95a k.k. Art. 95a k.k. pełni więc w tym zakresie rolę *lex specialis* w stosunku do art. 94 k.k. W związku z tym w przywoływanej opinii podniesiono problem, czy art. 95a k.k. nie stanie się przepisem, na podstawie którego sprawcy przestępstw, którzy byli poczytalni w czasie czynu²⁵, a u których stwierdzono jedynie bliżej nieokreślone zaburzenie psychiczne o podłożu seksualnym, będą poddawani bezterminowej izolacji w zakładzie zamkniętym. Powyższe uwagi mają zastosowanie także do art. 95 k.k., który stanowi podstawę orzekania środków zabezpieczających w stosunku do osób z poczytalnością ograniczoną. W konkluzji możemy stwierdzić, że w stosunku do sprawcy, który dopuścił się przestępstwa przeciwko wolności seksualnej w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, u którego stwierdzimy poczytalność lub poczytalność ograniczoną²⁶ w czasie czynu, możemy zastosować środki zabezpieczające na podstawie art. 95a k.k., jeżeli spełnione są kumulatywnie warunki do ich orzeczenia. W stosunku do sprawcy niepoczytalnego stosuje się natomiast środek zabezpieczający z art. 94 k.k.

Ustawodawca wskazał w art. 95a § 1 k.k. cel orzeczenia określonego tu środka zabezpieczającego. Umieszczenie sprawcy w zakładzie zamkniętym lub skierowanie go na leczenie ambulatoryjne są dopuszczalne wyłącznie w celu przeprowadzenia terapii farmakologicznej lub psychoterapii, zmierzających do zapobieżenia ponownemu popełnieniu takiego przestępstwa, w szczególności przez obniżenie zaburzonego popędu seksualnego. Ustawodawca określił tu więc wyraźnie cel stosowania owego środka zabezpieczającego. Celem umieszczenia sprawcy w zakładzie zamkniętym albo skierowania go na leczenie ambulatoryjne jest przeprowadzenie terapii farmakologicznej lub psychoterapii, która ma skutkować przede wszystkim obniżeniem jego popędu seksualnego, co z kolei ma zapobiec ponownemu popełnieniu przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, którego dopuszczono się w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych²⁷.

Środek zabezpieczający z art. 95a k.k. orzeka się już w wyroku skazującym, czyli w momencie skazania sprawcy na karę pozbawienia wolności bez warunko-

²⁵ W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazane jest wprost, że „zakresem podmiotowym projektowanej regulacji objęci będą wyłącznie sprawcy, którzy w chwili dokonywania czynu zabronionego nie byli niepoczytalni ani nie stwierdzono u nich choroby psychicznej. Sprawcy, u których w toku postępowania karnego stwierdzono niepoczytalność określoną w art. 31 §1 k.k., podlegają bowiem zasadom określonym w art. 94 k.k. [...]”, Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy..., s. 2.

²⁶ A. Kwieciński, *op. cit.*, s. 104.

²⁷ W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 552.

wego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej popełnione w związku zaburzeniem preferencji seksualnych. *De lege lata* okres, na który sprawca zostanie umieszczony w zakładzie zamkniętym lub w czasie którego będzie poddawany leczeniu ambulatoryjnemu, nie zostaje z góry określony przez sąd. Zgodnie z art. 95a § 3 k.k. mają tu odpowiednio zastosowanie przepisy art. 94 § 2 i 3 k.k., dotyczące umieszczenia w zakładzie zamkniętym osób niepo czytalnych, które stanowią, że czasu pobytu w zakładzie nie określa się z góry, a sąd orzeka zwolnienie sprawcy, jeżeli jego dalsze pozostawanie w zakładzie lub leczenie ambulatoryjne nie są konieczne. Sąd może zarządzić ponowne umieszczenie sprawcy w zakładzie zamkniętym lub skierowanie go na leczenie ambulatoryjne, jeżeli przemawiają za tym okoliczności wymienione w § 1 lub 1a art. 95a k.k. lub w art. 93 k.k. Zarządzenie takie nie może być wydane po upływie pięciu lat od zwolnienia z zakładu lub leczenia ambulatoryjnego.

Zgodnie z § 2 art. 95a k.k. w okresie sześciu miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub przed wykonaniem kary sąd ustala potrzebę i sposób wykonywania orzeczonego środka, o którym mowa w § 1, oraz sposób wykonania orzeczonego środka, o którym mowa w § 1a. Ustawodawca przesądził tu, że orzeczenie środka zabezpieczającego z art. 95a § 1a k.k. (obligatoryjne umieszczenie w zakładzie zamkniętym lub skierowanie do leczenia ambulatoryjnego) następuje bez konieczności ustalenia przez sąd potrzeby jego stosowania. Przyjął on tym samym pewną fikcję prawną, zgodnie z którą w stosunku do każdego sprawcy czynu zabronionego określonego w art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k., popełnionego związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, zachodzi potrzeba wykonania orzeczonego środka.

Omawiany środek zabezpieczający stosowany jest po odbyciu przez skazanego kary pozbawienia wolności. Należy więc przyjąć, że ma on charakter postpenalnego środka zabezpieczającego²⁸. Na temat charakteru przyjętego w art. 95a k.k. rozwiązania wypowiada się J. Warylewski, który podnosi wątpliwości, czy wprowadzony ustawą z dnia 27 lipca 2005 r.²⁹ art. 95a k.k., umożliwiający umieszczenie sprawcy w zakładzie zamkniętym lub skierowanie go na leczenie ambulatoryjne, określa środek zabezpieczający (na co wskazywałoby umieszczenie go w rozdz. X k.k.), czy też nowy rodzaj kary, polegający w swojej istocie na faktycznym pozbawieniu wolności, i to w dodatku na czas z góry nieoznaczony³⁰.

Problem ten chcę w tym miejscu jedynie zasygnalizować, ponieważ ze względu na jego doniosłość, wymaga on głębszej analizy w odrębnym opracowaniu.

²⁸ *Ibidem*, s. 551.

²⁹ Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. z 2005 r. Nr 163, poz. 1363.

³⁰ J. Warylewski, *Reakcja karna...*, s. 38.

Wymagającą rozważenia kwestią w związku z art. 95a k.k. jest propozycja, by leczenie można było stosować w czasie odbywania kary pozbawienia wolności. Leczenie sprawców przestępstw seksualnych w ramach wykonywania orzeczonego przez sąd środka zabezpieczającego w czasie wykonywania kary pozbawienia wolności jest stosowane na przykład w Czechach³¹. Przyjęta w Polsce regulacja wskazuje, że środek zabezpieczający orzeczony na podstawie art. 95a k.k. może być wykonywany tylko po odbyciu kary pozbawienia wolności³². Osoby skazane na karę pozbawienia wolności za czyny zabronione z art. 197–203 k.k., popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, zgodnie z art. 96 k.k.w.³³ odbywają tę karę w systemie terapeutycznym³⁴. Według informacji uzyskanych w Centralnym Zarządzie Służby Więziennej program oddziaływań terapeutycznych wobec sprawców przestępstw seksualnych w 2009 r. realizowany był zaledwie w 7 z pośród 22 oddziałów terapeutycznych. Są to oddziały terapeutyczne w: Zakładzie Karnym w Oleśnicy, Zakładzie nr 2 w Łodzi, Areszcie Śledczym w Starogardzie Gdańskim oraz zakładach karnych w Sztumie, Rawiczu, Rzeszowie i Goleniowie³⁵. W doktrynie podnoszone są wątpliwości co do skuteczności stosowania tego systemu terapeutycznego w Polsce³⁶. Główne mankamenty tego systemu to mała liczba miejsc na oddziałach terapeutycznych, niedobory wyspecjalizowanej kadry oraz ograniczenia dotyczące indywidualnych programów terapeutycznych³⁷.

W obowiązującym stanie prawnym sprawca, w stosunku do którego wykonana została kara pozbawienia wolności, może więc faktycznie zostać ponownie pozbawiony wolności przez skierowanie go do zakładu zamkniętego na leczenie farmakologiczne lub psychoterapię, a czas stosowania tego środka nie jest z góry określony.

Jak wspomniałem wcześniej, omawiany środek zabezpieczający nie ma na celu wyleczenia sprawcy, a jedynie obniżenie jego popędu seksualnego. Jeżeli na przykład przeprowadzone na sprawcy badania wykazały, że na skutek

³¹ R. Musidłowski, J. Nawój, *Postępowanie ze sprawcami przestępstw seksualnych w Czechach*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2002, nr 34–35, s. 170.

³² Opinia Biura Analiz Sejmowych do projektu ustawy..., s. 6.

³³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. z 1997 r. Nr 90, poz. 557 z późn. zm.

³⁴ Odbywanie kary w tym systemie możliwe jest także na podstawie art. 76 § 1 pkt 2 k.k.w., art. 117 k.k.w., art. 62 k.k.

³⁵ Informacje własne, uzyskane w rozmowie telefonicznej z Zespołem Komunikacji Społecznej i Wewnętrznej Centralnego Zarządu Służby więziennej 9 czerwca 2010 r.

³⁶ J. Warylewski, *Reakcja karna...*, s. 40; A. Kwieciński, *op. cit.*, s. 112.

³⁷ J. Warylewski, *Reakcja karna...*, s. 40.

zaprzestania stosowania takiego środka będzie nadal stwarzał zagrożenie dla społeczeństwa związane z prawdopodobieństwem popełnienia przestępstw przeciwko wolności seksualnej, potrzeba jego internacji będzie trwała do końca jego życia.

Najwięcej kontrowersji w zakresie omawianej nowelizacji art. 95a k.k. wzbudziła kwestia tzw. przymusowego leczenia sprawców przestępstw seksualnych. Co do zasady, stosowanie środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zakładzie zamkniętym albo skierowania na leczenie ambulatoryjne zależy od uznania sądu (art. 95a § 1 k.k.). Jeżeli sąd orzeknie, że sprawca ma się poddać terapii farmakologicznej lub psychoterapii, to zgoda sprawcy na taką terapię nie jest potrzebna. Jeżeli sprawca dopuścił się przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, popełnionego w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, określonego w art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k., sąd orzeka obligatoryjnie umieszczenie takiego sprawcy w zakładzie zamkniętym lub kieruje go na leczenie ambulatoryjne. Każdy sprawca, który z powodu zaburzeń preferencji seksualnych dopuścił się zgwałcenia osoby małoletniej poniżej 15. roku życia lub w stosunku do wstępnego, zstępного, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, musi zostać, po odbyciu kary pozbawienia wolności, umieszczony w zakładzie zamkniętym albo skierowany na leczenie ambulatoryjne w celu przeprowadzenia terapii farmakologicznej (kastrowanie chemiczne) lub psychoterapii. Rozwiązanie takie budzi poważne wątpliwości.

W demokratycznym państwie prawa elementem każdego zabiegu medycznego jest uprzednia zgoda wyrażona przez dysponenta dobrem. Naruszenie wymogu zgody usprawiedliwione jest tylko wyjątkowo i wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie³⁸. Brak konieczności uzyskania zgody podyktowany jest zazwyczaj ochroną życia lub zdrowia dysponenta dobrem. Wykonanie zabiegu bez zgody pacjenta jest czynem zabronionym określonym w art. 192 k.k. Ponadto dokonanie jakiegokolwiek zabiegu terapeutycznego bez zgody dysponenta dobrem jest naruszeniem konstytucyjnego prawa do prywatności jednostki, gwarantowanego w art. 47 Konstytucji RP³⁹. Każdej jednostce przysługuje sfera, w obrębie której – korzystając z prawa do prywatności

³⁸ Zob. np.: ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz.U. z 2008 r. Nr 234, poz. 1570; ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, Dz.U. z 2007 r. Nr 70, poz. 437; ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.; ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, Dz.U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485.

³⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

– kreuje ona własną osobowość, decyduje o sprawach osobistych – fizycznych i psychicznych – wtedy, gdy sobie tego życzy⁴⁰. Dlaczego mamy więc wbrew woli danej osoby zmieniać jej preferencje seksualne, które ktoś uznał za zaburzone? Europejski Trybunał Praw Człowieka zauważa ponadto, że „więźniowie nie tracą swych praw w wyniku skazania i wydania wyroku skazującego i w dalszym ciągu cieszą się podstawowymi prawami i wolnościami gwarantowanymi na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁴¹, w tym prawa do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego [...]”⁴², o którym mowa w art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz). Regulacja przyjęta w art. 95a k.k. ingeruje więc dość głęboko w prawo do prywatności. Art. 95a § 1a k.k. pozostaje także w kolizji z konstytucyjnym prawem do wolności osobistej (art. 41 Konstytucji RP). Przepis ten stanowi, że każdemu zapewnia się nietykalność i wolność osobistą, a pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonym w ustawie. Z kolei zgodnie z art. 5 ust. 1e EKPCz nikt nie może być pozbawiony wolności z wyjątkiem zgodnego z prawem pozbawienia wolności osoby w celu zapobieżenia szerszeniu przez nią choroby zakaźnej, osoby umysłowo chorej, alkoholika, narkomana lub włóczęgi⁴³. Osoba, o której mowa w art. 95a k.k., nie może być uznana za osobę chorą umysłowo, ponieważ w stosunku do takich osób ma zastosowanie środek zabezpieczający z art. 94 k.k., o czym wprost możemy przeczytać w uzasadnieniu do projektu ustawy. W takim ujęciu tego problemu umieszczenie w zakładzie zamkniętym w celu zastosowania terapii farmakologicznej lub psychoterapii jest naruszeniem prawa do wolności osobistej.

Przepis ten narusza także zasadę proporcjonalności określoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Każdorazowe popełnienie jednego ze wskazanych w art. 95a § 1a k.k. czynów będzie zawsze skutkowało orzeczeniem tego środ-

⁴⁰ Opinia Biura Analiz Sejmowych do projektu ustawy..., s. 7.

⁴¹ Europejska konwencja praw człowieka i podstawowych wolności uchwalona 10 grudnia 1948 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

⁴² Art. 8 EKPCz głosi, że „Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji”, zob. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 18 kwietnia 2006 r. w sprawie Dickson v. Wielka Brytania, LEX nr 177661.

⁴³ W decyzji Komisji z dnia 18 maja 1984 r. stwierdzono, że unormowanie art. 5 ust. 1 lit. e EKPCz może mieć zastosowanie do prewencyjnego pozbawienia wolności orzeczonego przez sędziego na czas nieokreślony jednocześnie z karą pozbawienia wolności, ale tylko wobec osoby „chorej umysłowo”, Decyzja z 18 maja 1984 r. w sprawie M. v. Niemcy, skarga nr 10272/83, za: M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 90 [za:] Opinia Biura Analiz Sejmowych do projektu ustawy..., s. 11.

ka zabezpieczającego w postaci umieszczenia sprawcy w zakładzie zamkniętym lub skierowania go na leczenie ambulatoryjne. Niezależnie od stopnia niebezpieczeństwa, jakie może stwarzać sprawca pozostający na wolności, sąd i tak musi zastosować wobec niego omawiany środek. Jak była o tym mowa powyżej, sąd nie musi także sprawdzać, czy zachodzi potrzeba wykonywania orzeczonego środka, o którym mowa w art. 95a § 1a k.k. Zgodnie z zasadą proporcjonalności na zasadzie *ultima ratio* opiera się nie tylko stosowanie kary pozbawienia wolności, ale także stosowanie środków zabezpieczających, gdy zmierzają one do ograniczenia wolności jednostki⁴⁴.

Art. 95a § 1a k.k. godzi także w jedną z naczelných zasad prawa karnego, którą jest zasada humanitaryzmu określona w art. 3 k.k. Zgodnie z tą zasadą nie powinno się stanowić kar oraz innych środków uwłaczających ludzkiej godności⁴⁵. Zasada ta związana jest z konstytucyjnymi zasadami poszanowania godności (art. 30 Konstytucji RP) oraz zakazem poddawania torturom, okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu (40 Konstytucji RP). Przymusowe leczenie terapeutyczne w zakładzie zamkniętym lub w warunkach ambulatoryjnych po odbyciu kary pozbawienia wolności może być uznane za nieludzkie i poniżające traktowanie, ponieważ istotą leczenia jest znacząca ingerencja medyczna w psychikę sprawców, którzy nie są uznani za osoby niepoczytalne⁴⁶. Ustawodawca podaje w uzasadnieniu, że przymusowe umieszczenie w zakładzie zamkniętym lub leczenie ambulatoryjne poddyktowane są ochroną społeczeństwa przed stwarzającym zagrożenie sprawcą oraz potrzebą poprawienia stanu zdrowia sprawcy. Tymczasem głównym celem podawania leków mających jedynie obniżyć popęd seksualny (takich jak Depo-Provera czy Androcur) nie jest wyleczenie sprawcy. Może na to wskazywać także samo brzmienie art. 95 § 1 k.k., który posługuje się zwrotem „w szczególności poprzez obniżenie zaburzonego popędu seksualnego”.

Terapia farmakologiczna, czyli tzw. kastracja chemiczna, polega na podawaniu sprawcy leków mających obniżyć lub prawie całkowicie zlikwidować jego popęd seksualny. Najczęściej stosowanymi lekami są obecnie suplementowane środkami antydepresyjnymi antyandrogeny, które zmniejszają wydzielanie testosteronu i hamują jego wpływ na wszystkie narządy. Miesięczny koszt stosowania preparatu dla jednej osoby to około 200 dolarów amerykańskich⁴⁷. Lek podawany jest w postaci tabletek lub zastrzyków.

Kodeks karny stanowi, że terapii farmakologicznej nie stosuje się, jeżeli jej przeprowadzenie spowodowałoby niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia

⁴⁴ Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 20 lutego 2003 r. w sprawie *Hutchison Reid v. Wielka Brytania*, LEX nr 78078.

⁴⁵ J. Warylewski, *Kastracja...*, s. 18.

⁴⁶ Opinia Biura Analiz Sejmowych do projektu ustawy..., s. 15.

⁴⁷ J. Warylewski, *Kastracja...*, s. 18.

skazanego. Przepis ten dotyczy jednak tylko środka polegającego na umieszczeniu sprawcy w zakładzie zamkniętym, a nie na skierowaniu go na leczenie ambulatoryjne. Regulacja ta wzbudza poważne kontrowersję, ponieważ wyłączenie terapii farmakologicznej ma zastosowanie jedynie w przypadku fakultatywnego orzeczenia tego środka (art. 95a § 1 k.k. *in fine*); nie ma natomiast, jak się wydaje, zastosowania w przypadku obligatoryjnego jego orzekania (art. 95a § 2 k.k.). Co więc należy zrobić w sytuacji, w której sprawca czynu zabronionego określonego w art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k. nie może być poddany terapii farmakologicznej, ponieważ może ona zagrażać jego życiu lub zdrowiu? W takim wypadku sąd może orzec psychoterapię. Skuteczna psychoterapia wymaga jednak współpracy pomiędzy skazanym a psychoterapeutą. Jeżeli zaś skazany, co zostanie na przykład potwierdzone w opinii biegłych, nie nadaje się do skutecznego poddania go procesowi psychoterapii, to rodzi się kolejny problem. Co w takiej sytuacji ma zrobić sąd, który zgodnie z przepisami musi zastosować w stosunku do sprawcy jedną ze wskazanych terapii? Czy należy stosować psychoterapię, która przykładowo z powodu braku chęci współpracy ze strony sprawcy skazana jest od samego początku na niepowodzenie? Czy może sąd ma orzec stosowanie terapii farmakologicznej, która stwarza realne zagrożenie dla zdrowia lub życia sprawcy? Komentowany przepis wymaga więc w tym zakresie doprecyzowania, a ustawodawca powinien na przykład określić w przepisie wprost, że wyłączenie stosowania terapii farmakologicznej ma zastosowanie do wszystkich sprawców przestępstw seksualnych, zarówno tych określonych w § 1, jak i 1a art. 95 k.k.

Na pełne uznanie zasługuje przepis art. 95a § 2a k.k., uprawniający sąd do orzeczenia zmiany sposobu wykonywania środka zabezpieczającego określonego w § 1 lub § 1a art. 95a k.k. Sąd może więc dokonać zmiany sposobu wykonywania orzeczonego środka: z leczenia ambulatoryjnego na umieszczenie w zakładzie zamkniętym lub z umieszczenia w zakładzie zamkniętym na leczenie ambulatoryjne. W § 2 art. 95a k.k. wprowadzono obowiązek sądu, polegający na zarządzeniu umieszczenia sprawcy w zakładzie zamkniętym, jeżeli uchyla się on od leczenia ambulatoryjnego. Przepis ten ma zastosowanie zarówno w przypadku fakultatywnego, jak i obligatoryjnego orzeczenia leczenia ambulatoryjnego.

Przymusowe leczenie w zakładach zamkniętych będzie się odbywać w specjalnie do tego celu przygotowanych oddziałach zakładów psychiatrycznych. W niespełna tydzień po wejściu w życie omawianego przepisu brak jest jakiegokolwiek zakładu zamkniętego przystosowanego do wykonywania tego środka. Specyfika zaburzeń preferencji seksualnych wymaga, żeby osoby, które je przejawiają, pozostawały pod opieką specjalistów do końca życia. W tym celu niezbędne jest utworzenie sieci poradni seksuologicznych, w których mogłyby one w każdej chwili zasięgnąć pomocy wykwalifikowanych specjalistów.

Wprowadzona do kodeksu karnego instytucja kastracji chemicznej budzi wiele wskazanych powyżej kontrowersji. Sama próba dążenia do obniżania popędu seksualnego sprawców przestępstw seksualnych zasługuje z pewnością na uznanie. Czy ta regulacja może jednak zostać zaakceptowana w obecnej formie? Ustawodawca chciał wprowadzić narzędzie do walki z przestępcami seksualnymi, ale wydaje się, że przy jego tworzeniu posunął się za daleko. Przymusowa kastracja ingeruje, jak się wydaje, bardzo głęboko w sferę praw i wolności jednostki, przy jednoczesnym braku racjonalnego uzasadnienia takiej ingerencji. Stosowanie tego środka zabezpieczającego powinno się odbywać w trakcie wykonywania kary pozbawienia wolności, zgodnie z ideologią środków izolacyjno-zabezpieczających⁴⁸.

Bibliografia

- Atlas przestępczości w Polsce 4*, red. A. Siemaszko, Oficyna Naukowa, Warszawa 2009.
- Ćwiakalski Z., [w:] G. Bogdan *et al.*, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, Zakamycze, Kraków 2004.
- Ćwiakalski Z., [w:] A. Barczak-Oplustil *et al.*, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, red. A. Zoll, Zakamycze, Kraków 2006.
- Darmorost-Sierocińska E., *Kierunek zmian prawa karnego materialnego w zakresie zwalczania przestępczości na tle zaburzeń seksualnych*, „Jurysta” 2009, nr 3–4.
- Gardocki L., *Prawo karne*, wyd. 13, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Hofmański P., Paprzycki L., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, LexisNexis, Warszawa 2006.
- International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems. 10th Revision*, <http://apps.who.int/classifications/apps/icd/icd10online>, dostęp: 9 czerwca 2010.
- Kwieciński A., *Lecznicze środki zabezpieczające w polskim prawie karnym i praktyka ich wykonywania*, Kolonia, Wrocław 2009.
- Malec J., *Problemy związane ze środkiem zabezpieczającym wobec sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2006, nr 50.
- Ministerstwo Sprawiedliwości. Centralny Zarząd Służby Więziennej, *Kwartalna informacja statystyczna za I kwartał 2010 r.*, tabela 2, <http://sw.gov.pl/Data/Files/kunickim/statystyki/kwartalne/1-kw-2010.pdf>, dostęp: 10 czerwca 2010.
- Musidlowski R., Nawój J., *Postępowanie ze sprawcami przestępstw seksualnych w Czechach*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2002, nr 34–35.

⁴⁸ E. Darmorost-Sierocińska, *op. cit.*, s. 26.

- Nawój J., *Budowanie polskiego modelu oddziaływania na przestępców seksualnych*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2006, nr 51.
- Nowicki M.A., *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, C.H. Beck, Warszawa 1999.
- Opinia Biura Analiz Sejmowych do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji – druk Nr 1276, z dnia 9 stycznia 2009 r.
- Pospiszyl K., *Powrotność do przestępstw seksualnych (ocena ryzyka i sposoby zabezpieczeń)*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2001, nr 32–33.
- Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (197–205)*, http://statystyka.policja.pl/portal/st/1108/63496/Zgwalczenie_art_197.html, dostęp: 10 czerwca 2010.
- Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji – druk Nr 1276, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruk/1276>, dostęp: 10 czerwca 2010.
- Warylewski J., *Kastracja jako środek ograniczenia przestępczości seksualnej*, „Jurysta” 2003, nr 6.
- Warylewski J., *Komentarz do rozdz. XXV k.k. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, *Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Warylewski J., *Reakcja karna na przestępstwa seksualne*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2007, nr 54.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna. Podręcznik*, Znak, Kraków 2010.
- <http://orka.sejm.gov.pl>.
- <http://sw.gov.pl>.
- <http://www.policja.pl>.

Akty prawne

- Europejska konwencja praw człowieka i podstawowych wolności uchwalona 10 grudnia 1948 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.
- Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94.
- Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, Dz.U. z 2007 r. Nr 70, poz. 437.

- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. z 1997 r. Nr 90, poz. 557 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. z 2005 r. Nr 163, poz. 1363.
- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, Dz.U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485.
- Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz.U. z 2008 r. Nr 234, poz. 1570
- Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy, oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1589.

Summary

Compulsory Treatment of Perpetrators of Crimes Committed in Connection with Disorders of Sexual Preference

The article concerns the problem of compulsory treatment of perpetrators of crimes committed in connection with disorders of sexual preferences. Amendments to the Penal Code of November 5, 2009, introduces a new, previously unknown to Polish criminal law precautionary measure, popularly called „chemical castration” (Article 95a of the Criminal Code). This issue became the subject of much discussion of society. In addition to general characteristics of the new penal measure in question will also be discussed the merits of this solution from the perspective of the protection of constitutional rights and freedoms.

Prawo do zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, uzyskanych przez lekarza w związku z wykonywaniem zawodu

Tajemnica lekarska jest jedną z tajemnic związanych z wykonywaniem zawodu. Już przysięga Hipokratesa mówi o obowiązku jej zachowania tajemnicy: „Cokolwiek przy leczeniu albo też poza leczeniem w życiu ludzi ujrzę lub usłyszę, czego ujawniać nie można, przechowam w milczeniu”¹. Tajemnica lekarska, tak jak inne tajemnice zawodowe, nie ma na celu ochrony sumienia lekarza i jego komfortu psychicznego, ale przede wszystkim ochronę praw pacjenta. Do praw tych należy: zachowanie w tajemnicy informacji związanych z jego leczeniem, informacji o stanie zdrowia pacjenta, a nawet o samym fakcie leczenia.

W polskim ustawodawstwie podstawowym aktem regulującym termin tajemnicy lekarskiej jest ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry², od której wyjątki zawierają ustawy szczególne. Zaczynając od art. 40 ustawy obowiązek zachowania tajemnicy obejmuje informację związaną z pacjentem i powziętą w związku z wykonywaniem zawodu lekarza. Informacje dotyczące stanu zdrowia pacjenta są ściśle związane ze sferą prywatności człowieka. Ich ujawnienie może wywołać u pacjenta poczucie wstydu, skrępowania, a w niektórych przypadkach stać się powodem dyskryminacji

¹ <http://www.polscy-lekarze.net/edytor4/protes02.html>.

² Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, Dz.U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943 z późn. zm.

ze strony otoczenia, dlatego też znajdują się one pod prawną ochroną. Pacjent ma prawo domagać się od lekarza zachowania w tajemnicy informacji, związanych z jego leczeniem. Prawo takie gwarantuje mu w pierwszej kolejności Konstytucja RP³, w art. 47 przyznając obywatelowi prawo do ochrony życia prywatnego, w art. 51, prawo do ochrony przed ujawnieniem informacji dotyczących osoby pacjenta. W podobny sposób tajemnicę lekarską ujmuje art. 40 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, który stanowi o obowiązku lekarza „zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu”⁴.

Zakres podmiotowy

Tajemnica lekarska obowiązuje w zasadzie w odniesieniu do wszystkich osób leczonych i innych podmiotów poza pacjentami. Nie pozwala ona nawet na przekazywanie informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu lekarza innym pracownikom zakładu opieki zdrowotnej, jeżeli osoby te nie uczestniczyły w procesie leczenia.

Zakres przedmiotowy

M. Safjan⁵ zaproponował podział zakresu przedmiotowego tajemnicy lekarskiej na podstawie kryterium podmiotowego. Według tego autora obejmuje ona fakty, ustalone przez lekarza lub przekazane mu przez innego lekarza oraz fakty ujawnione przez pacjenta i inne osoby na jego żądanie⁶. Zaproponowany został również podział ze względu na charakter informacji, na fakty poufne ze swej natury oraz fakty zwykłe. Zakres przedmiotowy tajemnicy lekarskiej w świetle art. 40 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry jest znacznie

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25.maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁴ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, Dz.U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943 z późn. zm..

⁵ M. Safjan, *Problemy prawne tajemnicy lekarskiej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1995, z. 11 i 15.

⁶ E. Zielińska, *Komentarz do ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008, s. 564.

szerszy niż informacje uzyskane w związku z leczeniem. Do zakresu przedmiotowego tajemnicy lekarskiej zaliczane są także informacje o pacjencie, uzyskane przy okazji leczenia obejmujące np. informacje o sytuacji majątkowej czy też rodzinnej pacjenta. Bardzo ważne jest to, że aby zaliczyć je do zakresu przedmiotowego tajemnicy lekarskiej muszą być uzyskane w związku z zawodowymi kontaktami lekarza. Oczywiście jest, że tajemnicą lekarską objęte są również informacje dotyczące innych schorzeń, które nie są przedmiotem leczenia prowadzonego przez tego lekarza ale o których dowiedział się w związku z podejmowanym leczeniem. Taka sytuacja jest typowa oraz objęta standardowym postępowaniem, ponieważ zwykle każde badanie rozpoczyna się od przeprowadzenia wywiadu przez lekarza. Trafny jest również pogląd, że tajemnica lekarska w pewnym zakresie obejmuje także informacje dotyczące osób trzecich (np. najbliższych pacjenta) przez co chroni ich dobra osobiste (np. informację dotyczące osób najbliższych pacjenta). Informacje tego typu mogą mieć taki charakter, że ujawnienie ich stanowiłoby naruszenie dóbr osobistych tych osób, a niezachowanie ich w tajemnicy mogłoby pociągnąć za sobą negatywne dla nich skutki (np. informacja na temat bezpłodności współmałżonka czy też zakażeniu wirusem HIV). Nie podlega dyskusji to, że lekarz takie informacje musi zachować w tajemnicy na równi z posiadaną przez niego wiedzą na temat samego pacjenta.

Warto zaznaczyć, że objęte tajemnicą lekarską są nie tylko wypowiedzi ustne lekarza, ale także sporządzona przez niego dokumentacja (zaświadczenia, opinie). Wszystkie dokumenty medyczne mogą być wydawane osobom uprawnionym. Tajemnicą lekarską objęte są zarówno dokumenty sporządzone w formie tradycyjnej (pisemnej), i zapisywane na elektronicznych nośnikach informacji. Zasady prowadzenia, przechowywania oraz udostępniania dokumentacji medycznej unormowane są przez odrębne przepisy. Należy również zaznaczyć, że w przypadku dokumentacji medycznej zastosowanie mają także przepisy o ochronie danych osobowych oraz o ochronie baz danych.

Zakres czasowy

Obowiązywanie tajemnicy lekarskiej nie jest ograniczone czasowo. Przede wszystkim nie wygasa ona w chwili śmierci pacjenta. Jeżeli pacjent umiera, lekarz ma prawo poinformować najbliższą rodzinę o chorobie oraz przyczynie zgonu pacjenta⁷.

Obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej dotyczy każdego lekarza, niezależnie od prawnej formy wykonywanego przez niego zawodu oraz zajmowa-

⁷ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Dom Organizatora, Toruń 2007, s. 150.

nego stanowiska czy pełnionej funkcji. Tajemnicą lekarską objęte są zarówno wyniki badań jak i diagnozy postawione na ich podstawie, metody podjęte przy leczeniu, historia choroby czy też uprzednio podejmowane postępowanie terapeutyczne⁸. Granicę tajemnicy lekarskiej musi wyznaczyć zdrowy rozsądek lekarza. Fakty i okoliczności powszechnie znane nie będą objęte obowiązkiem dyskrecji, choćby lekarz dowiedział się o nich właśnie w związku z wykonywaniem zawodu⁹. Tajemnicą lekarską objęte są również informacje, uzyskane od osób innych niż pacjent, np. członków jego rodziny, personelu medycznego. Mimo braku bezpośredniego wskazania w przepisie art. 40 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry nie ulega wątpliwości, że tajemnicą objęte są nie tylko informacje dotyczące pacjenta, ale także innych osób, o których pacjent się wypowiedział, a lekarz dowiedział się w związku z wykonywaniem zawodu¹⁰. Wprost o obowiązku zachowania w poufności informacji o osobach z otoczenia pacjenta mówi art. 23 Kodeksu etyki lekarskiej.

Tajemnica lekarska nie jest tajemnicą bezwzględną i zachodzą przypadki, w których lekarz jest zwolniony z obowiązku jej zachowania. Występują również takie sytuacje, w których lekarz jest wręcz zobowiązany ujawnić wszystkie informacje związane z leczeniem pacjenta będące przedmiotem tajemnicy lekarskiej. Katalog sytuacji, w których lekarza nie obowiązuje zachowanie tajemnicy lekarskiej przedstawia art. 40 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry.

„Przepisu ust. 1 nie stosuje się gdy:

- 1) tak stanowią ustawy,
- 2) badanie lekarskie zostało przeprowadzone na żądanie uprawnionych, na podstawie odrębnych ustaw, organów i instytucji, wówczas lekarz jest obowiązany poinformować o stanie zdrowia pacjenta wyłącznie te organy i instytucje,
- 3) zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób,
- 4) pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy, po uprzednim poinformowaniu o niekorzystnych dla pacjenta skutkach jej ujawnienia,
- 5) zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych informacji o pacjencie związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych innemu lekarzowi lub uprawnionym osobom uczestniczącym w udzielaniu tych świadczeń,

⁸ J. Haberko, R. Kocylowski, *Szczególna postać tajemnicy lekarskiej w przypadku stosowania technik medycznie wspomaganey prokreacji*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 23, s. 23.

⁹ M. Safjan, *Problemy prawne...*, s. 16.

¹⁰ M. Safjan, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004, s. 227.

- 6) jest to niezbędne do praktycznej nauki zawodów medycznych,
- 7) jest to niezbędne dla celów naukowych,
- 8) zachodzi potrzeba przekazania informacji o pacjencie lekarzowi sądowemu”.

Cytowany artykuł przedstawia osiem wyjątków, w których lekarz jest zwolniony z zachowania tajemnicy lekarskiej. E. Zielińska¹¹ dzieli te sytuacje na dwie grupy. Pierwsza obejmuje okoliczności, w których zachodzi brak interesu pacjenta w dalszym zachowaniu poufności lub w których zachowanie poufności może powodować niebezpieczeństwo dla zdrowia i życia pacjenta. Druga grupa zawiera okoliczności związane z istotnym interesem publicznym lub interesem osób trzecich w uchyleniu poufności¹².

Omówienie ośmiu wyjątków wynikających z art. 40 ust 2. Ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty

Punkt I

Jak wynika z tego punktu lekarz nie ma obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej jeżeli tak stanowią inne ustawy. Jedną z nich jest

ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego¹³.

W art. 50 ust. 2 tej ustawy wymieniono sytuacje, w których lekarz jest zwolniony z zachowania tajemnicy lekarskiej. Jak można przeczytać: „Od obowiązku zachowania tajemnicy osoba wymieniona w ust. 1 jest zwolniona w stosunku do: lekarza sprawującego opiekę nad osobą z zaburzeniami psychicznymi [...]”.

Artykuł 20 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach¹⁴, normuje nie tylko prawo do ujawnienia informacji będących przedmiotem tajemnicy lekarskiej, ale także w określonych sytuacjach, do zawiadomienia odpowiednich organów. Przepis ten nakłada na lekarza obowiązek zawiadomienia w ciągu 24 godzin o przypadku podejrzenia zachorowania na chorobę zakaźną, zakażenia lub rozpoznania takiej choroby oraz zgonu właściwej ze względu na miejsce wystąpienia zachorowania specjalistycznej jed-

¹¹ E. Zielińska, *op. cit.*, s. 565.

¹² M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Oficyna Naukowa, Warszawa 1998, s. 130–131.

¹³ Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, Dz.U. z 1994 r. Nr 111, poz. 553 z późn. zm.

¹⁴ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach, Dz.U. z 2001 r. Nr 126, poz. 1384 z późn. zm.

nostce z zakresu leczenia gruźlicy i chorób płuc lub powiatowemu inspektorowi sanitarnemu¹⁵.

Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży¹⁶ w art. 4c gwarantuje zachowanie w tajemnicy danych o czynnościach dokonywanych na jej podstawie. Przepis ten odsyła jednak do innych regulacji o tajemnicy, a jednocześnie wprowadza dodatkową przesłankę odpowiedzialności za jej naruszenie.

W ustawie z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek, narządów¹⁷, zapewniono zachowanie w tajemnicy danych dawcy i biorcy. Istnieje jednak wyjątek w przypadku żyjącego dawcy – ma on prawo poznać biorcę i odwrotnie.

Do przepisów, które pozwalają na uchylenie tajemnicy lekarskiej należy także zaliczyć unormowania pozwalające na przesłuchanie lekarza w charakterze świadka. Bardzo duże znaczenie będzie miał tu przepis ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, czyli art. 180 oraz przepis ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego¹⁸, czyli art. 261. Do przepisów zwalniających lekarza z obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej należało by również zaliczyć art. 240 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny¹⁹, który stanowi o obowiązku zawiadomienia o niektórych przestępstwach.

Z powyższych przepisów wynika, że obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej jest przed władzą publiczną na ogół respektowany, choć zdarzają się wyjątki. Zgodnie z art. 180 § 2 k.p.k. lekarz, który występuje w postępowaniu karnym jako świadek może być przesłuchiwany co do informacji objętych tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu²⁰. O zwolnieniu z obowiązku zachowania tajemnicy decyduje sąd wydając postanowienie. Lekarz nie może sam z własnej inicjatywy składać zeznań, w któ-

¹⁵ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz.U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.; E. Zielińska, *op. cit.*, s. 566.

¹⁶ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz.U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.

¹⁷ Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1411.

¹⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

¹⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

²⁰ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 364.

rych miałby opisywać informacje objęte tajemnicą. Sąd wydając postanowienie, nie może podjąć decyzji swobodnie – musi spełnić dwa warunki: pierwszy to przesłuchanie lekarza, które jest „niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości”²¹, drugi zaś to taki, że okoliczność co do której lekarz ma zeznawać „nie może być ustalona na podstawie innego dowodu”²².

Inaczej natomiast uregulowano kwestię przeprowadzenia dowodu z badań psychiatry w postępowaniu karnym. Art. 52 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego stanowi, że nie wolno przesłuchiwać lekarza psychiatry jako świadka na okoliczność wypowiedzi osoby (pacjenta), względem której podjęto czynności wynikające z ustawy, co do popełnienia przez nią czynu zabronionego pod groźbą kary. Wyżej wymienione zakazy dotyczą nie tylko osób z zaburzeniami psychicznymi, ale także tych, u których przeprowadzane było badanie psychiatryczne.

W postępowaniu cywilnym i administracyjnym problem tajemnicy lekarskiej został rozwiązany podobnie. W postępowaniu cywilnym zgodnie z art. 261 § 2 k.p.c. sąd nie ma prawa do uchylania istotnej tajemnicy lekarskiej. W tym wypadku to lekarz sam musi ocenić jakich informacji może udzielić w interesie osoby trzeciej. Dlatego też, jeżeli interes osoby trzeciej będzie obiektywnie ważniejszy (najczęściej w sprawach o prawa stanu – z wyjątkiem rozwodowych) to zgodnie z art. 261 § 1 k.p.c. ujawnienie przez lekarza informacji objętych tajemnicą lekarską nie będzie niezgodne z prawem.

Punkt 2

Lekarz jest też zwolniony z zachowania tajemnicy lekarskiej, gdy badanie pacjenta zostało przeprowadzone na żądanie uprawnionych na podstawie odrębnych przepisów organów i instytucji. Do organów tych zaliczamy w szczególności: Policję, sąd, prokuraturę, ZUS. W takiej sytuacji lekarz jest zobowiązany do poinformowania o wynikach badań tylko i wyłącznie te organy.

Przykłady:

- badanie wstępne, okresowe i kontrolne przewidziane w prawie pracy,
- badanie zdolności kierowania pojazdami przewidziane w prawie o ruchu drogowym,
- organ, który domaga się przeprowadzenia badań powinien wskazać podstawę prawną swojego żądania (z reguły wymagana jest też forma pisemna).

Punkt 3

W art. 40 ust. 2 pkt 3 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry ustawodawca zezwala lekarzowi na ujawnienie informacji objętych tajemnicą lekarską innym osobom, jeżeli jej bezwzględne przestrzeganie stanowiłoby realne a nie

²¹ Art. 180 § 2 k.p.k.

²² *Ibidem*.

hipotetyczne zagrożenie dla zdrowia lub życia pacjenta czy też innych osób. Najczęściej w praktyce dotyczy to informowania innych osób czy podmiotów o tym, że pacjent jest nosicielem wirusa HIV lub choruje na AIDS. Jeżeli pacjent sam nie chce poinformować małżonka lub partnera seksualnego o grożącym niebezpieczeństwie, wydaje się że lekarz mając podejrzenie, że pacjent nie ma zamiaru powstrzymać się od kontaktów seksualnych wysokiego ryzyka, może a nawet powinien poinformować zagrożoną osobę²³. Wskazane poglądy straciły na aktualności odkąd w życie weszła ustawa o chorobach zakaźnych i zakażeniach (dotyczy także AIDS), obecnie lekarz powinien jednak przede wszystkim działać zgodnie z jej przepisami.

Punkt 4

Zgodę na ujawnienie informacji objętych tajemnicą lekarską może wyrazić sam pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy. Osoba leczona powinna być wcześniej poinformowana o możliwych niekorzystnych skutkach ujawnienia informacji objętych tajemnicą lekarską. Wola samego pacjenta to najszerza podstawa ujawnienia tajemnicy lekarskiej. W tym przypadku zgoda pacjenta musi być wyraźna, nie można jej dorozumiewać. Aby zgoda ta była skuteczna pacjent musi być w stanie świadomie podejmować decyzję oraz musi wskazać osoby, co do których wyraził zgodę na ujawnienie im informacji objętych tajemnicą. W przypadku gdy pacjent jest nieprzytomny, lekarz może udzielić informacji objętych tajemnicą dla dobra chorego, ale musi być przekonany, że działa w interesie pacjenta. W tym miejscu należy zauważyć, że w zasadzie przepis ten uniemożliwia udzielanie informacji przez telefon (nie ma wówczas możliwości stwierdzenia tożsamości rozmówcy). Oczywiście jeżeli pacjent wyraziłby zgodę na udzielanie informacji objętych tajemnicą lekarską wszystkim zainteresowanym wtedy istnieje możliwość poinformowania przez telefon (są to sytuacje bardzo rzadkie).

Punkt 5

Oczywiste jest, że lekarz zostaje zwolniony z tajemnicy lekarskiej gdy przekazuje pacjenta innemu lekarzowi lub uprawnionym osobom udzielającym świadczeń medycznych. W sytuacji tej musi zachodzić uzasadniona potrzeba przekazania informacji objętych tajemnicą lekarską, a informacje przekazywane są tylko i wyłącznie w takim zakresie w jakim są potrzebne²⁴.

²³ M. Filar, *op. cit.*, s. 358.

²⁴ E. Zielińska, *op. cit.*, s. 577; M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 156.

Punkty 6, 7

W art. 40 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry ustawodawca wprowadza wyjątki, uprawniające do odstąpienia od zachowania tajemnicy lekarskiej – w celach dydaktycznych i naukowych. Zachodzi tu przesłanka niezbędności do praktycznej nauki zawodu lub niezbędności do celów naukowych. Pacjent musi być wcześniej uprzedzony o „możliwości naruszenia jego prywatności w związku z prowadzoną działalnością dydaktyczną lub naukową na terenie danej placówki”²⁵. Dane pacjentów umożliwiające ich identyfikację mogą być ujawnione tylko i wyłącznie wtedy gdy jest to konieczne w związku z charakterem i celem prowadzonych badań naukowych.

Punkt 8

W punkcie 8 ustawodawca stwierdza, że lekarz nie ma obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej „gdy zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych informacji o pacjencie lekarzowi sądowemu”²⁶. Czynności jakie wykonuje lekarz sądowy to wystawianie zaświadczeń, potwierdzających zdolność uczestników postępowania (lub jej brak) do stawienia się na wezwanie sądu albo organu prowadzącego postępowanie karne²⁷.

Odpowiedzialność za ujawnienie informacji objętych tajemnicą lekarską

Jeżeli lekarz nie zachowa w tajemnicy informacji objętych tajemnicą lekarską może to skutkować odpowiedzialnością cywilną, związaną z naruszeniem dóbr osobistych pacjenta lub innych osób. Pacjent może wówczas przedstawić lekarzowi roszczenia z art. 23–24 kodeksu cywilnego²⁸ (np. ogłoszenia wyroku w prasie, przeproszenia) oraz żądać zapłacenia odpowiedniego zadośćuczynienia za doznaną krzywdę (art. 448 k.c.). Jeśli pacjent przez ujawnienie informacji objętych tajemnicą lekarską poniósł szkodę (został zwolniony z pracy, stracił możliwość wykonywania zawodu), możliwe jest pociągnięcie lekarza do odpowiedzialności z art. 415 k.c., czyli za czyny niedozwolone.

Niezależnie od wystąpienia odpowiedzialności cywilnej nie jest wykluczona także odpowiedzialność karna. Mowa tu o przestępstwie z art. 266 k.k., czyli odpowiedzialności za sam fakt ujawnienia tajemnicy zawodowej przez

²⁵ M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 156.

²⁶ Art. 40 ust. 2 pkt 8 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry.

²⁷ E. Zielińska, *Komentarz do ustawy...*, s. 581–582.

²⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

osobę zobowiązaną do jej zachowania. W tej sytuacji lekarz musi wiedzieć, że informacja, którą uzyskał ma charakter informacji poufnej oraz chcieć lub przynajmniej godzić się na to, iż w wyniku jego zachowania zostanie ona ujawniona osobie nieuprawnionej. O odpowiedzialności karnej można też powiedzieć opierając się na treści art. 265 k.k.²⁹ Chodzi tu o sytuację, w której udzielono nieprawdziwych informacji. Możliwa jest także odpowiedzialność za sporządzanie nieprawdziwych dokumentów lub rozpowszechnianie fałszywych informacji, które mogą wyrządzić szkodę pacjentowi.

Należy zaznaczyć, że żaden z rodzajów odpowiedzialności – czy to karna, czy cywilna nie wykluczają odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Na zakończenie poruszę jeszcze raz bardzo ważne zagadnienie. W ostatnich latach tematem budzącym wiele kontrowersji jest zachowanie w tajemnicy informacji dotyczących osób zarażonych wirusem HIV. Zdania są podzielone. Jedni autorzy opowiadają się za tym aby zwolnić lekarza z zachowania tajemnicy na podstawie art. 40 § 2 pkt 3 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry. Przeciwnicy takiego poglądu opierają się na przepisach Konstytucji RP (nie ma w niej takich przepisów, które ograniczały by prawa i wolności osób zarażonych wirusem HIV). Konstytucja mówi również, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanowione tylko w ustawie. Co więc powinien zrobić lekarz, którego obowiązuje tajemnica lekarska, a który zarazem nie chce spowodować niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia innych osób? Większość autorów opowiada się za zastosowaniem w tej sytuacji ustawy o chorobach zakaźnych i zakażeniach. Czy to jest słuszny wybór? Moim zdaniem tak, ponieważ nie można dyskryminować osób, które są zarażone wirusem HIV.

Bibliografia

- Filar M., *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze, Kraków 2000.
- Haberko J., Kocyłowski R., *Szczególna postać tajemnicy lekarskiej w przypadku stosowania technik medycznie wspomaganej prokreacji*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 23.
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Dom Organizatora, Toruń 2007.
- Safjan M., *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Oficyna Naukowa, Warszawa 1998.
- Safjan M., *Problemy prawne tajemnicy lekarskiej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1995, z. 11 i 15.

²⁹ M. Filar, *op. cit.*, s. 360.

Safjan M., Krześ S., Marszałkowska-Krześ E., Zaborowski P., *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, LexisNexis, Warszawa 2004.

Zielińska E., *Komentarz do ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry*, Warszawa 2009.

<http://www.polscy-lekarze.net/edytor4/protes02.html>.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży, Dz.U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.

Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, Dz.U. z 1994 r. Nr 111, poz. 535 z późn. zm.

Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, Dz.U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943 z późn. zm.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, z 1997 r. poz. 553 z późn. zm.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach, Dz.U. z 2001 r. Nr 126, poz. 1384 z późn. zm.

Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek, narządów, Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1411.

Summary

The Law of Doctor-Patient Confidentiality of Information Gained by a Doctor in Connection with His or Her Practice

In the article there is presented the law of confidentiality of patients information based on legislation in Poland. At first, the article shows how the law has been regularize in Polish Constitution and in the Status of doctor and dentist occupations. In the body, the topic of excluding this law from Polish legislature, is touched, that

results from article 40 § 2 of the Status of doctor and dentist occupations. There are some statues specified, for example, the Law of Mental Health Protection or the Law of Infectious Diseases and Infections. There are also introduced some examples of infringement of doctor-patient confidentiality law resulting from Co-dex of Criminal Proceeding. In conclusion there are presented the rules of Civil Codex and the rules of Codex of Criminal Proceeding, which could be used by patients to file the claim against a doctor who infringed the confidentiality law.

Stalking i cyberbullying w polskim prawie karnym

Wprowadzenie

Stalking określa się jako postępowanie sprawcy skierowane bezpośrednio do osoby prześladowanej, obejmujące powtarzające się fizyczne lub wirtualne zbliżanie się do niej, komunikowanie się wbrew jej woli lub werbalne i pisemne groźby, które u każdego rozsądnie myślącego człowieka mogą wywołać strach¹.

Jak wskazuje B. Hołyst, stalking polega na celowym, złośliwym, wielokrotnym prześladowaniu i molestowaniu innej osoby, zagrażającym jej bezpieczeństwu².

Nie jest łatwo zdefiniować to zjawisko, co więcej, w języku polskim trudno znaleźć dobre tłumaczenie słowa „stalking”. Wydaje się, że najlepiej jego znaczenie oddają pojęcia „nękanie”, „osaczanie” czy „prześladowanie”. Z pewnością jest to zachowanie ze strony innej osoby, którego pokrzywdzony sobie nie życzy. Zjawisko to zaliczane jest do przemocy emocjonalnej³.

¹ J. Kosińska, *Prawnokarna problematyka stalkingu*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10, s. 33.

² B. Hołyst, *Psychologia kryminalistyczna*, LexisNexis, Warszawa 2004, za: J. Kosińska, *Prawnokarna...*, *op. cit.*, s. 33.

³ M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny*, teza nr 3, System Informacji Prawnej LEX/el., 2011, Komentarz dostępny wyłącznie w wersji elektronicznej, dostęp: 1 marca 2012.

Polsko-włoska strona poświęcona tematyce stalkingu⁴ definiuje to zjawisko dość kazuistycznie jako systematyczne naruszanie wolności osobistej i prywatności drugiej osoby przez: natrętne telefonowanie, wysyłanie SMS-ów, listów i e-maili, groźby, zachowania agresywne, śledzenie, nękanie, obserwowanie i szkodzenie. Zachowania te przyjmują charakter ciągły i powodują strach, skrępowanie, dyskomfort fizyczny i psychiczny, a także wiele dolegliwości zdrowotnych, trudności w kontaktach interpersonalnych i uzasadnione obawy o własne bezpieczeństwo. Zjawisko stalkingu najczęściej obserwuje się w kontekście rodzinnym i partnerskim. Może ono również wystąpić w kręgu znajomych, bądź przyjaciół. Stalking w środowisku pracy może wchodzić w potencjalną relację z zakazem mobbingu⁵.

Ofiarą **stalkera** może się stać zarówno (były) małżonek, konkubina, osoba powszechnie znana⁶ (m.in. artysta, sportowiec, znany polityk, dziennikarz), jak i osoba dla prześladowcy całkiem obca, a nawet przypadkowa, względem której stalker stworzył sobie wymaginowany związek uczuciowy. Warto nadmienić, że najbardziej narażone na ataki stalkerów, oprócz wspomnianych osób znanych z życia publicznego oraz byłych partnerów sprawców, są osoby zauważone wcześniej przez stalkerów (np. podczas kontaktów z szeroko rozumianą publicznością) – 36 % ofiar stalkingu stanowią bowiem przedstawiciele zawodów medycznych, prawniczych i pedagogicznych⁷. Stalker może kolekcjonować przedmioty należące do ofiary, fotografować lub filmować ją w miejscach publicznych, może się wdierać do mieszkania, uszkadzać przedmioty, stosować groźby bezprawne i szantaż, rozpowszechniać plotki i treści zniesławiające.

Z uwagi na znaczny stopień subiektywizacji odczuć, jakie mogą zostać wywołane u osoby będącej ofiarą stalkera, jak również znaczny stopień subiektywizacji motywów postępowania sprawcy, stworzenie racjonalnego katalogu niedozwolonych zachowań (katalogu czynności sprawczych podejmowanych w ramach stalkingu) jest trudne⁸.

⁴ M. Lattanzi, J. Skarżyńska-Sernaglia, *Stalking – od miłości do zbrodni*, <http://www.stalking.it/?p=220#more-220>, dostęp: 10 marca 2012.

⁵ Zob. art. 94³ § 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, Dz.U. z 1974 r. Nr 24, poz. 141 z późn. zm.

⁶ Na przykład brytyjska rodzina królewska rocznie otrzymuje ponad 10 tysięcy listów od stalkerów. www.bbc.co.uk, dostęp: 16 sierpnia 2010, za: K. Garstka, P. Przygucki, *Stalking jako przestępstwo – nowelizacja polskiego kodeksu karnego a doświadczenia prawodawstwa angielskiego*, „Wiedza Prawnicza” 2011, nr 2, s. 10.

⁷ B. Holyst, *Psychologia kryminalistyczna*, LexisNexis, Warszawa 2006, s. 630.

⁸ M. Pokrzywa, *Zjawisko stalkingu (możliwości prawnokarnej reakcji na typowe zachowania stalkera)*, http://www.policja.pl/porta1/pol/1208/55395/Zjawisko_stalkingu_mozliwosci_prawnokarnej_reakcji_na_typowe_zachowania_stalkera.html, dostęp: 10 marca 2012.

Stalking bywa niejako wstępem do przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu (również) osoby prześladowanej, łącznie z jej zgwałceniem lub zabójstwem. Jednymi z najbardziej znanych ofiar stalkingu stali się John Lennon, zastrzelony przez swojego fana w 1980 r., oraz Jodie Foster, której „wielbiciel”, chcąc zwrócić na siebie jej uwagę, w 1981 r. usiłował dokonać zamachu na ówczesnego prezydenta USA, Ronalda Reagana.

Zjawisko stalkingu nie ominęło i naszego kraju. Nagłośnione przez media były: przypadek miss Polski z 1991 r., Agnieszki Kotlarskiej, śmiertelnie pchniętej nożem w 1996 r. przez chorobliwie zakochanego w niej mężczyznę⁹, oraz kazus Sebastiana W., który przez około dwa lata nękał warszawską stomatolog, Andżelikę Krupską. Koszmar lekarki zaczął się w październiku 2006 r., gdy asystowała przy wrywaniu zęba mężczyźnie. Kolejnego dnia Sebastian W. pojawił się w klinice i wyznał kobiecie miłość. Mimo że starała się go unikać, nie rezygnował. Przychodził pod dom, pojawiał się w pracy. Wyznaniem miłości oplakatował klatkę schodową. Dzwonił, wysyłał listy, chodził za nią krok w krok. Kiedyś rzucił się na samochód, którym jechała, i całował szybę¹⁰. W 2009 r. Sebastian W. został skazany na karę 3,5 roku pozbawienia wolności za dwanaście z trzynastu zarzucanych mu czynów (m.in. za groźby karalne, zmuszanie do określonego zachowania, naruszenia miru domowego)¹¹. W ówczesnym polskim prawie karnym nie penalizowano jeszcze stalkingu.

Stalker wykorzystuje też działania prawnokarnie irrelevantne, które obiektywny obserwator może postrzegać nawet jako wyraz przyjaźni, uznania czy miłości. Nachodzi ofiarę w domu, w miejscu pracy, próbuje nawiązać kontakt z ofiarą lub zebrać o niej jak najwięcej informacji za pośrednictwem osób trzecich, przesyła niechciane prezenty, listy, e-maile, MMS-y i SMS-y, wykonuje „głuche” telefony, np. wielokrotnie w nocy, namawia do zbliżeń seksualnych, do wspólnych wycieczek i imprez, składa oferty matrymonialne, a wszelkie odmowy traktuje jako sygnał do zintensyfikowania swoich starań.

Mianem stalkingu pod koniec lat 80. XX wieku zaczęto określać nowe zjawisko społeczne – obsesyjne podążanie fanów za gwiazdami filmowymi. W literalnym tłumaczeniu słowo to oznacza myślistwo, ale w obrębie zagadnień prawa karnego najbliższe znaczeniowo byłyby terminy „prześladowanie” czy „uporczywe nękanie”¹².

⁹ Zob. *Zabił ze złej miłości*, 8 czerwca 2005, <http://wroclaw.gazeta.pl/wroclaw/1,41263,2754049.html>, dostęp: 10 marca 2012.

¹⁰ P. Machajski, *Miłość do dentystki zaprowadziła go do więzienia*, 14 października 2009, http://warszawa.gazeta.pl/warszawa/1,34889,7147357,Milosc_do_dentystki_zaprowadzila_go_do_wiezienia.html, dostęp: 10 marca 2012.

¹¹ Zob. *ibidem*.

¹² J. Kosińska, *op. cit.*, s. 34.

Od tego czasu dynamiczny rozwój technologii komunikowania i środków masowego przekazu powoduje powstawanie nowych form stalkingu. Dlatego też wymiana informacji, zwłaszcza danych osobowych, za pośrednictwem Internetu powinna się odbywać z zachowaniem szczególnej ostrożności. Internet bowiem – jak można domniemywać – będzie coraz częściej używany przez stalkerów jako narzędzie do prześladowania ofiar. Stalking to nowe pojęcie, zjawisko jednak znane jest od dawien dawna, lecz w ostatnich latach przybiera na sile dzięki rozwojowi techniki i nowych metod komunikacji¹³.

W takim kontekście można mówić o cyberstalkingu (cyberharassment), który polega w szczególności na przekazywaniu wiadomości na konto pocztowe ofiary wbrew jej woli, uniemożliwianiu korzystania ze skrzynki pocztowej, rozsyłaniu niechcianych przesyłek od ofiary jako nadawcy. Prześladowanie w Internecie polega na podszywaniu się pod ofiarę na czatach, grupach usenetowych, forach itp., rozpowszechnianiu informacji o ofierze, a także na włamaniach do jej komputera osobistego. Działanie cyberstalkera może skutkować pojawieniem się w Internecie treści nielegalnych lub szkodliwych. Treści nielegalne to materiały, których umieszczanie w sieci stanowi czyn zabroniony przez prawo karne. Treściami szkodliwymi są materiały, których umieszczanie w sieci lub przesyłanie za jej pomocą nie jest zabronione przez prawo karne, lecz może przynieść szkody materialne lub niematerialne, zwłaszcza w zakresie dóbr osobistych¹⁴.

Zjawiskiem pokrewnym cyberstalkingowi – a według wielu autorów tożsamym z nim – jest tzw. **cyberbullying**, który staje się jedną z powszechniejszych form przemocy rówieśniczej wśród dzieci i młodzieży. Wyniki badań Fundacji „Dzieci Niczyje” i Gemius SA („Przemoc rówieśnicza a media elektroniczne”, styczeń 2007 r.) pokazują, jak wielka jest skala zjawiska. Aż 52% internautów w wieku 12–17 lat przyznaje, że za pośrednictwem Internetu lub telefonii komórkowej miało do czynienia z przemocą werbalną – niemal połowa badanych doświadczyła wulgarnego wyzywania (47%), co piąty poniżania, ośmieszania i upokarzania (21%), a co szósty straszenia i szantażowania (16%). Ponad połowa nastoletnich internautów (57%) przyznaje, że była przynajmniej raz obiektem zdjęć lub filmów wykonanych wbrew jej woli¹⁵.

W anglojęzycznej literaturze przedmiotu przemoc przy użyciu mediów elektronicznych nazywana jest najczęściej terminem cyberbullying. Popularne są też inne określenia, jak cyberstalking (cyberdżęczenie) czy cyberharassment (cyberprześladowanie). Niektórzy uznają te terminy za synonimy, inni róż-

¹³ www.stalking.prv.pl, strona główna, dostęp: 10 marca 2012.

¹⁴ J. Kosińska, *op. cit.*, s. 34–35.

¹⁵ *Groźby i nękanie*, <http://www.bezpiecznyinternet.org/cyberbulling.html>, dostęp: 23 marca 2010.

nicują ich znaczenie, przyporządkowując często cyberbullying do przemocy z udziałem dzieci i młodzieży¹⁶, a cyberstalking oraz cyberharassment do sytuacji z udziałem dorosłych¹⁷. W Polsce przemoc w sieci od niedawna zwykle się określać terminem cyberprzemoc. Nie jest on jednoznacznie przypisany do przemocy rówieśniczej, ale niewątpliwie w tym kontekście używany jest najczęściej^{18 19}.

Cyberbullying może przybierać takie formy, jak:

- nękanie, grożenie, zastraszanie, szantażowanie;
- wysyłanie wulgarnych e-maili i SMS-ów;
- wulgarne zaczepki za pomocą komunikatora i na czatach;
- publikowanie lub rozsyłanie ośmieszających informacji, zdjęć, filmów;
- dopisywanie obraźliwych komentarzy do wpisów w blogu czy na forum dyskusyjnym;
- podszywanie się pod kogoś w celu ośmieszenia go²⁰.

Ponadto instrumentami cyberbullyingu, które wymagają od sprawcy większej wiedzy i środków technologicznych, mogą być: flaming (zachowanie polegające na publikowaniu znacznej liczby wiadomości celowo wrogich lub obraźliwych na grupie, liście dyskusyjnej lub na forum dyskusyjnym), phishing (nielegalne pozyskiwanie poufnych informacji, np. haseł, przez podawanie się za godną zaufania osobę lub instytucję, której te informacje są potrzebne), pharming (trudniejsza do wykrycia postać phishingu, polegająca na przekierowywaniu internauty na fałszywą stronę www, która imituje prawdziwą w celu pozyskania wpisywanych przez użytkownika haseł, numerów kart kredytowych i innych danych).

¹⁶ Na przykład J. Pyżalski przez cyberbullying rozumie rówieśniczą agresję elektroniczną realizowaną przez dzieci i młodzież w ramach tej samej grupy społecznej, w sposób powtarzalny, celowy i w sytuacji znacznej przewagi sprawców nad ofiarą. J. Pyżalski, *Agresja elektroniczna dzieci i młodzieży – różne wymiary zjawiska*, s. 13, <http://fdn.pl/nr-1-26-2009-cyberprzemoc>, dostęp: 10 marca 2012.

¹⁷ Ł. Wojtasik, *Przemoc rówieśnicza z użyciem mediów elektronicznych – wprowadzenie do problematyki*, s. 1, <http://fdn.pl/nr-1-26-2009-cyberprzemoc>, dostęp: 10 marca 2012.

¹⁸ *Ibidem*, s. 2.

¹⁹ W Polsce głośno o problemie przemocy rówieśniczej z użyciem mediów elektronicznych zrobiło się wraz z historią gdańskiej gimnazjalistki, która popełniła samobójstwo w efekcie przemocy doznanej ze strony rówieśników. W historii ważną rolę odegrało nagranie kamerą w telefonie komórkowym aktu krzywdzenia dziewczyny. Domniemywano, że groźba upublicznienia zarejestrowanego filmu przyczyniła się do tragicznego finału tej historii. *Ibidem*, s. 3.

²⁰ *Groźby..., op. cit.*

Akty cyberprzemocy, często pozornie niewinne, przy spełnieniu pozostałych, wymaganych w przepisach znamion strony przedmiotowej, jak i podmiotowej czynu, mogą realizować znamiona w szczególności czynów zabronionych w art. 190 § 1 k.k.²¹ (groźba karalna), art. 191 § 1 k.k. (zmuszanie), art. 191a § 1 k.k. (utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, używając w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny, albo rozpowszechnianie takiego wizerunku bez jej zgody), art. 200b k.k. (publiczne propagowanie lub pochwalanie zachowania o charakterze pedofilskim), art. 202 § 3 – § 4b k.k. (twarda pornografia), art. 207 k.k. (znęcanie się), art. 212 k.k. (zniesławienie), art. 216 k.k. (zniewaga), art. 267 k.k. (bezprawne uzyskanie informacji), art. 107 k.w.²² (złośliwe niepokojenie), art. 51 k.w. (naruszenia porządku publicznego).

Historia penalizacji stalkingu

Niebezpieczeństwo, z jakim wiąże się stalking, prawodawca zauważył po raz pierwszy na początku lat 90. ubiegłego wieku w USA. Stanem, który pierwszy wydał regulacje ustawowe wymierzone w stalking, była Kalifornia. Przyczynkiem stała się seria zabójstw na tle stalkingu, np. w 1982 r. wobec aktorki Teresy Sardany, w 1988 r. wobec aktora Richarda Farleya. Pierwsze konkretne zapisy znalazły się w *California Penal Code* (Section 646.9)²³ z inicjatywy sędziego Johna Watsona z Orange County, który wspólnie z senatorem Edem

²¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

²² Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 1971 r. Nr 12, poz. 114 z późn. zm.

²³ Punkt a: „Any person who willfully, maliciously, and repeatedly follows or willfully and maliciously harasses another person and who makes a credible threat with the intent to place that person in reasonable fear for his or her safety, or the safety of his or her immediate family is guilty of the crime of stalking, punishable by imprisonment in a county jail for not more than one year, or by a fine of not more than one thousand dollars (\$ 1,000), or by both that fine and imprisonment, or by imprisonment in the state prison”. W tłumaczeniu własnym przytoczony przepis brzmi: „Każda osoba, która świadomie, złośliwie i wielokrotnie nagabuje lub świadomie i złośliwie prześladowa inną osobę i która stosuje realne groźby z zamiarem wywołania u danej osoby rozsądnej obawy o jej bezpieczeństwo lub bezpieczeństwo jej najbliższej rodziny, jest winna przestępstwa nękania, podlega karze pozbawienia wolności w więzieniu hrabstwa na okres nie dłuższy niż jeden rok lub grzywny, nie więcej niż tysiąc dolarów (\$ 1000), lub obu: grzywny i pozbawienia wolności, lub pozbawienia wolności w więzieniu stanowym”.

Royce'em doprowadzili do uchwalenia antystalkingowej ustawy w 1990 r.²⁴ Rozwiązanie to stało się wzorcem dla innych stanów USA.

W Europie ustawodawstwo kryminalizujące przejawy stalkingu istnieje w: Austrii, Belgii, Danii, Niemczech, Irlandii, na Malcie, w Holandii, w Wielkiej Brytanii (Anglia i Walia), Francji, Finlandii i we Włoszech. Stosowne przepisy znaleźć można także w prawie australijskim, kanadyjskim, japońskim²⁵.

W Polsce pierwsze badania nad omawianym zjawiskiem przeprowadziła w 2006 r. J. Skarżyńska na próbie reprezentatywnej ($N = 2000$; 984 mężczyźni i 1016 kobiet w wieku 16–69 lat). Wyniki tych badań wykazały, że:

- **12% populacji polskiej jest lub było ofiarą stalkingu;**
- w 72% przypadków stalkingu ofiarą były kobiety; w 88% przypadków istniała relacja znajomości między ofiarą i napastnikiem, z czego w 58,3% stalkerem był partner lub były partner;
- średni okres prześladowania to półtora roku; dla 81% ofiar okres prześladowania trwał od kilku miesięcy do dwóch lat; najdłuższy czas prześladowania to osiem lat;
- doświadczenie stalkingu wpłynęło negatywnie na życie i zdrowie 62% ofiar, wywołując u nich poczucie zagrożenia, niepokój, zaburzenia psychosomatyczne i problemy w relacjach interpersonalnych (skutki psychiczne i relacyjne); tylko 15% ofiar podało, że fakt prześladowania zgłaszało policji (brak danych o formie tych zgłoszeń i krokach podjętych przez policję)²⁶.

Dostrzegając realny społeczno-prawny problem stalkingu, w lutym 2008 r. zwołano z inicjatywy Ministra Sprawiedliwości konferencję poświęconą przemocy domowej, w tym przejawom omawianego zjawiska²⁷. W czerwcu 2009 r. Ministerstwo Sprawiedliwości zwróciło się do Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości z prośbą o dokonanie analizy uregulowań prawnych dotyczących stalkingu w ustawodawstwie innych państw, w szczególności krajów Unii Europejskiej. Na zlecenie ministra pod koniec 2009 r. przeprowadzono również badania (na próbie 10 tys. osób), z których wynika, że co dziesiąty pytany Polak uważa, iż był ofiarą stalkingu²⁸. Raport

²⁴ J. Kosińska, *op. cit.*, s. 42–43.

²⁵ M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, teza nr 2.

²⁶ M. Lattanzi, J. Skarżyńska-Sernaglia, *op. cit.*

²⁷ Konferencja pt. *Prawne, psychologiczne i społeczne aspekty przemocy emocjonalnej. Jak zapobiegać przemocy i pomagać ofiarom?*, Bytów, 22 lutego 2008 r., http://ms.gov.pl/Data/Files/_infoImport/aktual/program_konf.pdf, dostęp: 10 marca 2012.

²⁸ *Coraz więcej Polaków przyznaje, że padło ofiarą stalkingu*, 13 lutego 2010, http://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/398206,coraz_wiecej_polakow_przyznaje_ze_padlo_ofiara_stalkingu.html,2, dostęp: 10 marca 2012.

Instytutu stał się podstawą do nowelizacji kodeksu karnego, która wprowadziła penalizację stalkingu²⁹.

Przed wspomnianą nowelizacją kodeksu karnego wobec braku w polskim porządku prawnym przestępstwa określonego *expressis verbis* jako stalking należało odwoływać się do istniejących już norm prawnych³⁰, które penalizowały konkretne zachowania, jakie składają się na uporczywe nękanie. Najbardziej istotne z nich zasługują na syntetyczny komentarz.

Przepisem, który mógł znaleźć zastosowanie w odniesieniu do niektórych czynów stanowiących nękanie był art. 207 k.k. penalizujący znęcanie się, przez które rozumiemy działania polegające na zadawaniu cierpień fizycznych lub psychicznych, przemocy, groźeniu, ublizaniu ofierze. Znęcanie się przybiera formę jedno- lub wielorodzajowych czynności, które wymierzone są w wolność czy godność prześladowanej jednostki. Zdaniem Sądu Najwyższego znamię czasownikowe „znęca się” oznacza, że występki ten najczęściej jest realizowany przez wielokrotne zamachy, chociaż w sytuacji wyjątkowej wystarczy jednorazowe zachowanie³¹. Podmiotami objętymi ochroną przez wskazany przepis są osoby najbliższe sprawcy lub inne osoby pozostające z nim w stałym lub przemijającym stosunku zależności albo małoletnie, a także osoby nieporadne ze względu na stan psychiczny lub fizyczny. Trafne jest określenie

²⁹ Art. 190a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, dodany przez art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Dz.U. z 2011 r. Nr 72, poz. 381, ogłoszonej 5 kwietnia 2011 r., która weszła w życie 6 czerwca 2011 r.

³⁰ Najczęściej zachowania będące formą stalkingu kwalifikowane były, przy spełnieniu oczywiście pozostałych, określonych w przepisach znamion dotyczących zarówno strony przedmiotowej, jak i podmiotowej czynu, jako przestępstwo: znęcania się (art. 207 § 1 k.k.), groźby karalnej (art. 190 § 1 k.k.), zmuszania (art. 191 § 1 k.k.), rozpowszechniania, bez zgody, wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej (art. 191a § 1 k.k.), naruszenia miru domowego (art. 193 k.k.), rozpowszechniania tzw. twardej pornografii (art. 202 § 3 k.k.), znieważenia (art. 216 k.k.), naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.), naruszenia tajemnicy korespondencji (art. 267 k.k.), kradzieży (art. 278 § 1 k.k.), niszczenia lub uszkodzenia cudzej rzeczy (art. 288 k.k.), czy też jako wykroczenie złośliwego niepokojenia człowieka (art. 107 k.w.), kradzieży lub przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej, której wartość nie przekraczała 250 zł (art. 119 § 1 k.w.), samowolnego użycia cudzej rzeczy ruchomej (art. 127 § 1 k.w.), naruszenia porządku publicznego (art. 51 k.w.), kradzieży, przywłaszczenia albo niszczenia cudzej rzeczy przedstawiającej niemajątkową wartość (art. 126 § 1 k.w.) lub jako nieobyczajny wybryk (art. 140 k.w.). M. Jachimowicz, *Penalizacja zjawiska stalkingu*, 6 czerwca 2011, <http://www.edukacjaprawnicza.pl/artykuly/artikul/a/pokaz/c/artikul/art/penalizacja-zjawiska-stalkingu.html>, dostęp: 10 marca 2012.

³¹ J. Kosińska, *op. cit.*, s. 35–36.

przez Sąd Najwyższy, że stosunek zależności od sprawcy zachodzi wówczas, gdy pokrzywdzony nie jest zdolny z własnej woli przeciwstawić się znęcaniu i znosi je z obawy przed pogorszeniem swoich dotychczasowych warunków życiowych, np. przed utratą pracy, środków utrzymania, mieszkania, rozłąką lub zerwaniem współżycia ze sprawcą³². Najczęściej ofiarami stalkera stają się wszystkie wskazane w art. 207 k.k. kategorie osób. Stalker może jednak nakierować swoje zainteresowanie na właściwie każdą znaną mu lub nawet przypadkową osobę, co wykracza poza ramy art. 207 k.k. Taka sytuacja miała miejsce w przypadku wspomnianego Sebastiana W. i prześladowanej przezeń lekarki.

Inną kwestią związaną z uszkodzonymi jest przyjęcie relewantnej perspektywy dla oceny czynów stalkera. Nie można się tu bowiem opierać wyłącznie na odczuciach ofiary, lecz należy przyjąć zobiektywizowany punkt widzenia, posługując się przy tym konstrukcją wzorcowego obywatela, tzn. człowieka o właściwym stopniu socjalizacji i wrażliwości na krzywdę drugiej osoby. Ten wzorcowy obywatel, czy też amerykański – *reasonable person*, jest konieczny do właściwego odczytania winy oraz karygodności sprawcy. Przesłupstwo znęcania określone w art. 207 § 1 i 2 k.k., można popełnić tylko w zamiarze bezpośrednim. Czyn skryminalizowany art. 207 § 3 stanowi przestępstwo umyślno-nieumyślne, tak więc znęcający się będzie sądzony na tej podstawie, jeśli skutek swojego zachowania w postaci choćby usiłowania targnięcia się ofiary na własne życie przewidywał lub mógł przewidzieć³³.

Działanie stalkera (zwłaszcza cyberstalkera) może wyczerpywać znamiona czynu zabronionego z art. 190 k.k. (przesłupstwo groźby karalnej) lub art. 191 k.k. (zmuszenia do określonego działania), przy czym, art. 190 k.k. operuje bardzo wąskimi znamionami, przynajmniej z perspektywy potencjalnej aktywności stalkera. Jest tu mowa jedynie o groźeniu popełnieniem przestępstwa na szkodę danej osoby lub osoby jej najbliższej. Ponadto groźba ta musi wywoływać w osobie zagrożonej uzasadnioną obawę jej spełnienia.

Do wejścia w życie wspomnianej nowelizacji kodeksu karnego art. 191 k.k. wydawał się rozwiązaniem przydatnym w zwalczaniu stalkingu. Stalker za pomocą różnorodnych metod, umyślnie, zmusza daną osobę do określonego zachowania, poddania się jego woli lub do zaniechania pewnych czynności (np. kontaktowania się z innymi osobami), wreszcie zmusza do znoszenia całej sytuacji na linii ofiara – stalker przez zastosowanie przemocy lub groźby bezprawnej³⁴. Norma ta nie zawiera wskazania, by ofiara była osobą najbliż-

³² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1976 r., VI KZP 13/75, OSNKW 1976, nr 7–8, poz. 86.

³³ M. Szpond, *Kryminologiczna problematyka stalkingu*, <http://www.kobietaiprawo.pl/stalking--nekanie.html>, dostęp: 23 marca 2010.

³⁴ J. Kosińska, *op. cit.*, s. 38.

szą oraz innych wymogów odnośnie do formy relacji ze sprawcą, jakie z kolei wymieniono w art. 207 k.k. Do znamion czynnościowych należy jedynie użycie przemocy lub stosowanie groźby bezprawnej jako środków do założonego przez sprawcę celu (tak więc przestępstwo to można popełnić wyłącznie z zamiarem bezpośrednim), tymczasem stalker może podejmować znacznie więcej rozmaitych działań.

Regulacje dotyczące zwalczania stalkingu zawiera również ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie³⁵. Niemniej zgodnie z tą ustawą ochroną są objęci tylko członkowie rodziny, przez których należy rozumieć osoby najbliższe w ujęciu art. 115 § 11 k.k., a także inne osoby wspólnie zamieszkujące lub gospodarujące ze stosującym przemoc osobnikiem. Z kolei przez przemoc w rodzinie ustawodawca rozumie jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste osób wskazanych w ustawie, w szczególności narażające je na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także będące powodem ich cierpienia i krzywd moralnych. Wobec osób, których działanie można sklasyfikować jako przemoc w rodzinie, stosowane są środki zapobiegania ich kontaktom z pokrzywdzonymi oraz oddziaływania korekcyjno-edukacyjne. Ustawa wymienia też w art. 3 katalog środków pomocy, jakie mogą zostać udzielone ofiarom.

Poza tymi środkami przedmiotowa ustawa wprowadza innowację w instytucji warunkowego umorzenia postępowania karnego oraz zawieszenia wykonania kary wobec sprawcy przestępstwa popełnionego z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej w stosunku do członka rodziny. Ustawą tą znowelizowano kodeks karny, stanowiąc, że sąd przy orzekaniu obowiązku powstrzymywania się od kontaktowania z pokrzywdzonym lub innymi osobami w określony sposób (art. 72 § 1 pkt 7a k.k.) oraz obowiązku opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (art. 72 § 1 pkt 7b k.k.) obligatoryjnie określa sposób kontaktu skazanego z pokrzywdzonym, a fakultatywnie może zakazać zbliżania się skazanego do pokrzywdzonego w określonych okolicznościach. Jeśli wobec oskarżonego o przestępstwo popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej zachodzą przesłanki dla zastosowania tymczasowego aresztowania, na mocy art. 14 przedmiotowej ustawy, sąd może zamiast tymczasowego aresztowania zastosować dozór policji, pod warunkiem że oskarżony opuści lokal zajmowany wspólnie z pokrzywdzonym w wyznaczonym przez sąd terminie i określi miejsce pobytu.

Potencjalnie istotnym narzędziem w przeciwdziałaniu zjawisku stalkingu był art. 107 kodeksu wykroczeń, który stanowi: „Kto w celu dokuczenia innej

³⁵ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, Dz.U. z 2005 r. Nr 180, poz. 1493 z późn. zm.

osobie złośliwie wprowadza ją w błąd lub w inny sposób złośliwie niepokoi, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny do 1500 złotych albo karze nagany”.

Dla bytu tego wykroczenia niezbędne jest ustalenie, że od strony podmiotowej zachowanie sprawcy cechował zamiar bezpośredni dokuczenia innej osobie. Środkiem realizacji tego celu może być albo wprowadzenie w błąd innej osoby, albo jej niepokojenie, lecz oba te zachowania muszą nosić znamię złośliwości, tj. szczególnie negatywnego nastawienia³⁶. Natomiast jak pokazuje realia, działania stalkera, w pojęciu samego sprawcy czy nawet modelowego obserwatora, z reguły nie są przedsięwzięte po to, by dokuczyć innej osobie i nie zawsze są złośliwe. Przynajmniej początkowo. Niejednokrotnie stalker, nękając inną osobę, wykazuje wobec niej szeroka gamę emocji, od sympatii po specyficznie rozumianą przez niego miłość. Niemniej wydaje się zasadne posłużenie się wspomnianym modelem obywatela racjonalnego. Nie można bowiem z góry przewidzieć, czy nękaniem będzie dla kogoś wysłanie do niego na przykład dwóch SMS-ów z prośbą o wybaczenie po kłótni, czy dopiero dwudziestu takich SMS-ów dziennie.

Ustawa nie definiuje pojęcia złośliwości. Złośliwość może występować tylko przy umyślności działania. Sama umyślność jednak nie wystarcza do przypisania sprawcy złośliwości – muszą istnieć jeszcze dodatkowe cechy w psychice sprawcy, np. chęć zabawienia się cudzym kosztem przy sprawieniu przykrości innej osobie, wyprowadzeniu kogoś z równowagi psychicznej³⁷. Do zakresu pojęcia złośliwego wprowadzania w błąd należą między innymi takie czyny, jak: kłamliwe zawiadomienie o śmierci osoby bliskiej, o której sprawca wie, że ona żyje, celowe podanie fałszywego adresu, narażające inną osobę na niepotrzebną stratę czasu³⁸. Złośliwe niepokojenie to bezprawne naruszenie spokoju i równowagi psychicznej innej osoby³⁹ np. przez wzbudzenie w nim uczucia złości, niesmaku, oburzenia. Do zakresu pojęcia złośliwego niepokojenia należą więc m.in.: dzwonienie do drzwi i ukrywanie się, telefonowanie w nocy bez potrzeby⁴⁰.

Zupełnie odrębną kwestią jest możliwość dochodzenia przez ofiary stalingu zadośćuczynienia za doznaną krzywdę ze strony stalkera na podstawie art. 448 k.c.⁴¹ w związku z art. 23 k.c. Nie ulega wątpliwości, że stalker swym

³⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1995 r., III KRN 44/95, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2010 r., IV KK 324/10.

³⁷ J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1980, s. 249–250.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

zachowaniem narusza dobra osobiste swej ofiary takie jak wolność, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania i inne. Jednak, dla ofiary stalkingu kluczową kwestią jest to, żeby jej prześladowca zaniechał swoich praktyk, a nie otrzymanie zadośćuczynienia. W związku z powyższym należy uznać dochodzenie przez ofiarę stalkingu roszczeń w postępowaniu cywilnym za nieprzydatne dla zaniechania dalszej wiktyimizacji danej osoby⁴².

Jednym z aspektów zjawiska nękania jest relacja działań podejmowanych przez stalkera z występowaniem u niego zaburzeń psychicznych, które stanowią podłoże dla przedsięwziętych działań. Jeżeli zachowania te mogą bezpośrednio zagrażać życiu lub zdrowiu ofiary, będą miały zastosowanie przepisy ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego⁴³, a zwłaszcza jej art. 21 przewidujący możliwość przewiezienia takiej osoby do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody, z zastosowaniem środków przymusu bezpośredniego.

Podstawowy problem dla ofiar stalkingu przed wspomnianą nowelizacją k.k. z 2011 r. stanowiło swoiste rozproszenie odpowiedzialności karnej sprawy uporczywego nękania. Dane zachowania stalkera mogły realizować znamiona czynów zabronionych przez przepisy kodeksu karnego, kodeksu wykroczeń czy ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Inne natomiast były prawnokarnie irrelewantne. Dotychczasowe regulacje prawne dawały zatem ograniczoną możliwość skazania za zachowania składające się na stalking, a warunkiem uzyskania takiego rozstrzygnięcia było rozłożenie się proceduru na konkretne, pojedyncze czyny wypełniające ustawowe znamiona znanych systemowi prawnemu przestępstw bądź wykroczeń⁴⁴.

Penalizacja stalkingu w polskim prawie karnym

Stalking spenalizowano w art. 190a § 1 k.k. Przestępstwo to polega na uporczywym nękanii przez sprawcę innej osoby lub osoby jej najbliższej, przez co wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność. Już ogólna wykładnia tego przepisu skłania do wniosku, że jego właściwą analizę przyniesie judykatura i poglądy nauki prawa karnego. Nie zdefiniowano w ustawie wysoce nieostrych znamion takich, jak

⁴² K. Garstka, P. Przygucki, *op. cit.*, s. 20.

⁴³ Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, Dz.U. z 1994 r. Nr 111, poz. 535 z późn. zm.

⁴⁴ M. Jachimowicz, *Penalizacja zjawiska stalkingu*, 6 czerwca 2011, <http://www.edukacjaprawnicza.pl/artykuly/artykul/a/pokaz/c/artykul/art/penalizacja-zjawiska-stalkingu.html>, dostęp: 10 marca 2012.

„nękanie”, „uporczywość”, „poczucie zagrożenia”. Przepięstwo stalkingu jest przestępstwem materialnym, a efektem jest wzbudzenie poczucia zagrożenia lub istotne naruszenie prywatności. Także i te znamiona ujęto w sposób nieostry. Nawiasem mówiąc, pojęcie prywatności, dotąd chronione zwłaszcza na gruncie prawa cywilnego, po raz pierwszy pojawiło się w kodeksie karnym.

Dobrem prawnym będącym przedmiotem ochrony art. 190a § 1 k.k. jest bez wątpienia wolność. Wynika to z umieszczenia nowego typu przestępstwa z art. 190a k.k. w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko wolności. Jest to wolność rozumiana szeroko – zarówno jako wolność „od” (znoszenia niechcianej obecności innej osoby, wolność od strachu), jak i wolność „do” (poszanowania prywatności)⁴⁵. Indywidualnym przedmiotem ochrony jest, podobnie jak w przypadku przestępstwa znęcania się, dobro w postaci pewnego dobrostanu. W przypadku przestępstwa z art. 190a k.k. chodzi o dobrostan psychiczny⁴⁶.

Omawiając przestęstwo uporczywego nękania, nie sposób ominąć drugiego i odrębnego typ podstawowego przestępstwa, tj. przywłaszczenia tożsamości (art. 190a § 2 k.k.). Jego istota polega na tym, że sprawca, podszywając się pod inną osobę, wykorzystuje jej wizerunek⁴⁷ lub inne dane osobowe⁴⁸

⁴⁵ M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, teza nr 19.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Kwesie rozpowszechniania wizerunku osoby były i są unormowane w art. 81 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tekst jednolity Dz.U. z 2000 r. Nr 80, poz. 904 z późn. zm. Cywilnoprawne skutki naruszenia prawa do wizerunku normuje art. 83 w związku z art. 78 tej ustawy. Nadto wizerunek chroniony jest na podstawie art. 23 i 24 kodeksu cywilnego. Trafnie wskazywano jednakże, że poza zakresem ochrony wynikającym z wymienionych przepisów pozostawało rozpowszechnianie cudzego wizerunku, stąd konieczność wprowadzenia stosownego przepisu do kodeksu karnego. M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, teza nr 51.

⁴⁸ Zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, Dz.U. z 1997 Nr 133, poz. 883, przez dane osobowe należy rozumieć wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej osoby (np. imię i nazwisko, numer dowodu tożsamości) lub możliwej do zidentyfikowania (np. „małżonka prezydenta naszego miasta”). Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny (M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, teza nr 55.) nie jest łatwo określić indywidualny przedmiot ochrony omawianego przepisu, gdyż jest on rozmyty. Indywidualnym przedmiotem ochrony tego przestępstwa jest prawo do wizerunku konkretnej osoby. Można także rozważyć przyjęcie *sensu largo*, że jest nim prawo do tożsamości, gdyż wizerunek i dane osobowe służą indywidualizacji danej osoby spośród innych, opisują i potwierdzają (w sensie dowodowym) jej tożsamość. W ramach szeroko rozumianej tożsamości mieści się również osobowość danego człowieka, wyznawane przez niego poglądy, sposób spostrzegania świata – wszystko to, co sprawia, że różni się od innych jemu podobnych jednostek.

w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej. Chodzi tu np. o zamawianie na cudzy koszt, pod cudzym nazwiskiem i innymi danymi towarów w sklepie internetowym, a także o tworzenie na portalach społecznościowych fikcyjnych kont innych osób przy użyciu ich danych. W wypadku przywłaszczenia tożsamości nie wymaga się uporczywości działania sprawcy⁴⁹. Przystępstwo przywłaszczenia tożsamości wydaje się bardzo użytecznym instrumentem do zwalczania cyberstalkingu i cyberbullyingu⁵⁰. Przywłaszczenie tożsamości może być formą stalkingu, jeśli sprawca chce w ten sposób wpłynąć na postawę ofiary, albo pokrewnym przestępstwem mającym na celu jej zdyskredytowanie⁵¹.

Typy podstawowe występów uporczywego nękania i przywłaszczenia tożsamości są ścigane na wniosek pokrzywdzonego (art. 190a § 4 k.k.). Przy czym w przypadku targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie, nawet gdy próba samobójcza była nieskuteczna, oprócz wyższej sankcji ściganie takiego czynu następuje z urzędu (art. 190a § 3 k.k.). Konieczne jest jednak wykazanie, że między zachowaniem sprawcy a targnięciem się pokrzywdzonego na własne życie zachodził związek kauzalny.

Wydaje się, że przestępstwo z art. 190a § 1 k.k. może być popełnione zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie. Najczęściej taki czyn popełniony będzie przez działanie, ale pojęciowo nie można wykluczyć także popełnienia go przez zaniechanie. Przystępstwo z art. 190a § 1 k.k. na ogólnych zasadach może być popełnione we wszystkich formach zjawiskowych – zarówno sprawczych, jak i niesprawczych. Nękanie jest przestępstwem umyślnym. Niewątpliwie może zostać popełnione z zamiarem bezpośrednim⁵², a ustawodawca

⁴⁹ C. Kąkol, *Stalking i przywłaszczenie tożsamości*, 27 czerwca 2011, <http://www.rp.pl/artukul/757643,679476-Polski-prawo-chroni-przed-stalkingiem.html?p=2>, dostęp: 10 marca 2012.

⁵⁰ Warto zaznaczyć, że dotychczas sprawca takich zachowań mógł zostać ukarany za czyn z art. 267 § 1 i § 2 k.k. (nielegalne uzyskanie informacji), art. 268 k.k. (niszczenie informacji, utrudnienie osobie uprawnionej zapoznania się z nią), art. 268a k.k. (szkody w bazach danych) – ale tylko wtedy, gdyby wypełnił ich znamiona, co oczywiście w znacznej części przypadków stalkingu mogłoby nie mieć miejsca. Sprawca cyberstalkingu mógłby przede wszystkim ponieść odpowiedzialność na podstawie art. 287 §1 k.k.; cyberstalker działa przecież ewidentnie w zamiarze wyrządzenia szkody. Wydaje się, że ochrona ofiar cyberstalkingu na gruncie dotychczasowych rozwiązań była wystarczająca. K. Garstka, P. Przygucki, *op. cit.*, s. 22.

⁵¹ *Stalking, opis znamion przestępstwa*, <http://pokrzywdzeni.gov.pl/kategorie-przestepstw/crimes,26.html>, dostęp: 10 marca 2012.

⁵² Wątpliwości budzi możliwość popełnienia tego przestępstwa z zamiarem ewentualnym. *Prima facie*, użycie przez ustawodawcę znamienia „uporczywie” sugerowało by wyłącznie zamiar bezpośredni. W doktrynie nie odrzuca się jednak możliwości

nie wymaga zabarwienia tego zamiaru jakimkolwiek celem lub motywacją, w przeciwieństwie np. do wykroczenia z art. 107 k.w. Prawnie irrelevantne jest, czy sprawca kierował się żywionym przez siebie wobec pokrzywdzonego uczuciem miłości, nienawiści, złośliwością, chęcią dokuczenia mu, zaimponowania czy wolą odwetu.

Wprowadzenie obu wyżej wymienionych nowych przestępstw do k.k. nie obyło się bez negatywnych opinii w piśmiennictwie⁵³.

Podsumowanie

Skonstruowanie (legalnej) definicji stalkingu i cyberbullyingu napotyka na znaczne trudności z powodu szerokiej gamy form tego zjawiska rozpiętego między socjologią, psychologią, nowoczesnymi technologiami i nauką prawa.

Jak więc słusznie zauważa E. Finch⁵⁴, stworzenie zamkniętego katalogu zachowań dających się zaklasyfikować jako stalking jest niemożliwe. Możliwe jest jednak wyróżnienie kilku charakterystycznych cech takich zachowań, jakimi są powtarzające się zachowania stalkera, postępowanie przez sprawcę wbrew woli ofiary oraz odczuwanie przez ofiarę strachu, przykrości i innych negatywnych uczuć⁵⁵. Tym bardziej, że wiele z zachowań stalkera stanowi indyferentne prawnie elementy dozwolonych i typowych stosunków międzyludzkich życia codziennego. Zatem stosowanie przez wymiar sprawiedliwości norm kryminalizujących stalking powinno się cechować szczególnie dużym wyważeniem, aby nie prowadzić do bezrefleksyjnej i bezpodstawnej wiktyimizacji całkowicie niewinnych osób przez tych, którzy składaliby zawiadomienia o przestępstwie, dokonując błędnej interpretacji rzeczywistości.

Przywoływane wyniki badań mówią między innymi, że 10% mieszkańców Polski uważa się za ofiary stalkingu (w skali Europy zachowania takie miały dotknąć około 13%). Nie jest jeszcze dokładnie zbadany związek pomiędzy zachowaniami stalkera a przejściem do cięższych gatunkowo czynów zabro-

przyjęcia zamiaru ewentualnego w przypadku znamienia „uporczywie”. M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, teza nr 45.

⁵³ P. Jamróz, *Stalking – czy windykatorkzy mają powody do obaw?*, 29 marca 2011, <http://www.windykacja.pl/wiadomosci,stalking-czy-windykatorkzy-maja-powody-do-obaw.html>, dostęp: 10 marca 2012; A. Skowron, *Stalking: czy o to chodziło ustawodawcy*, artykuł Rzeczpospolita PCD.2011.9.8, System Informacji Prawnej LEX nr 138143/2.

⁵⁴ E. Finch, *Stalking the perfect stalking law*, „Criminal Law Review” 2002, September, za: K. Garstka, P. Przygucki, *op. cit.*, s. 10.

⁵⁵ *Ibidem*.

nionych, takich jak groźby, zmuszanie, pozbawienie wolności czy życia. Nie można takich zależności absolutnie wykluczyć, na co wskazują wyniki badań (włoskie badania z lat 2003–2005 mówią, że około 10% wszystkich zabójstw w tym kraju było poprzedzonych działaniami, które można by określić jako stalking). Niepokojące jest też zjawisko cyberstalkingu i cyberbullingu wśród dzieci i młodzieży.

Polski normodawca spenalizował zjawisko stalkingu w art. 190a §1 k.k.

Już ogólna wykładnia tego przepisu, zawierającego znamiona wysoce nieostre, skłania do wniosku, że jego właściwą analizę przyniesie judykatura i poglądy nauki prawa karnego. Regulacja polska nie odbiega ani na plus, ani na minus od rozwiązań przyjętych w innych państwach europejskich. Nie jest ani tak syntetyczna, jak przepis w kodeksie karnym Belgii, ani tak kazuistyczna, jak np. przepis niemiecki, irlandzki czy austriacki. Polski ustawodawca zrezygnował również, co należy przyjąć z zadowoleniem, z określania ram czasowych nękania czy liczby czynów niezbędnych do przyjęcia, że znamiona przestępstwa nękania zostały zrealizowane, jak to uczynił ustawodawca niemiecki⁵⁶.

Cyberbullying w przeciwieństwie do stalkingu nie doczekał się penalizacji w odrębnym przepisie prawa polskiego. Należy zauważyć, że szeroko pojęta agresja elektroniczna, czyli w dużym uproszczeniu taka, do której realizacji stosuje się współczesne technologie komunikacyjne – głównie Internet i telefony komórkowe, jest powszechnie uważana za poważny problem zarówno z obszaru zdrowia publicznego, jak i edukacji⁵⁷. Istnieje zatem pilna potrzeba uporządkowania zagadnień definicyjnych związanych z agresją elektroniczną i jej poszczególnymi subtypami⁵⁸. Należy zauważyć, że uchwycenie tego zjawiska w formie regulacji normatywnej, jak i stosowanie norm penalizujących stalking czy przywłaszczenie tożsamości stanowi duże wyzwanie.

Bibliografia

- Bafia J., Egierska D., Śmietanka I., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1980.
- Budyn-Kulik M., *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny*, System Informacji Prawnej LEX/el. 2011, Komentarz dostępny wyłącznie w wersji elektronicznej, dostęp: 1 marca 2012.

⁵⁶ M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, teza nr 2.

⁵⁷ J. Pyżalski, *op. cit.*, s. 1.

⁵⁸ *Ibidem*. s. 13.

- Coraz więcej Polaków przyznaje, że padło ofiarą stalkingu*, 13 lutego 2010, http://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/398206,coraz_wiecej_polakow_przyznaje_ze_padlo_ofiara_stalkingu.html, 2, dostęp: 10 marca 2012.
- Garstka K., Przygucki P., *Stalking jako przestępstwo – nowelizacja polskiego kodeksu karnego a doświadczenia prawodawstwa angielskiego*, „Wiedza Prawnicza” 2011, nr 2.
- Groźby i nękanie*, <http://www.bezpiecznyinternet.org/cyberbulling.html>, dostęp: 23 marca 2010.
- Hołyst B., *Psychologia kryminalistyczna*, LexisNexis, Warszawa 2006.
- Hołyst B., *Psychologia kryminalistyczna*, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Jachimowicz M., *Penalizacja zjawiska stalkingu*, 6 czerwca 2011, <http://www.edukacjaprawnicza.pl/artykuly/artykul/a/pokaz/c/artykul/art/penalizacja-zjawiska-stalkingu.html>, dostęp: 10 marca 2012.
- Kąkol C., *Stalking i przywłaszczenie tożsamości*, 27 czerwca 2011, <http://www.rp.pl/artykul/757643,679476-Polski-prawo-chroni-przed-stalkingiem.html?p=2>, dostęp: 10 marca 2012.
- Kosińska J., *Prawnokarna problematyka stalkingu*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10.
- Lattanzi M., *Skarżyńska-Sernaglia J., Stalking – od miłości do zbrodni*, <http://www.stalking.it/?p=220#more-220>, dostęp: 10 marca 2012.
- Machajski P., *Miłość do dentystki zaprowadziła go do więzienia*, 14 października 2009, http://warszawa.gazeta.pl/warszawa/1,34889,7147357,Milosc_do_dentystki_zaprowadzila_go_do_wiezienia.html, dostęp: 10 marca 2012.
- Pokrzywa M., *Zjawisko stalkingu (możliwości prawnokarnej reakcji na typowe zachowania stalkera)*, http://www.policja.pl/portal/pol/1208/55395/Zjawisko_stalkingu_mozliwosci_prawnokarnej_reakcji_na_typowe_zachowania_stalkera.html, dostęp: 10 marca 2012.
- Prawne, psychologiczne i społeczne aspekty przemocy emocjonalnej. Jak zapobiegać przemocy i pomagać ofiarom?*, Bytów, 22 lutego 2008 r., http://ms.gov.pl/Data/Files/_infoImport/aktual/program_konf.pdf.
- Pyżalski J., *Agresja elektroniczna dzieci i młodzieży – różne wymiary zjawiska*, <http://fdn.pl/nr-1-26-2009-cyberprzemoc>, s. 3–4, dostęp: 10 marca 2012.
- Stalking, opis znamion przestępstwa*, <http://pokrzywdzeni.gov.pl/kategorie-przestepstw/crimes,26.html>, dostęp: 10 marca 2012.
- Sergiej A., *Nękanie, czyli stalking, będzie karalne*, 5 lutego 2010, <http://www.prawnik.pl/temat-dnia/115772,Nekanie--czyli-stalking--bedzie-karalne.html>, dostęp: 23 marca 2010.
- Szpond M., *Kryminologiczna problematyka stalkingu*, <http://www.kobietaiprawo.pl/stalking--nekanie.html>, dostęp: 23 marca 2010.
- Wojtasik Ł., *Przemoc rówieśnicza z użyciem mediów elektronicznych – wprowadzenie do problematyki*, <http://fdn.pl/nr-1-26-2009-cyberprzemoc>, dostęp: 10 marca 2012.

Zabił ze złej miłości, 8 czerwca 2005, <http://wroclaw.gazeta.pl/wroclaw/1,41263,2754049.html>, dostęp: 10 marca 2012.
www.stalking.prv.pl, dostęp: 10 marca 2012.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 1971 r. Nr 12, poz. 114 z późn. zm.
- Ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, Dz.U. z 1974 r. Nr 24, poz. 141 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tekst jednolity Dz.U. 2000 Nr 80, poz. 904 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, Dz.U. z 1994 r. Nr 111, poz. 535 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, Dz.U. z 1997 r. Nr 133, poz. 883
- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, Dz.U. z 2005 r. Nr 180, poz. 1493 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Dz.U. z 2011 r. Nr 72, poz. 381.

Summary

Stalking and Cyberbullying in Polish Penal Law

It's extremely difficult to create a (legal) definition of stalking and cyberbullying which is caused by large range of both occurrences inclusive elements of sociology, psychology, modern technologies and science of law. What is certain, stalking is characterized usually by repeated behavior of stalker against the wishes of the victim which induces negative emotions of his victim (esp. fear, distress). Some of the stalkers' maintenances are legally indifferent but in period of time they could convert to crimes, including deprivation of life. According to first Polish research about stalking (2006), 12% of Polish citizens claim to be a stalking victim. Relations between stalking and hard crimes as threats, homicides are not proofed but they couldn't be absolutely excluded. According to Italian research on stalking (between 2003–2005) 10% off all deprivations of life in this country were preceded by stalking. Cyberstalking and cyberbullying among children and youths are especially distressing. In Polish law stalking was penalized in 2010 (art. 190a §1 penal code). This rule contains highly indeterminate terms which seem to be

specified by jurisprudence. Polish antystalking rule is very similar to the Europeans solutions. Cyberbullying is not penalized by one special rule. It should be noted that cyberbullying (or electronic aggression sensu largo) means aggression using modern communication technologies (esp. Internet and mobile phones) and is considered as a grave problem for public health, law, and education. It exists urgent need to organize the definitional issues associated with cyberbullying and electronic aggression in all.



Karnoprawna ochrona wolności myśli, sumienia i religii w Polsce na tle uregulowań międzynarodowych

Wolność religii to jedno z pierwszych uprawnień jednostki, które uznano na gruncie prawa narodów. W kontekście ochrony mniejszości religijnych pojawiło się ono między innymi w takich traktatach jak pokój augsburski z 1555 r., pokój westfalski z 1648 r., traktat oliwski z 1660 r. czy traktat paryski z 1763 r. W aktach prawa międzynarodowego i krajowego pojęcie wolności religii łączy się ze swobodą myśli i sumienia. Jak uważa M. Jastrzębski, „te trzy wolności są fundamentami zachodniej ideologii praw człowieka i jednocześnie niezbędnymi elementami do prawidłowego funkcjonowania demokracji, historycznie było to również jedno z podstawowych praw liberalnych”¹.

W uniwersalnym systemie ochrony praw człowieka podstawowe uregulowania dotyczące wolności religii zostały zawarte w art. 18 Powszechnej deklaracji praw człowieka (PDPC) z 1948 r. Zgodnie z nim każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i religii. Uprawnienie to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz uzewnętrzniania ich indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, przez nauczanie, praktyki religijne, sprawowanie kultu i rytuałów oraz przestrzeganie obyczajów. Swoboda myśli, sumienia i religii została także wsparta zakazem dyskryminacji, m.in. – ze względów religijnych, w korzystaniu ze wszystkich praw i wolności zawartych

¹ M. Jastrzębski, *Wolność myśli, sumienia i religii*, [w:] *Prawa człowieka. Wybrane zagadnienia i problemy*, red. L. Koba, W. Waclawczyk, Oficyna a WoltersKluwer Business, Warszawa 2009, s. 233; zob. M. Freeman, *Prawa człowieka, Sic!*, Warszawa 2007, s. 49.

w PDPC, a zapisanych w art. 2 jak również prawem do zawarcia małżeństwa przez pełnoletnie kobiety i mężczyzn bez jakichkolwiek ograniczeń, także religijnych. W PDPC stwierdzono również, że realizacja prawa do nauki powinna polegać na popieraniu zrozumienia pomiędzy grupami religijnymi, co zostało zawarte w art. 26 ust. 3. Wolność myśli, sumienia i religii może podlegać ograniczeniu, na podstawie ogólnej klauzuli limitacyjnej wyrażonej w art. 29, w którym to stwierdzono, że każdy podlega tylko takim ograniczeniom, jakie są określone przez prawo, wyłącznie w celu zapewnienia należytego uznania i poszanowania praw i wolności innych oraz zaspokojenia słusznym wymogów moralności, porządku publicznego i powszechnego. Podstawowym mankamentem tej regulacji jest możliwość ograniczenia przez władze publiczne nie tylko sfery zewnętrznej istoty ludzkiej, ale także wewnętrznej.

Problem ten został rozwiązany w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych (MPPOiP) z 1966 r., w którym klauzula limitacyjna została sformułowana tak, iż wyłączono możliwość jakiegokolwiek ingerencji władzy publicznej w wolność myśli, sumienia oraz w wewnętrzną sferę wolności religii i przekonań. Jedynie wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i są konieczne dla ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku, zdrowia lub moralności publicznej, albo podstawowych praw i wolności innych osób. W MPPOiP poszerzono również listę działań, jakie obejmuje wolność myśli, sumienia i religii. Wymieniono tam uprawianie kultu, uczestniczenie w obrzędach oraz praktykowanie i nauczanie. Komitet Praw Człowieka (KPC) w swoich uwagach ogólnych dotyczących wspomnianych kwestii stwierdził, że przepisy te chronią teistyczne, nieteistyczne i ateistyczne przekonania oraz prawo do niepoddania się jakiegokolwiek religii lub wierzeniom². Wolność wyznania nie ogranicza się tylko do tradycyjnych religii lub do religii o cechach zinstytucjonalizowanych czy też praktyk analogicznych do tradycyjnych religii, ale również do nowych wyznań albo wyznań reprezentowanych przez mniejszości religijne. KPC uznał również, że wolność uzewnętrzniania religii nie odnosi się jedynie do czynności wymienionych w art. 18 MPPOiP, ale może polegać również na noszeniu odpowiednich strojów, przestrzeganiu świąt czy zwyczajów³. Tym samym katalog czynności określonych w art. 18 dotyczy tylko najważniejszych sposobów manifestowania wolności religii i przekonań oraz ma charakter otwarty. Szczególnie warte podkreślenia jest to, że

² Office of the High Commissioner for Human Rights, General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18). 1993-07-30. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, General Comment No. 22. (General Comments), pkt 2, <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/9a30112c27d1167cc12563ed004d8f15>.

³ *Ibidem*, pkt 4.

art. 18 MPPOiP został uznany przez KPC na niederogowalny nawet w czasie zagrożenia bezpieczeństwa publicznego.

W prawie europejskim wolność myśli, sumienia i religii została uregulowana przede wszystkim w Europejskiej konwencji praw człowieka⁴, Karcie praw podstawowych⁵ oraz w Konwencji ramowej o ochronie mniejszości⁶. Przepisy zawarte w przytoczonych regulacjach, nie odbiegają zasadniczo w swojej treści od uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka. Stanowią one, że każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania, przy czym prawo to obejmuje również wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne. W swoim orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) stwierdził, że swobody te są „jedną z podwalin demokratycznego społeczeństwa [...]. W swym znaczeniu religijnym stanowią one jeden z najbardziej żywotnych elementów, który kształtuje tożsamość wiernych oraz ich koncepcję życia, ale jest to też cenny nabytek dla ateistów, agnostyków, sceptyków i niezainteresowanych. Od tego zależy nieodłączny od demokratycznego społeczeństwa pluralizm, o który przez wieki z poświęceniem walczone”⁷ Warte uwagi jest to, że ETPC uznał, iż wolność manifestowania swoich przekonań zawiera również aspekt negatywny⁸, a więc prawo, aby jednostka nie była zmuszana do uzewnętrzniania swojej wiary albo przekonań religijnych bądź też do takiego działania, z którego można wywnioskować, że ma ona lub nie, takie przekonania. W swoim orzecznictwie ETPC uznał, że władze państwowe nie posiadają legitymacji do interwencji w wolność sumienia jednostki i wolność poszukiwania przez nią swoich przekonań religijnych ani do nakładania obowiązku uzewnętrzniania tych przekonań.

W polskim systemie ochrony praw człowieka regulacje dotyczące wspomnianych wolności odnajdziemy w Konstytucji RP, w której już w preambule zwraca uwagę na „kulturę zakorzenioną w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu i ogólnoludzkich wartościach” oraz na „poczucie odpowiedzialności przed

⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

⁵ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (2007/C 303/01).

⁶ Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych, sporządzona w Strasburgu dnia 1 lutego 1995 r., Dz.U. z 2002 r. Nr 22, poz. 209.

⁷ Orzeczenie Kokkinakis przeciwko Grecji z 23 maja 1993 r. nr skargi 14307/88 pkt 31, tekst polski: *Wolność religii. Wybór materiałów. Dokumenty. Orzecznictwo*, Toruń 2001, s. 285 i n.

⁸ Orzeczenie Alexandridis przeciwko Grecji z 21 lutego 2008 r. nr skargi 19516/06, tekst polski: *Europejski Trybunał Praw Człowieka – wybór orzeczeń 2008*, Oficyna a WoltersKluwer Business, Warszawa 2009, s. 199 i n.

Bogiem lub własnym sumieniem⁹. Konkretnie gwarancje wolności sumienia i religii zostały zawarte w art. 53 i są zasadniczo podobne do wspomnianych wcześniej uregulowań międzynarodowych. Gwarancje te mają „podwójny wymiar: indywidualny i instytucjonalny”¹⁰. W wymiarze indywidualnym realizują się przez uzewnętrznianie przekonań w życiu publicznym i prywatnym oraz wolności od przymusu w uzewnętrznianiu lub nieuzewnętrznianiu tych przekonań, w wymiarze instytucjonalnym zaś są realizowane przez zasady równouprawnienia związków wyznaniowych, poszanowania ich autonomii i niezależności oraz bezstronności działań organów władzy publicznej wobec przekonań religijnych. Zgodnie z Konstytucją wolność religii przysługuje każdemu człowiekowi oraz kościołom i innym związkom wyznaniowym, a dla ochrony ich wolności, przyznaje się im środki ochrony prawnej (art. 31 ust. 1), do których należy ochrona karna.

Ochrona prawno-karna jest gwarantowana przez przepisy rozdziału XXIV kodeksu karnego¹¹. Ustawodawca penalizuje w nim ograniczenie człowieka w przysługujących mu prawach, ze względu na jego przynależność wyznaniową lub bezwyznaniowość (art. 194); złośliwe przeszkadzanie publicznemu wykonywaniu aktu religijnego, pogrzebowi, uroczystościom lub obrzędom żałobnym (art. 195) oraz obrazę uczuć religijnych (art. 196).

Różnicowanie w prawach obywateli z powodu przynależności do określonego wyznania, bądź nieprzynależności do żadnego, jest niezgodne z prawem i stanowi naruszenie wolności religijnej człowieka. Art. 194 k.k. jest jednym ze środków ochrony prawnej tej wolności. W artykule tym ustawodawca objął zakresem przedmiotowym jedynie wolność religijną w wymiarze indywidualnym. Jak twierdzi M. Makarska „działanie lub zaniechanie wyczerpujące ustawowe znamiona czynu z art. 194 k.k., podjęte ze względu na przynależność wyznaniową lub bezwyznaniowość, jest umyślne w zamiarze bezpośrednim”¹². Wolność sumienia, przejawiająca się między innymi w swobodnym dokonywaniu wyborów moralnych, może podlegać ochronie, jeśli zostanie uzewnętrzniona. Stąd karalna dyskryminacja stanowi przestępstwo skutkowe i dokonana jest wówczas, gdy doszło do ograniczenia korzystania przez pokrzywdzonego z przysługujących mu praw. Przystępstwo z art. 194 KK może być popełnione jedynie w zamiarze bezpośrednim. Z omawianego przepisu wynika że sprawca musi mieć świadomość, iż ograniczając osobę w jej prawach

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

¹⁰ M. Makarska, *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania w Kodeksie karnym z 1997 roku*, TN KUL, Lublin 2005, s. 48.

¹¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553.

¹² M. Makarska, *op. cit.*, s. 79.

czyni to z powodów wyznaniowych albo z powodu bezwyznaniowości. Oznacza to, że dla przypisania przestępstwa dyskryminacji nie wystarczy ustalenie, iż uzewnętrznione przez sprawcę działanie ogranicza w prawach, lecz niezbędne jest jeszcze udowodnienie szczególnego powodu, którym się kierował. W praktyce dowiedzenie tego bywa trudne, „ponieważ sprawca zazwyczaj ukrywa motywy swojego postępowania”¹³. Ustawodawca w art. 194 k.k. mówi o prawach przysługujących człowiekowi, nie określa jednak, jakie konkretnie prawa mogą zostać ograniczone przez sprawcę przestępstwa. Należy więc przyjąć, że przepis art. 194 k.k. ma na uwadze wszelkie prawa zagwarantowane przez ustawę zasadniczą, bezpośrednio objęte zakresem wolności religijnej i inne wolności i prawa, a także prawa zagwarantowane przez ratyfikowane umowy międzynarodowe, ustawy i akty normatywne niższego rzędu.

W art. 195 k.k. ustawodawca penalizuje złośliwe przeszkadzanie publicznie wykonywaniu aktu religijnego kościoła lub innego związku wyznaniowego o uregulowanej sytuacji prawnej. Zgodnie z art. 195 k.k., przeszkadzanie ma być nie tylko działaniem umyślnym, ale – jak twierdzi L. Gardocki – „musi je również charakteryzować złośliwość, czyli chęć dokuczenia innym osobom”¹⁴. Znamię to ogranicza stroną podmiotową do umyślności w zamiarze bezpośrednim i czyni przeszkadzanie przestępstwem kierunkowym. Nie wypełnia znamion przestępstwa przeszkadzanie, które nie charakteryzuje się motywem działania w postaci złośliwości. Tym samym przeszkadzanie wynikające na przykład z niezajomości zasad danej religii lub wyznania można uznać za niestosowne, ale nie złośliwe.

Przestępstwo przeszkadzania w wykonywaniu aktu religijnego jest przestępstwem skutkowym i dokonane jest wówczas, gdy doszło już do zakłócenia czy uniemożliwienia wykonywania aktu religijnego. Kodeks karny nie określa, na czym ma polegać przeszkadzanie w wykonywaniu aktu religijnego. Obejmuje ono więc wszelkie zachowania, które zakłócają powagę wykonywanego aktu religijnego, uniemożliwiają lub utrudniają jego prawidłowy przebieg lub udział w nim innych osób.

Ponadto należy wskazać, że przedmiotem przestępstwa w przypadku art. 195 § 2 k.k. jest również porządek publiczny. Wiąże to przestępstwo z art. 195 § 2 k.k., ściślej z grupą przestępstw wymienionych w rozdziale XXXII kodeksu¹⁵, gdyż nie zawsze tło zamachu będzie miało charakter wyznaniowy.

¹³ *Ibidem*, s. 81.

¹⁴ L. Gardocki *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 257.

¹⁵ Rozwiązanie takie przyjęto również w kodeksie karnym z 1932 r. umieszczając przestępstwo przeszkadzania w uroczystościach pogrzebowych w rozdziale XXV dotyczącym przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu, Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1932 r. Nr 22, poz. 165.

Ustawodawca, penalizując przeszkadzanie w publicznym wykonywaniu aktu religijnego, zawęził podmiot ochrony do związków o uregulowanej sytuacji prawnej, co wprost wynika z brzmienia art. 195 k.k.. Biorąc pod uwagę to, że nie wszystkie wspólnoty religijne w Polsce są zarejestrowane, wyłączona jest możliwość stosowania art. 195 k.k. także wobec tych grup. Brak rejestracji nie oznacza przy tym ich nielegalności, gdyż żaden przepis tego nie wymaga. Tym samym regulacja ta nie daje ochrony związkom o nieuregulowanej sytuacji prawnej.

Przepis art. 196 k.k. penalizuje obrażanie uczuć religijnych innych osób przez działanie polegające na publicznym znieważaniu przedmiotu czci religijnej albo miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. „Jest to przestępstwo materialne, to znaczy, że dokonane jest ono dopiero wtedy, gdy nastąpił skutek w postaci obrazy uczuć religijnych przynajmniej dwóch osób”¹⁶. Za bezpośredni przedmiot ochrony, należy tutaj uznać wolność poszczególnych osób od wszelkich zachowań, które mają na celu obrażę uczuć religijnych. Przedmiotem czynności wykonawczej według M. Filara jest ochrona „przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do wykonywania obrzędów religijnych, a więc obiektów o charakterze materialnym”¹⁷. Przy wykładni art. 196 k.k. największą trudności stwarza odróżnienie obrazy uczuć religijnych od działań polegających na korzystaniu z wolności słowa oraz wolności sumienia i wyznania w formie krytyki określonych wyznań lub poszczególnych dogmatów. L. Gardocki proponuje, by przyjąć „zasadę nieograniczonego zakresu merytorycznej analizy i krytyki oraz jednocześnie uznać istnienie pewnych nieprzekraczalnych granic formy takiej krytyki”¹⁸. Poza ustawowymi znamionami przestępstwa z art. 196 k.k. znajdują się wypowiedzi i zachowania o charakterze negatywnym wobec przedmiotu czci religijnej lub wykorzystujące ten przedmiot jako element kreacji artystycznej, o ile ze względu na formę nie zawiera elementów poniżających. W tym przypadku uznanie za znieważające przedmiotu czci religijnej, charakteru wypowiedzi, zachowania lub kreacji artystycznej za znieważające przedmiot czci religijnej powinno być dokonywane obiektywnie, z odwołaniem się przy tym do zasad obowiązujących w danej społeczności kulturowej. „Nie powoduje wyłączenia odpowiedzialności karnej, w przypadku znieważającego charakteru działań z uwagi na ich formę, artystyczny lub naukowy cel działania sprawy”¹⁹. Jednakże cel artystyczny należy analizować ze szczególną ostrożnością tak by prawo nie ograniczało twórczej ekspresji. Obraza uczuć religij-

¹⁶ L. Gardocki, *op. cit.*, s. 258.

¹⁷ *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, LexisNexis, Warszawa 2006, s. 639.

¹⁸ L. Gardocki, *op. cit.*, s. 258.

¹⁹ *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 kodeksu karnego*, red. A. Zoll, Zakamycze, Kraków 1999, s. 502.

nych musi się odnosić do ściśle określonych osób. Stąd aby ustalić zaistnienie przestępstwa, prócz obiektywnej oceny, należy uwzględnić także subiektywny odbiór czynu przez osoby nim dotknięte. Odbiór ten może być jednak różny. Jak słusznie zauważa J. Warylewski, „stopień wrażliwości w zakresie dotyczącym uczuć religijnych może być [...] tak niski, że jakiegokolwiek zachowanie pozostające w relacji z przedmiotem czci religijnej lub miejscem przeznaczonym do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, zostanie odebrane jako godzące w uczucia religijne”²⁰.

Podsumowując, należy stwierdzić, że kryminalizacja opisanych przestępstw ograniczania człowieka w prawach ze względu na jego wyznanie lub bezwyznaniowość stanowi obecnie jedną z najważniejszych gwarancji tej wolności, zarówno w wymiarze indywidualnym jak i wspólnotowym. Ochrona wolności myśli, sumienia i religii postulowana w prawie międzynarodowym, znajduje swoje odbicie w polskim prawie karnym. Należy jednak zauważyć, iż w art. 194 k.k., ustawodawca przez nieprecyzyjny opis znamion strony podmiotowej czynu (dyskryminacji ze względu na przynależność wyznaniową lub bezwyznaniowość) doprowadził do sytuacji, w której trudno określić, jakie konkretne zachowania będą odpowiadały ustawowemu opisowi przestępstwa, co może skutkować zbyt szeroką interpretacją. *De lege ferenda* należałoby uzupełnić opis przestępstwa od jego strony przedmiotowej, wskazując na szczególnie szkodliwe zachowania oraz sposób ich popełnienia. Wątpliwości budzi również umieszczenie art. 195 § 2 k.k. w rozdziale XXIV („Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania”). Penalizując złośliwe przeszkadzanie w uroczystościach żałobnych lub obrzędach pogrzebowych, ustawodawca chroni przede wszystkim porządek publiczny, stąd właściwe wydaje się przesunięcie tego artykułu do rozdziału XXXII KK („Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”).

Bibliografia

- Freeman M., *Prawa człowieka, Sic!*, Warszawa 2007.
Gardocki L., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2009.
Jastrzębski M., *Wolność myśli, sumienia i religii*, [w:] *Prawa człowieka Wybrane zagadnienia i problemy*, red. L. Koba, W. Wąclawczyk, Oficyna a WoltersKluwer Business, Warszawa 2009.
Kodeks karny. Komentarz, red. O. Górniok, LexisNexis, Warszawa 2006.

²⁰ J. Warylewski, *Pasja czy obraz uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 Kodeksu karnego*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Wyd. UMCS, Lublin 2005, s. 373.

- Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 kodeksu karnego*, red. A. Zoll, Zakamycze, Kraków 1999.
- Makarska M., *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania w Kodeksie karnym z 1997 roku*, TN KUL, Lublin 2005.
- Nowicki M.A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka – wybór orzeczeń 2008*, Oficyna a WoltersKluwer Business, Warszawa 2009.
- Warylewski J., *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 Kodeksu karnego*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Wyd. UMCS, Lublin 2005.
- Wolność religii. Wybór materiałów. Dokumenty. Orzecznictwo*, Dom Organizatora, Toruń 2001.

Akty prawne

- Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (2007/C 303/01).
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.
- Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych, sporządzona w Strasburgu dnia 1 lutego 1995 r., Dz.U. z 2002 r., Nr 22, poz. 209.
- Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553.

Summary

Protection of Freedom of Thought, Conscience and Religion by Criminal Law in Poland in Light of International Regulations

The paper presents basic rights of individuals and mechanisms and methods of its protection. The regulations defined in Polish Constitution are described in light of the international rules. The body of the paper concentrates on protection of freedom of thought, conscience and religion in accordance with Criminal Law focusing in particular on chapter XXIV of the Code. The summary provides examples of jurisdiction in cases where the rights in question are violated.

Zasadność penalizacji krytyki funkcjonariuszy publicznych (art. 212 kodeksu karnego) w świetle prawa do wolności słowa w debacie publicznej

Wprowadzenie

Od średniowiecza aż po wiek XVIII prawo karne miejskie i wiejskie znało przestępstwo czarów¹. Los oskarżonej o ten uczynek był właściwie z góry przesądzony. Jak bowiem udowodnić, że nie jest się winnym praktyk czarnoksięskich? Dawne księgi sądowe notują wiele procesów o czary. Do takich należał proces E. Stępkowicowej, „mularki” (żony murarza), oskarżonej w 1670 r. Sprawa toczyła się przed „przesławnym” sądem w Nowym Sączu. Oskarżona, wzięta na tortury, nie tylko przyznała się do obcowania z diabłem, ale także wskazała inne swoje sąsiadki popełniające ten straszny grzech. Po trwającym niespełna miesiąc procesie Stępkowicowa została spalona nad brzegiem Dunajca². Funkcję „polowania na czarownice” odgrywa dziś art. 212 kodeksu karnego³, który w § 1 przewiduje: „Kto pomawia inną osobę, grupę osób,

¹ S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. I: X–XVII w., Księgarnia Akademicka, Kraków 1997, s. 364–365.

² W. Uruszczak, *Cudzołóstwo według prawa zakazane popełniali. Pitaval małopolski*, Collegium Columbinum, Kraków 2005, s. 72–79.

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

instytucję, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności”. Przypadku kwalifikowanego zniesławienia za pomocą środków masowego komunikowania (radia, telewizji, prasy, Internetu) z sankcją ograniczenia lub pozbawienia wolności do roku dotyczy zaś § 2 tego artykułu. Ostatnia nowelizacja tych przepisów z 5 listopada 2009 r. uchyliła sankcję więzienia w przypadku zaistnienia czynu opisanego w § 1, pozostawiając ją w drugim przypadku. Zmienione przepisy weszły w życie 8 czerwca 2010 r.⁴

Sprawcy

O popełnienie przestępstwa pomówienia funkcjonariuszy publicznych oskarżani bywają zwykle dziennikarze. Ale nie tylko: oskarżonymi stają się również inni funkcjonariusze publiczni, w tym posłowie z przeciwnych partii politycznych czy radni opozycyjni w strukturach samorządowych. Posłowie w tym kręgu występują jednak rzadko z racji ochrony za pomocą immunitetu. W ostatnim okresie Sejm nie zgodził się na uchylenie immunitetu trzem posłom: S. Niesiołowskiemu (PO), R. Kaliszowi (SLD) i Ł. Zbonikowskiemu (PiS). Symptomatyczne były wyniki głosowania nad sprawą pociągnięcia do odpowiedzialności karnej tych posłów. W sytuacji gdy druga strona sporu wywodziła się z przeciwnej opcji politycznej, posłowie, głosując, stali murem za partyjnym kolegą lub partyjnym interesem. Kiedy wicemarszałek Sejmu S. Niesiołowski zarzucił szefowi NBP S. Skrzypkowi, że jest „karnym funkcjonariuszem PiS”, a nadto, że „dostał zadanie od Jarosława Kaczyńskiego, dlatego szkodzi rządowi i Ministerstwu Finansów”, za uchyleniem immunitetu głosowało 134 posłów PiS⁵. Gdy R. Kalisz oskarżył Z. Ziobrę, że ten, gdy był ministrem sprawiedliwości, ujawnił prezesowi PiS J. Kaczyńskiemu, jako osobie nieuprawnionej, materiały z postępowania w sprawie mafii paliwowej, w głosowaniu nad uchyleniem immunitetu za byli przede wszystkim posłowie PiS, a przeciw głosowali posłowie Lewicy (i PO)⁶. Inaczej przebiegało głoso-

⁴ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1589.

⁵ Por. uchwała Sejmu RP z 8 kwietnia 2010 r., M.P. z 2010 r. Nr 22, poz. 210, głosowanie nr 19 na 64 posiedzeniu, www.sejm.gov.pl.

⁶ Por. uchwała Sejmu RP z 8 kwietnia 2010 r., M.P. z 2010 r. Nr 22, poz. 209, głosowanie nr 18 na 64 posiedzeniu Sejmu, www.sejm.gov.pl.

wanie w sprawie posła Ł. Zbonikowskiego. Uchylenia immunitetu domagał się prezydent Włodławka A. Pałucki. Twierdził on, że Zbonikowski zniesławił go w lokalnym biuletynie PiS, pisząc, że działał na szkodę miasta, wykorzystując publiczne pieniądze na naprawienie drogi zniszczonej przez prywatnego inwestora. W tym przypadku 406 posłów głosowało za zachowaniem przez posła immunitetu, jedynie 5 posłów było przeciwko; przynależność partyjna nie odgrywała żadnej roli – niedoszły oskarżyciel prywatny pochodził ze struktur samorządowych, znajdował się poza skłóconym zazwyczaj Sejmem. Tym razem Sejm okazał się niemalże jednomyślny w ochronie swego członka przed odpowiedzialnością karną. Do wyjątków natomiast należy zaliczyć sprawę A. Leppera. Uchylenie ówczesnemu posłowi Samoobrony immunitetu pozwoliło na prowadzenie przeciwko niemu postępowania karnego w sprawie o pomówienie, którego miał się dopuścić w 2001 r., oskarżając posłów PO i SLD o kontakty ze światem przestępczym. Wicepremier A. Lepper został skazany na rok i trzy miesiące więzienia w zawieszeniu⁷. W jego sprawie w 2006 r. wydał oświadczenie Komitet Helsiński, podkreślając potrzebę szczególnej ochrony debaty parlamentarnej w każdym społeczeństwie demokratycznym. „Istnieją – pisze dalej Komitet – instrumenty inne niż ściganie karne, umożliwiające przywołanie do porządku parlamentarzystów, jeśli debata parlamentarna przybiera nieparlamentarne formy”. Komitet podkreślił również, że „Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu systematycznie nawołuje do wyjątkowej powściągliwości w posługiwaniu się prawem karnym do moderowania debaty publicznej”. Sprawa byłego posła A. Leppera trafiła na wokandę Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz) w Strasburgu⁸. Powyższe sytuacje pokazują niejednorodność w podejściu do przestępstw zniesławienia i dominację interesów politycznych i partyjnych oraz wykorzystywanie do tych celów prawa karnego⁹.

Dziennikarze znajdują się w polu największego rażenia. Ich zawodową rolą jest przecież przekazywanie informacji. W szczególności za cenne należy uznać poruszanie spraw społecznie istotnych, a do takich zalicza się opisywanie sposobu działania organów władzy publicznej. Niejednokrotnie zainteresowanie mediów spowodowało wykrycie nieprawidłowości czy nadużyć. Sytuacja dziennikarzy gazet o zasięgu ogólnopolskim czy innych mediów krajowych

⁷ *Wicepremier Lepper skazany, ale zachowuje funkcje publiczne*, 8 maja 2006, www.wiadomosci.wp.pl.

⁸ www.hfhrpol.waw.pl; *Trybunał w Strasburgu zajął się sprawą Leppera*, 19 października 2009, www.prawo.gazetaprawna.pl.

⁹ Do bardzo rzadkich należy zaliczyć przypadek dobrowolnego zrzeczenia się immunitetu przez posła J. Palikota w sporze z lubelskim radnym P. Więckowskim; wyrokiem z 16 czerwca 2010 r. poseł został uniewinniony od zarzutu zniesławienia, por. *Sąd: Palikot nie zniesławił*, 16 czerwca 2010, www.dziennik.pl.

jest, w moim mniemaniu, zdecydowanie korzystniejsza niż tych pracujących dla lokalnych środków publicznego przekazu. chyba że przypadek tych drugich zostanie nagłośniony. Tak było w przypadku redaktora lokalnej gazety „Wieści Polickie” A. Marka, którego w 2001 r. sąd skazał na trzy miesiące więzienia w zawieszeniu pod warunkiem publicznego przeproszenia urzędnika gminnego pomówionego o kombinatorstwo. Marek odmówił przeproszenia, czego skutkiem było odwieszenie kary więzienia przez sąd. W obronie lokalnego dziennikarza stanęły media ogólnopolskie. Znani dziennikarze zamknęli się w metalowej klatce w akcie protestu przeciwko naruszeniu wolności słowa. Niewątpliwie rozpowszechnienie sprawy Marka okazało się dla niego bardzo pomocne. Ostatecznie po odmowie prezydenta A. Kwaśniewskiego kolejny prezydent L. Kaczyński ułaskawił A. Marka, pozostawiając jednak karę więzienia w zawieszeniu¹⁰. Okazało się bowiem, co przyznawali także dziennikarze, że Marek działał w celu ochrony własnych interesów, dążąc do wyeliminowania konkurencji¹¹. Na tle sprawy Marka należy od razu podnieść całkowicie nieuzasadnione zagrożenie karą więzienia. Minimaliści dążą więc przynajmniej do wykreślenia z art. 212 k.k. tej kary jako zupełnie nieadekwatnej do wymogów demokracji i społeczeństwa obywatelskiego.

Zazwyczaj jednak dziennikarze lokalni i ich gazety znajdują się w bardzo trudnym położeniu¹². Ich krytyczne teksty dotyczą bowiem funkcjonowania władzy lokalnej. Ta zaś radzi sobie z oponentami na różne sposoby; do najbardziej rozpowszechnionych należy wydawanie gazetek finansowanych z gminnego budżetu. Przepisy nie zabraniają umieszczania w nich reklam, a zatem odbierają w ten sposób możliwość pozyskiwania środków finansowych przez prasę opozycyjną¹³. Jeśli to nie pomaga, stosuje się najrozmaitsze naciski i presję, aby pozbyć się krytyków. Służy do tego także prawo karne.

Do takich przypadków należy sprawa C. Gazdy, który w piśmie „Nad Skawą”, wydawanym w nakładzie 800 egzemplarzy od 1997 r., krytykował wójta gminy Tomice w województwie małopolskim. Oskarżał go o dyskryminację, nepotyzm i brak obiektywizmu. W 1999 r. opublikował artykuł opatrzony tytułem: *O pewnym rodzaju ludzi – śledząc pijacką sesję (Rady) w Tomicach*.

¹⁰ *Andrzej Marek nie idzie do więzienia*, 29 czerwca 2007, www.szczecin.gazeta.pl.

¹¹ *Spór o wolność słowa czy o Andrzeja Marka*, 12 kwietnia 2004, www.wyborcza.pl.

¹² *Wolność słowa w prasie lokalnej* „Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” (dalej: „Biuletyn”) 2009, nr 9, s. 5–6. „Biuletyn” dostępny na stronie: <http://www.obserwatorium.org>.

¹³ *Wspólne Stanowisko Uczestników Konferencji Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka i Izby Wydawców Prasy w sprawie warunków ochrony konkurencji na rynku pracy lokalnej*, Kraków, 29 października 2009, „Biuletyn” 2009, nr 10, s. 6; cd.: Ł. Lasek, *Wolność słowa w prasie lokalnej. Prasa lokalna a normy ochrony konkurencji i pluralizm medialny*, „Biuletyn” 2009, nr 11, s. 1–3.

Napisał w nim, że wójt rządzi Tomicami „od dziesiątków lat”, a ponadto, że w czasach komunistycznych przyjmował łapówki w różnej formie, także pieniądze, za pomoc w zakupie cementu czy traktora. Gdy w 2000 r. tamtejsza Rada Gminy wystąpiła do prezydenta A. Kwaśniewskiego o przyznanie wójtowi Krzyża Kawalerskiego Orderu Odrodzenia Polski za osiągnięcia w działalności lokalnej, C. Gazda opublikował artykuł *List otwarty do prezydenta*, w którym napisał: „Jest powszechnie znane, że w ciągu 15 lat pełnienia urzędu wójta – jako urzędnik cywilny, który zdobywał wpływ na dystrybucję dóbr reglamentowanych – stał się sławny ze względu na swoje skąpstwo i korupcję”. Finałem sporu była sprawa przed sądem karnym w Wadowicach zakończona wyrokiem skazującym dziennikarza na grzywnę 1 tys. złotych. Dziennikarz został ponadto zobowiązany do wpłacenia 2,5 tys. zł na cele dobroczynne oraz pokrycia kosztów procesu w wysokości 800 zł¹⁴. Sprawa będzie wkrótce rozstrzygana przed ETPCz¹⁵.

Obecnie, ze względu na powszechny dostęp do Internetu, rozwija się dziennikarstwo obywatelskie, niezawodowe. Do takich dziennikarzy należał J. Długołęcki, z wykształcenia inżynier, który założył lokalną gazetę „Kolbudzkie ABC, Periodyk, Prywatny, Niezależny”. W 1998 r. opublikował artykuł *Prawo Petera* skierowany przeciwko byłemu burmistrzowi, który starał się w trakcie wyborów samorządowych o mandat radnego. Długołęcki w publikacji ocenił dotychczasową działalność kandydata jako burmistrza, przywołując wymienioną w tytule regułę, według której „w trakcie swojej kariery urzędnik dąży po jej szczeblach do osiągnięcia stanowiska, na którym będzie całkowicie niekompetentny”. Po procesie karnym wydano co prawda wyrok uchylający w przedmiocie art. 212 k.k., a warunkowo umarzający postępowanie w zakresie art. 216 k.k., jednak oskarżony musiał zapłacić nawiązkę i koszty procesu, a ponadto został wpisany do rejestru skazanych (Krajowy Rejestr Karny – KRK). Skutkiem tego rozstrzygnięcia było wniesienie przez Długołęckiego skargi do ETPCz w Strasburgu (skarga nr 23806/03), który stwierdził naruszenie przez Polskę art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁶ wyrokiem z dnia 24 lutego 2009 r. Warte zauważenia jest zdanie odrębne sędziego N. Bratzy, który dowodził, że dziennikarze nie powinni być poddawani żadnej formie odpowiedzialności karnej w związku z dokonywaną przez nich krytyką osób publicznych¹⁷. Ponadto,

¹⁴ www.wadowice.pl.

¹⁵ *Krytyka władz lokalnych*, „Biuletyn” 2009, nr 8, s. 7.

¹⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

¹⁷ *Długołęcki przeciw Polsce*, „Biuletyn” 2009, nr 2, s. 6–7. <http://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego>

jak w sprawie Z. Kurlowicza, przewodniczącego Rady Miejskiej w Knyszynie, ETPCz zauważył, że nawet warunkowe umorzenie postępowania z wpisem do KRK należy zakwalifikować jako nadmierną dolegliwość¹⁸.

Odpowiedzialności karnej podlegają również osoby piszące na forach czy blogach internetowych, które pełnią funkcje współczesnej agory¹⁹. Ostatnio swoją krytyką władz samorządowych bloger z Mosiny naraził się na prywatny akt oskarżenia ze strony tamtejszej burmistrz²⁰. W szranki z funkcjonariuszami publicznymi przed sądem karnym stają więc również zwykli obywatele, niepełniący żadnych funkcji publicznych.

Pokrzywdzeni

Po przeciwnej stronie, na ławach oskarżycielskich, zasiadają zwykle samorządowcy: wójtowie, burmistrzowie, starostowie, urzędnicy i pracownicy samorządowi oraz administracji rządowej, radni, posłowie, oraz kandydaci na te stanowiska; zdarzają się jednak, choć rzadko, także przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości. W ostatnim czasie do najgłośniejszych należy sprawa M. Maciejewskiego, redaktora „Gazety Wyborczej” (dodatek dolnośląski), który w stosunku do sędziów i prokuratorów użył określenia „złodzieje w wymiarze sprawiedliwości” oraz „Mafijny układ prokuratorsko-sędziowski”, a także dokonał, jak wynika z wyroku skazującego dziennikarza, pomówienia prokuratora o niewłaściwe prowadzenie śledztwa w konkretnej sprawie²¹.

Funkcjonariusze publiczni – byli i obecni – zgodnie z konstrukcją art. 212 k.k. wnoszą prywatne akty oskarżenia²². Jednak zgodnie z art. 60 § 1 kodeksu postępowania karnego²³ jest możliwe wszczęcie postępowania z urzędu oraz

trybunału-praw-czlowieka/orzeczenia-w-sprawach-dotyczacych-polski/rok-2009, dostęp: 30 marca 2012.

¹⁸ Wyrok Kurlowicz przeciwko Polsce z 22 czerwca 2010, skarga nr 41029/06.

¹⁹ Ł. Łebski, *Blogi jako współczesna Agora. Równość autorytetów i osób anonimowych?*, „Biuletyn” 2009, nr 5, s. 1–4.

²⁰ www.hfhrpol.waw.pl.

²¹ *Strasburg odniesie się kolejny raz do skazania za zniesławienie*, „Biuletyn” 2010, nr 17, s. 7.

²² Funkcjonariusze publiczni w ujęciu Trybunału Konstytucyjnego (TK), to osoby pełniące funkcje, piastuje stanowisko albo wykonuje zawód, z którymi wiąże się wykonywanie zadań władzy publicznej, wyrok TK z 12 maja 2008, sygn. SK 43/05, teza 10.2; por. art. 115 & 13 i 19 k.k.

²³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

wniesienie publicznego aktu oskarżenia. Dzieje się to wówczas, gdy prokuratura uzna, że istnieje potrzeba działania w interesie społecznym²⁴. Uważam wszczynanie przez prokuraturę postępowań przygotowawczych w sprawach o pomówienia funkcjonariuszy publicznych za całkowicie nieuzasadnione. Za wypowiedzi uruchamia się przeciwko człowiekowi potężną machinę wymiaru sprawiedliwości, z takimi narzędziami, jak: wezwania w charakterze podejrzanego, ogłoszenie mu postanowienia o przedstawieniu zarzutów, stosowanie wszelkich ograniczeń związanych ze statusem podejrzanego. Takie działania podjęła Prokuratura Rejonowa w Brzegu w stosunku do studenta o nicku „BartekBartek”, który wypowiadając się na temat starosty brzeskiego oraz dwóch innych osób, stwierdził: „Ale i tak szerzą kolesiostwo i nachapanie się, a to wszystko chcą popijać dobrą wódką za państwowe... Brak słów... nieroby, złodzieje i »przekręciarze«”²⁵. To postępowanie organów ścigania budzi poważne wątpliwości. Funkcjonariusze publiczni mają wystarczające możliwości działania. Tworzenie im dodatkowych w postaci wsparcia publicznych organów ścigania jest zupełnie nieuzasadnione, tym bardziej gdy śledztwo prowadzi prokuratura o właściwości miejscowej tożsamej z właściwością działania tegoż funkcjonariusza. Za zupełnie niepojęte należy uznać prowadzenie śledztwa w sprawie zniesławienia prokuratorów przez prokuraturę funkcjonującą w tym samym okręgu. Ten sam problem dotyczy policji wykonującej czynności postępowania przygotowawczego, gdy pomówiony był inny policjant. Dostrzegam realną możliwość wykorzystywania art. 60 § 1 k.p.k. w celu ochrony interesu prywatnego pod pozorem ochrony interesu społecznego.

Proces karny jako dolegliwość

Proces karny jest nie lada wyzwaniem dla oskarżonego, zwłaszcza jeśli na przeciwko niego zasiada prokurator jako oskarżyciel publiczny. Od wniesienia aktu oskarżenia do sądu oskarżony o pomówienie podlega takim samym ograniczeniom jak inni oskarżeni: można od niego pobierać odciski, kierować go na badanie psychiatryczne lub psychologiczne, każde opuszczenie miejsca stałego pobytu musi zostać zgłoszone sądowi²⁶.

Nie mając zapewne tej świadomości, R. Rewiński, dziennikarz „Gazety Wyborczej”, który w 2004 r. w dodatku zielonogórsko-gorzowskim zamieścił szereg artykułów i wywiadów mających świadczyć o powiązaniach pomię-

²⁴ Por. M. Czekaj, *Ingerencja prokuratora w sprawach o przestępstwa prywatnoskargowe*, teza nr 4, LEX 21242.

²⁵ „Biuletyn” 2009, nr 1, s. 7.

²⁶ Art. 74 § 2, art. 75 § 1 i § 2 k.p.k.

dzy Wojewódzkim Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej (WFOŚiGW) w Zielonej Górze a firmą Victoria SC (jej prezesem był K. Kiżuk, radny powiatu głogowskiego, będący jednocześnie dyrektorem ds. rozwoju przedsiębiorstwa o podobnej nazwie: Victoria sp. z o.o.) oraz Mazowiecką Kasą Chorych (MKCh). Efektem tej „współpracy” miało być „przepompowanie” 600 tys. zł z WFOŚiGW na konto prywatnej spółki, na zadania niezwiązane z ochroną środowiska. Ponadto pokazano w publikacjach powiązania personalne (zatrudnianie dzieci prezesów Funduszu, zatrudnienie byłego dyrektora ds. finansowych Kasy na stanowisku prezesa spółki Victoria po uzyskaniu kontraktu z MKCh na kwotę 10 mln zł)²⁷. Oskarżony Rewiński w trakcie procesu karnego, który w 2007 r. został przeniesiony do innego sądu ze względu na zmianę właściwości, nie zawiadomił o zmianie miejsca pobytu; wraz z rodziną zamieszkał bowiem w Warszawie. Sąd orzekający uznał, że dziennikarz celowo unika wymiaru sprawiedliwości, więc wydał za nim międzynarodowy list gończy. Policja, grożąc użyciem broni, zatrzymała Rewińskiego jak niebezpiecznego przestępcę – w Wielkiej Czwartek, przed domem, gdy wracał samochodem z przedświątecznych zakupów. Postanowieniem sądu dziennikarz został aresztowany na dwa miesiące, co następnie zamieniono na 20 tys. zł poręczenia majątkowego; Rewiński wyszedł jednak dopiero po siedmiu dniach, ponieważ tyle czasu zabrało dostarczenie decyzji sądu do aresztu śledczego²⁸. Łatwo sobie wyobrazić przeżycia człowieka osadzonego w takiej placówce wśród pospolitych przestępców; jego poczucie krzywdy i upokorzenia.

Należy podkreślić, że sam proces o wypowiedziane czy napisane słowa jest niezwykle negatywnym przeżyciem dla oskarżonego. Postępowanie karne, nawet bez udziału prokuratora, niesie ze sobą wiele uciążliwości: począwszy od konieczności korzystania z usług adwokata (o ile znajdzie się chętny w sprawie z politykiem często prominentnym, sędzią czy prokuratorem), co wiąże się z dużym obciążeniem finansowym, przez wyłączenie z czynnego życia zawodowego w okresie przygotowań do rozprawy oraz jej odbywania, na stresie, który obciąża również rodzinę, skończywszy. Oskarżony musi się stawić na każde wezwanie sądu pod rygorem doprowadzenia przez policję. W sprawach o pomówienie rozprawy są zazwyczaj utajnione na wniosek oskarżyciela prywatnego (względnie oskarżyciela posiłkowego). To powoduje niemożność uczestnictwa w procesie osób postronnych. Dochodzi nawet

²⁷ *Kontrola kliniki w Radzynie*, 12 października 2004, www.zielonagora.gazeta.pl; *Rozmowa z prezesem kliniki w Radzynie*, 13 listopada 2004, www.zielonagora.gazeta.pl.

²⁸ B. Grabowska, *Tymczasowe aresztowanie za zarzut zniesławienia*, „Biuletyn” 2009, nr 2, s. 4.

do takich sytuacji, gdy działający w trybie art. 361 § 3 k.p.k. przedstawiciele Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka (HFPCz) zostają wyproszeni z sali rozpraw. Tak się stało w przypadku sprawy z oskarżenia prywatnego wniesionego przez władze Częstochowy przeciwko Ogólnopolskiemu Zrzeszeniu Emerytów i Rencistów²⁹.

Orzecznictwo sądów krajowych na tle wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Konstytucyjnego

Sądy krajowe akceptują tezy wynikające z orzecznictwa strasburskiego, jednak w konkretnych wypadkach nie są realizowane idee z tych tez wynikające. Z jednej więc strony sądy przywołują orzeczenia ETPCz jednoznacznie opowiadające się za bardzo szeroką swobodą wypowiedzi i rezygnacją z używania przepisów karnych, z drugiej zaś strony z uporem wydają rozstrzygnięcia, że oto w konkretnym przypadku ta linia orzecznicza ETPCz nie może mieć zastosowania. Często też sądy w ogóle nie sięgają po orzecznictwo Trybunału³⁰. Należy więc zasygnalizować pojawiający się w literaturze przedmiotu postulat, aby orzeczenia Trybunału były źródłem prawa. Jak pisze Jacek Potulski: „Jest to wyraźny objaw tendencji właściwej szeroko rozumianemu prawu europejskiemu do zwiększania roli orzecznictwa w nawiązaniu do zasad właściwych *common law*”³¹.

Nie należą do wyjątków sytuacje, gdy akty oskarżenia są formułowane ogólnikowo; do ich konkretyzacji dochodzi w trakcie procesu, co utrudnia lub uniemożliwia prowadzenie skutecznej obrony. W przywoływanej sprawie R. Rewińskiego w toku procesu nie było wiadomo, które wypowiedzi mają być podstawą zarzutów; zarzuty nie były sprecyzowane. Dokonał tego dopiero sąd w wyroku skazującym. Wypowiadający się w mediach pełnomocnik oskarżonego stwierdził, że „ewidentnie naruszono prawo do obrony”³². Podobny zarzut padł w sprawie właścicieli firmy holowniczej w Bełchatowie, którym ktoś podpalał holowniki, a nawet doszło do pobicia właściciela przedsiębiorstwa przez nieznaną sprawców. Pokrzywdzeni, podejrzewając konkurenta na rynku, mającego, jak twierdzili, znajomości z komendantem miej-

²⁹ „Biuletyn” 2010, nr 14, s. 8.

³⁰ „Fakt vs. Opinia” – rozważania na kanwie sprawy *Michnik vs. Zybortowicz*, „Biuletyn” 2009, nr 4, s. 2 (głos A. Wdowczyka).

³¹ J. Potulski, glosa do postanowienia Sądu Najwyższego (dalej: SN) z dnia 22 czerwca 2004, sygn. V KK 70/04, teza I, LEKs 48385.

³² Zob. wypowiedź M. Wojcieszaka, adwokata R. Rewińskiego, w: K. Celińska, *Sąd po raz kolejny skazuje dziennikarza z artykułu 2/2*, 12 lutego 2009, www.wyborcza.pl.

scowej policji, zadzwonili na numer interwencyjny Komendy Głównej Policji. Rezultatem tego było oskarżenie właścicieli firmy przez komendanta policji w Bełchatowie. Jak twierdziła adwokat A. Młynarska-Sobaczewska, sędzia sam formułował zarzuty wobec braku ich konkretyzacji w akcie oskarżenia. Doszło do skazania za pomówienie. Na szczęście przed rozstrzygnięciem apelacji łódzka policja aresztowała zleceniodawcę pobicia i podpaleń, a okazał się nim właściciel konkurencyjnej firmy³³.

Polskie sądy, badając, czy nastąpiło pomówienie, podejmują wysiłki w celu ustalenia prawdy, skoro, zgodnie z art. 213 k.k., nie podlega odpowiedzialności karnej osoba, której wypowiedź była prawdziwa. Często nie odróżniają w procesie ustalania prawdy opinii (sądów wartościujących) od twierdzeń. Orzecznictwo strasburskie jest w tym zakresie jednoznaczne już od wielu lat. Podczas gdy istnienie pewnych faktów może być udowodnione, sądy wartościujące nie podlegają udowodnieniu. Wymóg udowodnienia sądu wartościującego jest niemożliwy do spełnienia i narusza sam w sobie wolność wyrażania opinii, która jest fundamentalną częścią prawa chronionego art. 10 Konwencji³⁴. Nawet dla sądów wartościujących musi istnieć wystarczająca podstawa faktyczna, ponieważ nawet sąd wartościujący niepoparty podstawą faktyczną może być nadużyciem. Podstawa ta, w świetle orzecznictwa Trybunału, może jednak mieć charakter całkiem wąty, minimalny. Mogą to być nawet pogłoski czy przypuszczenia. Inaczej rzecz się ma z faktami przedstawionymi w wypowiedzi, które powinny mieć rzetelne udokumentowanie w rzeczywistości. Oczywiście pomiędzy faktami a opiniami istnieje bardzo rozległa „szara strefa” wypowiedzi, które trudno zaliczyć do jednej z wymienionych tu kategorii. Trybunał jest skłonny stosować wobec nich takie reguły jak do sądów wartościujących, a więc dając im duży margines swobody. Znacząca liczba wyroków skazujących nie powinna więc w ogóle zapaść, ponieważ wypowiedzi oskarżonych były ich opiniami.

Bywa, że sądy zbyt restrykcyjnie podchodzą do poszukiwania prawdy, twierdząc, iż oskarżony nie udowodnił prawdziwości swoich twierdzeń. Problem dotyka więc zagadnienia tego, co rozumiemy pod pojęciem prawdy, a także kwestii możliwości przeprowadzenia dowodu – ze względów technicznych czy finansowych może się to okazać niemożliwe. Niejednokrotnie sądy muszą mieć jednoznaczny, oczywisty dowód (najlepiej inny wyrok sądowy, który ich wiąże). W każdym innym wypadku sądy orzekające w sprawach dotyczących funkcjonariuszy publicznych mają skłonność do twierdzenia, że prawdy nie dowiedziono. Nie pomaga bynajmniej sprawcy art. 29 k.k., przewidujący wy-

³³ B. Mikołajewska, *Ścigani za pomówienie, czyli artykuł 212*, 6 października 2009, www.polityka.pl.

³⁴ Por. wyrok Dąbrowski przeciwko Polsce z 19 grudnia 2006, skarga nr 18235/02.

łączenie przestępności czynu w sytuacji, gdy sprawca dopuści się go w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność albo winę, a więc – ujmując prosto to zagadnienie – sprawca był przekonany, że jego wypowiedź jest prawdziwa. Praktyka orzecznicza nie wskazuje na badanie tego aspektu, lecz na skupienie uwagi na dowodzeniu prawdziwości wypowiedzi.

Dla Trybunału natomiast najważniejsze jest stwierdzenie, czy sprawa była istotna ze społecznego punktu widzenia, służyła rozwojowi społeczeństwa obywatelskiego, została poruszona w debacie publicznej; w szczególności chronieni są dziennikarze, których zadaniem jest informowanie społeczeństwa. Trybunał zdecydowanie negatywnie odnosi się do prowadzenia spraw w trybie prawnokarnym. Uważa, że ograniczanie wolności słowa powinno następować w minimalnym zakresie i w sytuacjach jedynie najbardziej koniecznych. Wyłączenia od wolności słowa dotyczą wypowiedzi sięgających nienawiści czy wzbudzających agresję³⁵.

ETPCz podkreśla konieczne standardy zachowania dziennikarzy, by formułowali wypowiedzi przy zachowaniu szczególnej staranności i rzetelności w zdobywaniu informacji, co zgadza się także ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z 12 maja 2008 r. stwierdził: „Gdy sprawca zniesławienia wypełni standard staranności i rzetelności przy zbieraniu informacji oraz ustalaniu ich prawdziwości, to nie poniesie odpowiedzialności karnej nawet wtedy, gdy podnoszone lub rozgłaszane zarzuty okażą się nieprawdziwe” (SK 43/05). Standard rzetelności dziennikarskiej (a nie wymóg prawdy) doczekał się również uwzględnienia w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Jak w tej sytuacji ocenić wyrok w sprawie R. Rewińskiego wydany przez Sąd Okręgowy w Zielonej Górze 13 lutego 2009 r., który – jak wynika z informacji medialnych – w ustnym uzasadnieniu stwierdził, że „nie można pisać wszystkiego, co inni mówią”, skoro dziennikarz korzystał z informacji radnego sejmiku wojewódzkiego T. Ardelliego, skądinąd prawnika, wykonującego zawód adwokata. Rewiński opierał się na treści interpelacji wnoszonych przez radnego podczas sesji sejmiku, a artykuł w sprawie nieprawidłowości w WFOŚiGW miał postać wywiadu z Ardellim. Wywody Sądu tym bardziej muszą budzić wątpliwości, że po kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli w zielonogórskim Funduszu do jego budżetu zwrócono kwotę 600 tys. zł, wydatkowaną wcześniej na rzecz spółki Victoria. Zakładając, że podane tu ustalenia oddają rzeczywiste fakty, należy dojść do wniosku, iż poczynania dziennikarza były bardzo pożyteczne z punktu widzenia interesu

³⁵ „Biuletyn” 2009, nr 4, s. 1; por. uwagi M. Kucki, K. Pałki, glosa do wyroku TK z 30 października 2006, sygn. P 10/06, teza I, LEX nr 83736. Por. wyrok Leroy przeciwko Francji z 2 października 2008, skarga nr 36109/0.

społecznego. Zamiast należnego szacunku i aprobaty jego działań spotkały go jedynie upokorzenia i zwykła ludzka krzywda.

W kontekście różnicy pomiędzy pozyskiwaniem informacji a ich rozpowszechnianiem dostrzeżonej przez TK na gruncie interpretacji art. 54 Konstytucji³⁶ można mówić o braku konsekwencji. Z logicznego punktu widzenia oba wyrażenia są ze sobą w ścisłym związku. Rozdziela je natomiast TK, którego zdaniem „pozyskiwanie informacji nie musi [...] automatycznie implikować ich rozpowszechniania”. TK gwarantuje więc jednostce wolność wyboru w zakresie „głębokości” (intensywności) partycypacji w życiu społecznym (teza 2.2), a jednocześnie, w tym samym wyroku, przyznaje, że „choć [...] jądro wolności słowa powiązane jest w pierwszej kolejności ze sferą praw osobistych, to w praktyce jest realizowana głównie w sferze publicznej” (teza 2.3 *in fine*). Skutkiem powyższej interpretacji art. 54 Konstytucji jest praktyka sądowa. Sądy przyznają, że jednostka może pozyskiwać informacje bez ograniczeń, ale już przy ich rozpowszechnianiu powinna się głęboko zastanowić nad konsekwencjami. Jeden z sądów orzekających w sprawie o zniesławienie dał temu wyraz, stwierdzając, że o sprawie (będącej przedmiotem prywatnego aktu oskarżenia wniesionego przez funkcjonariusza publicznego) „można sobie mówić o tym w domu”, ale na pewno nie publicznie. Takie rozumowanie zmierza, moim zdaniem, do rażącego ograniczenia wolności słowa i prawa do głoszenia poglądów. Tak praktyka ta wyglądała w poprzednim ustroju – naród wszystko mówił sobie „na ucho”, wieści rozchodziły się lotem błyskawicy, choć publicznie tych spraw nie poruszano.

O zasadności wyroków polskich sądów karnych w sprawach o pomówienie funkcjonariuszy publicznych niech świadczy fakt, że z reguły nie ostają się przed ETPCz; to oznacza, że sądy polskie wydały błędne wyroki. Jak zatem uniknąć sytuacji, które narażają Polskę na zapłatę zadośćuczynienia za cierpienie i stres skazanych za zniesławienie? Postępowanie sądów orzekających w sprawach o zniesławienie musi w kontekście tego pytania budzić poważne wątpliwości.

Sądy raczej są wyczulone na ochronę funkcjonariuszy oraz instytucji publicznych. Jeszcze w średniowieczu szczególnej ochronie podlegał majestat władcy, utożsamianego z państwem, ochronę czci szlacheckiej uważano za największy obowiązek, nie mniejszą ochroną cieszyła się cześć niewieścia (znane są procesy królowej Jadwigi czy królowej Zofii „Sonki” Holszańskiej, młodziutkiej żony sędziwego Władysława Jagiełły). Za naruszenie czci stosowano

³⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

różne kary, w tym obowiązek wejścia pod stół i odszczekania zarzutu lub wpłaty kary pieniężnej w takiej wysokości jak za popełnienie zabójstwa (głównie czynna)³⁷. Koncepcja ochrony „dobrej sławy” rozumianej jako utrwalenie statusu społecznego (odziedziczonego lub nabytego) była rozpowszechniona od XIX w. Współcześnie może to również wynikać ze sposobu myślenia nabytego w poprzednim ustroju. W świadomości pozostały z pewnością ślady przekonania, że władza powinna być otoczona szczególnym szacunkiem. Niestety, trzeba pamiętać, że w poprzednim ustroju szukano „paragrafu na człowieka”. Jest to tym bardziej niebezpieczne, że sprawy o zniesławienie dotyczą dzisiaj także oceny pracy sędziów i prokuratorów. I chociaż Trybunał powtarza, że sądy powinny być pod szczególną ochroną, to jednak i one podlegają krytyce w społeczeństwie obywatelskim. Pogląd ten został wyrażony przy okazji sprawy E. Skalki. Odsiadujący karę więzienia mężczyzna nazwał sędziów w piśmie skierowanym do sądu penitencjarnego w Katowicach „blaznami”, „analfabetami”, „spotęgowanymi kretynami”³⁸. W związku z tym poważne wątpliwości musi budzić sprawa M. Łozowskiej, która 14 września 2007 r. opublikowała w „Magazynie” białostockiego „Kuriera Porannego” artykuł pod tytułem *Zabić konkurencję*. Dziennikarka, z wykształcenia prawnik, odniosła się do osoby byłej sędzi sąd rejonowego, pisząc: „pięć lat temu, po długim postępowaniu przed sądem dyscyplinarnym, przestała być sędzią, a sądziła 24 lata. Została ukarana za niejasne związki ze światem przestępczym, m.in. chodziło o rolę, którą odegrała w sprawach, w które zamieszany był jej mąż”. Dziennikarka oparła się na orzeczeniu sądu dyscyplinarnego rozpoznającego sprawę owej sędzi. Sprawa M. Łozowskiej była rozpoznawana w sądzie, w którym była sędzią orzekała przez większość swego życia zawodowego. Należy dodać, że obiektem szczególnego dziennikarskiego zainteresowania Łozowskiej są, jak sama pisze, „skorumpowani sędziowie, prokuratorzy, policjanci”. Pisze o „ludziach skrzywdzonych przez bezduszny wymiar sprawiedliwości”. Jest autorką widniejącego w wydaniu internetowym „Kuriera Porannego” artykułu *Mamo, tato, ja też chcę być sędzią*, w którym dowodzi, że na 28 sędziów Sądu Apelacyjnego w Białymstoku 13 ma dziecko lub inną osobę z kręgu najbliższej rodziny w sądzie, a niektórzy aż po dwie osoby³⁹. Czy więc sprawa tej dziennikarki powinna w ogóle zawisnąć przed jakimkolwiek składem orzekającym Sądu w Białymstoku?

³⁷ S. Płaza, *op. cit.*, s. 400, 407.

³⁸ Wyrok Skalka przeciwko Polsce z 27 maja 2003, skarga nr 43425/98, teza 34.

³⁹ „Kurier Poranny”, 23 stycznia 2004, www.bialystokonline.pl; <http://www.poranny.pl/apps/pbcs.dll/article?AID=/20040123/MAGAZYN/40122002>, dostęp: 30 marca 2012.

Trybunał tymczasem od lat powtarza, że funkcjonariusze publiczni powinni mieć „grubą skórę”, być odporni na krytykę⁴⁰. Należy wyważyć proporcje pomiędzy dobrem społecznym (otwartą i szeroką debatą) a dobrym imieniem funkcjonariusza publicznego. Trybunał zazwyczaj staje po stronie tego pierwszego dobra. Za godne uwagi należy odnotować postulaty, by ustanowić tryb oceny sędziów, których wyroki są uchylane przez Trybunał. Skoro sędziowie w swojej działalności orzeczniczej popełniają rażące błędy, powinni podlegać surowej odpowiedzialności⁴¹.

Prośba o kasację

Inny problem, który powstaje w związku ze sprawami o zniesławienie, to możliwość wniesienia kasacji do Sądu Najwyższego. W świetle polskiej procedury karnej skazany prawomocnym wyrokiem może się zwrócić z prośbą o wniesienie kasacji w jego sprawie do Rzecznika Praw Obywatelskich, ewentualnie Prokuratora Generalnego (dawniej łączonego z funkcją Ministra Sprawiedliwości), na zasadzie art. 521 k.p.k. Pomijając działanie Prokuratora Generalnego, spróbujmy się skupić na ocenie funkcjonowania w tym zakresie Biura Rzecznika. Z samej istoty tego urzędu należałoby wnioskować, że Rzecznik będzie korzystał z prawnej możliwości wniesienia kasacji na korzyść skazanego, art. 10 Konwencji odpowiada bowiem art. 54 Konstytucji RP z 1997 r.⁴² Ochrona wolności wypowiedzi i prawa do głoszenia poglądów leży zatem w zakresie kompetencji Rzecznika Praw Obywatelskich. Wydawałoby się więc, że Rzecznik niejako automatycznie powinien korzystać z tego środka prawnego. Niestety, jak do wodzą tego przykłady, Rzecznik odmawia wniesienia kasacji, twierdząc, że nie ma ku temu podstaw. Tak na przykład postąpił 31 grudnia 2009 r. w sprawie M. Łozowskiej, pomimo że prośba dziennikarki była poparta przez HFPCz⁴³. Zaniepokojenie musi także budzić jakość wnoszonych kasacji, skoro w sprawie A. Marka Sąd Najwyższy zarzucił, że kasacja wniesio-

⁴⁰ Wyroki ETPCz w sprawach: Lingens przeciwko Austrii, wyrok z 8 lipca 1986, skarga nr 8815/82; Castells przeciwko Hiszpanii, wyrok z 23 kwietnia 1992, skarga nr 11798/85.

⁴¹ Na tle wyroku Maiorano i inni przeciwko Włochom z 15 grudnia 2009, skarga nr 28634/06, por. J.C. Kamiński, *Działalność ETPCz w 2009 r.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 4, s. 33.

⁴² Por. wyrok Sanocki przeciwko Polsce z 17 października 2007, skarga nr 28949, teza 37–42.

⁴³ www.hfhrpol.waw.pl.

na przez Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich była sformułowana wadliwie⁴⁴. Z przedstawionej Sejmowi informacji o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w 2008 r. wynika, że w 2007 i 2008 r. wniósł on po 46 kasacji. Nie udało mi się ustalić, ile próśb zostało odrzuconych. Ze sprawozdania wynika jednak, że Rzecznik ze względu na niepotwierdzenie się zarzutów wnioskodawcy negatywnie odniósł się do 60% wniosków kierowanych do jego biura (7775 wniosków). W liczbie tej z pewnością znalazły się również negatywnie rozpatrzone próśby o wniesienie kasacji⁴⁵.

Skutki wyroku skazującego i warunkowo umarzającego postępowanie

Oczywiście należy spojrzeć również na sprawy o zniesławienie jako narzędzia walki z przeciwnikami, opozycją, stosowane w celu jej zniszczenia. Zarzut ten można postawić obu stronom konfliktu. Przepisy przewidują bowiem w poszczególnych przypadkach utratę sprawowanego mandatu czy urzędu, a także niemożność realizacji różnych praw. Skazanie lub wydanie wyroku warunkowo umarzającego postępowanie karne z oskarżenia publicznego (a takie jest możliwe w sprawach o zniesławienie) radnego lub wójta (burmistrza, prezydenta) powoduje utratę biernego prawa wyborczego lub sprawowanego przez niego mandatu⁴⁶. Nie inaczej wyglądała sprawa J. Winieckiego, którego prezes Narodowego Banku Polskiego (NBP) S. Skrzypek oskarżył przed sądem o pomówienie za wyrażoną przez profesora ocenę jego osoby jako człowieka o zbyt niskim wykształceniu do kierowania NBP⁴⁷. Gdyby wyrok skazujący się uprawomocnił, Winiecki utraciłby miejsce w Radzie Polityki Pieniężnej, której jest członkiem⁴⁸. Podobnie rzecz się ma z mianowanymi pracownikami naukowymi, którym z chwilą odbywania kary pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności wygasa mianowanie. Rektor może rozwiązać z nimi

⁴⁴ Por. postanowienie SN – Izba Karna i Wojskowa z 22 czerwca 2004, sygn. V KK 70/04.

⁴⁵ Por. syntezę Informacji o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w 2008 r. z uwagami o stanie przestrzegania wolności i praw człowieka i obywatela, s. 102, 105, www.rpo.gov.pl.

⁴⁶ Art. 7 ust. 2 pkt 1 i 2 oraz art. 190 ust. 1 pkt 3 ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województwa z 16 lipca 1998, t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 159, poz. 1547; por. wyrok TK z 23 marca 2010, sygn. K 66/07.

⁴⁷ Por. K. Kański, *Nie będzie ugody – w procesie Skrzypek – Winiecki*, 2 marca 2009, www.wiadomosci.gazeta.pl.

⁴⁸ Por. art. 6 ust. 2 i art. 13 ust. 5 pkt 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim, t.j. Dz.U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2.

stosunek pracy bez wypowiedzenia w związku z prawomocnym wyrokiem karnym za przestępstwo popełnione z winy umyślnej⁴⁹. Są to realne zagrożenia niezwykle groźnymi dla człowieka skutkami za wypowiedane słowa. Czy zostają zachowane proporcje pomiędzy powagą dokonanego czynu a skutkami karnymi? Test proporcjonalności stosowany nie tylko przez ETPCz, ale także przez Trybunał Konstytucyjny nie jest wypełniony⁵⁰. W szczególności owa nieproporcjonalność dotyczy kary przewidzianej w art. 212 § 2 k.k., który mówi o możliwości skazania sprawcy na najsurowszą z kar – karę pozbawienia wolności.

Niejednolite stanowisko zajmuje opinia publiczna. Wśród części społeczeństwa dominuje przekonanie o panującej w organach władzy korupcji oraz o poważnych nieprawidłowościach w funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości⁵¹. Z taką opinią można się także często spotkać na forach internetowych. Nierzadko pojawiają się jednak głosy przeciwne, jak w związku z historią R. Rewińskiego. Na forum internetowym po serii artykułów prasowych dotyczących losów dziennikarza dominowały wypowiedzi w stylu: „Dziennikarze próbują stawiać się ponad prawem. Za pisanie bzdur powinno się ponosić konsekwencje. Inaczej ja mógłbym też sobie założyć gazetkę w nakładzie 500 egz. i tam każdego bezkarnie opluwać – bo mam do tego prawo, bo jestem dziennikarzem. Brawo sąd!”, „Takich wyroków powinno być więcej, ale powinny zapadać szybko”⁵².

Warto w związku z powyższym zaznaczyć, że obecnie fora są przepelnione rozmaitego rodzaju oskarżeniami, pomówieniami pod adresem rozmaitych osób, głównie publicznych. Gdyby rygorystycznie stosować art. 212 k.k., w rejestrze skazanych znalazłaby się wkrótce może połowa dorosłej populacji Polaków.

Podjęmowano dotychczas wiele prób zmiany art. 212 k.k., w szczególności przez nowelizację kodeksu karnego. Jak dotąd, pomimo zapowiedzi polityków, niewiele w tej sprawie zostało zrobione. Ostatnia nowelizacja jest bowiem w dużym stopniu niewystarczająca. Zapowiedzi Ministerstwa Sprawiedliwości w odniesieniu do usunięcia art. 212 k.k. nie zostały zrealizowane. Do wielce zastanawiającej sytuacji doszłoby wtedy, gdyby przed ETPCz zapadł

⁴⁹ Art. 126 pkt 4, art. 127 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, Dz.U. z 2005 r. Nr 164, poz. 1365.

⁵⁰ Wyrok TK z 12 maja 2008, sygn. SK 43/05.

⁵¹ Por. J. Beldowski, M. Ciżkowicz, D. Sześciło, *Efektywność polskiego sądownictwa w świetle badań międzynarodowych i krajowych*, Forum Obywatelskiego Rozwoju, Warszawa 2010, s. 3–4.

⁵² Forum do artykułu K. Celińskiej, *Zielonogórski sąd skazał dziennikarza „Gazety”*, 13 lutego 2009, www.gazeta.pl.

wyrok w sprawie M. Maciejewskiego uznający naruszenie przez polskie sądy art. 10 Konwencji, skoro TK uznał w postępowaniu ze skargi tegoż konstytucyjność art. 212 k.k.⁵³

Postulaty

Jedynym właściwym według mnie rozwiązaniem jest wykreślenie art. 212 z kodeksu karnego w jego obecnej postaci. Moim zdaniem wynikający z art. 213 k.k. obowiązek dowiedzenia prawdziwości wypowiedzi powoduje wyłączenie zastosowania art. 10 Konwencji w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie ETPCz w Strasburgu. Sprawy o wypowiedziane czy napisane słowa powinny się toczyć jedynie w trybie cywilnoprawnym. Świetnym przykładem „cywilizowanej” dolegliwości jest sprawa egzekucji wyroku sądu cywilnego o naruszenie przez posła PiS J. Kurskiego dóbr prywatnych Agory – wydawcy „Gazety Wyborczej”. Kurski został zobowiązany do przeproszenia, czego nie uczynił⁵⁴. Wydawca za zgodą sądu opublikował przeprosiny na swój koszt, a posła zobowiązano do zwrotu kosztów ogłoszenia, co skończyło się licytacją jego samochodu⁵⁴. Różnica pomiędzy dolegliwością prywatnoprawną a karną jest zasadnicza: należy ją uznać za całkowicie wystarczającą⁵⁵.

Za ewentualnie dopuszczalne uważam takie zdefiniowanie przestępstwa pomówienia, aby ochrona prawno-karna czci i dobrego imienia wszystkich pokrzywdzonych, w tym funkcjonariuszy publicznych, dotyczyła tylko i wyłącznie ich życia prywatnego i rodzinnego (por. art. 30 i 47 Konstytucji i art. 8 Konwencji). Wszelkie kwestie związane z działalnością publiczną powinny być spod tego zakresu wyłączone. Posługiwanie się bowiem jak gardą swoją godnością przez osobę pełniącą funkcje publiczne w sprawach zakresowo związanych z pełnieniem przez nią tej funkcji w warunkach rzeczywistej demokracji nie znajduje uzasadnienia. Trudno się bowiem zgodzić ze zdaniem Prokuratora Generalnego w sprawie ze skargi konstytucyjnej M. Maciejewskiego, że „podmioty dochodzące swych praw w konflikcie ze środkami masowego komunikowania, które dysponują znacznie większym potencjałem oddziaływania na opinię odbiorców, powinny być wyposażone w instrumenty prawne wyrównujące tę dysproporcję”⁵⁶. Z pewnością dysproporcja ta jest widoczna

⁵³ Por. wyrok TK z 12 maja 2008, sygn. SK 43/05.

⁵⁴ P. Rogowski, *Jak Jacek Kurski wyroki sądu szanuje*, 25 czerwca 2010, www.wyborcza.pl.

⁵⁵ Finał tej sprawy odbędzie się przed ETPCz; J. Kurski, według zapowiedzi, wniósł skargę do Trybunału.

⁵⁶ Wyrok TK z 12 maja 2008, sygn. SK 43/05, teza 2.7.

i wyraźna, gdy pokrzywdzonym jest zwykły obywatel, natomiast nie można już tego orzec w stosunku do funkcjonariuszy publicznych. Ci bowiem są wyposażeni w potężne instrumenty, które daje im po prostu władza.

Jak uznał Światowy Komitet Wolności Prasy (World Press Freedom Committee), występujący w sprawie M. Maciejewskiego rozpatrywanej przez TK jako *amicus curiae* (przyjaciół sądu): „Przepisy wprowadzające sankcję karną za pomówienie stanowią ochronę dla władz przed komentowaniem i opisywaniem ich działań”, a nadto normy prawnokarne spełniają funkcje narzędzia politycznego systemów autokratycznych”. Należą więc do kategorii norm, które nie mają nic wspólnego z systemami demokratycznymi, przewidującymi z samej istoty szeroki margines tolerancji. W demokracjach „niedojrzałych” (Polska, Słowacja, Węgry) są reliktem poprzedniego ustroju. Stosowanie tych norm jest z reguły niekonsekwentne, co bezpośrednio wynika z ich nieaktualności w systemie demokratycznym.

Skoro o uchylenie przepisów o zniesławieniu mogły się postarać takie państwa jak Ghana czy Sri Lanka, najwyższa pora, by do nich dołączyła także Polska⁵⁷. Na tym tle warto przypomnieć wyrok TK z 6 grudnia 2005 r., w którym stwierdzono, że ograniczeń nakładanych na osoby sprawujące funkcje publiczne nie można rozpatrywać w kategoriach ograniczeń wolności i praw tych osób, lecz należy je traktować jako środek zapewnienia prawidłowego funkcjonowania instytucji publicznych (sygn. SK 7/05, podobnie wyrok TK z 8 października 2001 r., sygn. K 11/01).

Ponadto należy zwrócić uwagę na całkowitą bezpodstawność ochrony instytucji, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, skoro art. 47 Konstytucji dotyczy prawa każdego (obywatela jako osoby fizycznej) do ochrony jego życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia, art. 30 Konstytucji stwierdza zaś, że przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło jego wolności i praw. Nie sposób więc zgodzić się z tezą wyrażoną w sprawie o sygn. P 10/06 TK z 30 października 2006 r., że „[...] pomówienie tych podmiotów stanowi jednocześnie ingerencję w cześć osób fizycznych z nimi związanych”. Skoro zamieszczono art. 30 oraz 47 w rozdziale II Konstytucji i dotyczą one wolności i praw osobistych człowieka i obywatela, to rozszerzanie tych praw na instytucje, osoby prawne oraz organizacje niemające osobowości prawnej jest, moim zdaniem, nieuprawnione⁵⁸. Art. 212 § 2 k.k. mógłby więc brzmieć następująco: „Kto podnosi lub rozgłasza za pomocą środków masowego komunikowania zarzuty dotyczące postępowania w sferze życia prywatnego i właściwości osobistych innej osoby, które mogą ją poniżyć w jej środowisku życiowym, opinii publicznej lub nara-

⁵⁷ *Ibidem*, teza 4.4.

⁵⁸ Por. tezę 2.2 SN w wyroku z 12 maja 2008, sygn. SK 43/05.

zić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności, podlega karze grzywny lub ograniczenia wolności”.

Podsumowanie

Z pewnością można dostrzec tendencję do liberalizacji przepisów określających odpowiedzialność karną za wypowiedane lub napisane słowa, nadal jednak w stopniu niewystarczającym i daleko odbiegającym od standardów międzynarodowych. W programie minimum sprawy tego rodzaju nie powinny być zagrożone karą więzienia. Nie powinno to mieć miejsca w żadnym demokratycznym kraju. Za całkowicie nieuzasadnione uważam ponadto jakiegokolwiek przypadki ścigania czynów zniesławienia z oskarżenia publicznego.

Program minimalistyczny jest jednak, moim zdaniem, zupełnie niewystarczający. Przepięstwo zniesławienia w obecnej postaci powinno zniknąć z kodeksu karnego. Argumentem na rzecz tego postulatu jest to, że przestępstwo to, podobnie jak przestępstwo czarów w przeszłości, po prostu nie istnieje. Jak podkreślił J. Sroka, w prawdziwie demokratycznym kraju nie można „znieważać władzy”, nie jest możliwe popełnienie takiego przestępstwa⁵⁹. Nie ma więc w życiu publicznym tematów tabu. Art. 212 k.k. w obecnej, choć znowelizowanej wersji przynosi zdecydowanie więcej szkody niż pożytku.

Bibliografia

- Andrzej Marek nie idzie do więzienia*, 29 czerwca 2007, www.szczecin.gazeta.pl.
Beldowski J., Ciżkowicz M., Sześciło D., *Efektywność polskiego sądownictwa w świetle badań międzynarodowych i krajowych*, Forum Obywatelskiego Rozwoju, Warszawa 2010.
„Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2009, nr 1, <http://www.obserwatorium.org>.
„Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2009, nr 4, <http://www.obserwatorium.org>.
„Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2010, nr 14, <http://www.obserwatorium.org>.

⁵⁹ J. Sroka, *Instytucje demokracji deliberacyjnej w polskim systemie politycznym. Wprowadzenie do kontekstu teoretycznego*, [w:] *Wybrane instytucje demokracji partycypacyjnej w polskim systemie politycznym*, red. J. Sroka, Instytut Pracy i Spraw Socjalnych, Warszawa 2008, s. 17.

- Celińska K., *Sąd po raz kolejny skazuje dziennikarza z artykułu 2/2*, 12 lutego 2009, www.wyborcza.pl.
- Celińska K., *Zielonogórski sąd skazał dziennikarza „Gazety”*, 13 lutego 2009, www.gazeta.pl.
- Czekaj M., *Ingerencja prokuratora w sprawach o przestępstwa prywatnoskargowe*, teza nr 4, LEX 21242.
- Długołęcki przeciw Polsce*, „Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2009, nr 2, <http://www.obserwatorium.org>.
- „*Fakt vs. Opinia*” – *rozważania na kanwie sprawy Michnik vs. Zybortowicz*, „Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2009, nr 4, <http://www.obserwatorium.org>.
- Grabowska B., *Tymczasowe aresztowanie za zarzut zniesławienia*, „Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2009, nr 2, <http://www.obserwatorium.org>.
- Informacja o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w 2008 r. z uwagami o stanie przestrzegania wolności i praw człowieka i obywatela, www.rpo.gov.pl.
- Kamiński J.C., *Działalność ETPCz w 2009 r.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 4.
- Kański K., *Nie będzie ugody – w procesie Skrzypek – Winiecki*, 2 marca 2009, www.wiadomosci.gazeta.pl.
- Kontrola kliniki w Radzynie*, 12 października 2004, www.zielonagora.gazeta.pl.
- Krytyka władz lokalnych*, „Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2009, nr 8, <http://www.obserwatorium.org>.
- „*Kurier Poranny*”, 23 stycznia 2004, www.bialystokonline.pl.
- Lasek Ł., *Wolność słowa w prasie lokalnej. Prasa lokalna a normy ochrony konkurencji i pluralizm medialny*, „Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2009, nr 11, <http://www.obserwatorium.org>.
- Łebski Ł., *Blogi jako współczesna Agora. Równość autorytetów i osób anonimowych?*, „Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2009, nr 5, <http://www.obserwatorium.org>.
- Mikołajewska B., *Ścigani za pomówienie, czyli artykuł 212*, 6 października 2009, www.polityka.pl.
- Płaza S., *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. I: *X–XVII w.*, Księgarnia Akademicka, Kraków 1997.
- Rogowski P., *Jak Jacek Kurski wyroki sądu szanuje*, 25 czerwca 2010, www.wyborcza.pl.
- Rozmowa z prezesem kliniki w Radzynie*, 13 listopada 2004, www.zielonagora.gazeta.pl.
- Sąd: Palikot nie zniesławiał*, 16 czerwca 2010, www.dziennik.pl.

- Spór o wolność słowa czy o Andrzeja Marka*, 12 kwietnia 2004, www.wyborcza.pl.
- Sroka J., *Instytucje demokracji deliberacyjnej w polskim systemie politycznym. Wprowadzenie do kontekstu teoretycznego*, [w:] *Wybrane instytucje demokracji partycypacyjnej w polskim systemie politycznym*, red. J. Sroka, Instytut Pracy i Spraw Socjalnych, Warszawa 2008.
- Strasburg odniesie się kolejny raz do skazania za zniesławienie*, „Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2010, nr 17, <http://www.obserwatorium.org>.
- Trybunał w Strasburgu zajął się sprawą Leppera*, 19 października 2009, www.prawo.gazetaprawna.pl.
- Uruszczak W., *Cudzołóstwo według prawa zakazane popełniali. Pitaval małopolski*, Collegium Columbinum, Kraków 2005.
- Wicepremier Lepper skazany, ale zachowuje funkcje publiczne*, 8 maja 2006, www.wiadomosci.wp.pl.
- Wolność słowa w prasie lokalnej*, „Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2009, nr 9, s. 5–6, <http://www.obserwatorium.org>.
- Wspólne Stanowisko Uczestników Konferencji Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka i Izby Wydawców Prasy w sprawie warunków ochrony konkurencji na rynku pracy lokalnej*, Kraków, 29 października 2009, „Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2009, nr 10, <http://www.obserwatorium.org>.
- www.hfhrpol.waw.pl.
- www.wadowice.pl.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.
- Uchwała Sejmu RP z 8 kwietnia 2010 r., M.P. z 2010 r. Nr 22, poz. 209.
- Uchwała Sejmu RP z 8 kwietnia 2010 r., M.P. z 2010 r. Nr 22, poz. 210.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim, tj. Dz.U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2.

Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, Dz.U. z 2005 r. Nr 164, poz. 1365.

Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1589.

Summary

Criminal Responsibility for Criticism of Public Servants (Article 212 of Polish Penal Code) in the Light of Freedom of Speech in Public Debate

Public debate performs a special role in organized civil society. It has an informative, educational and control functions. It has a great weight, when it concerns the activity of public servants. Although, many of public servants disapprove the fact, that citizens judge their work, and they don't like the way how they do that. Especially some public servants disapprove press criticism about their behavior. To avoid or stop press criticism some public servants takes advantage of legal regulations of defamation crime. In conclusion, the author thinks as proper to eliminate criminal responsibility for speaking from Polish penal code.

Wywiad i kontrwywiad w demokracji konstytucyjnej – zadania i uprawnienia

Wprowadzenie

Tematem artykułu jest wskazanie zadań i uprawnień wywiadu i kontrwywiadu (cywilnego i wojskowego) – służb będących instrumentem bezpieczeństwa państwa w obliczu zagrożeń asymetrycznych – według stanu prawnego w 2010 r. Przemiany systemowe w Polsce wiązały się między innymi z dostosowaniem tych służb do warunków państwa demokratycznego przy jednoczesnym uwzględnieniu zmian w jego otoczeniu wewnętrznym i zewnętrznym. Przystosowanie służb do jakościowo nowych warunków jest procesem obejmującym zmiany w przepisach regulujących działalność wywiadu i kontrwywiadu, w zasadach ich finansowania, kierunkach pracy operacyjnej oraz zmiany personalne i organizacyjne.

Służby wywiadu i kontrwywiadu

Demokratyczne państwo prawne stanowi instytucję złożoną ze wspólnoty (tj. społeczeństwa), instytucji regulujących (szczególnie wskazanie na normy prawa), dobór materialnych i teoretycznych – jest wynikiem ciągłego procesu organizowania się ludzi kierujących się wartościami w procesie formowania instytucji państwa, i wyraża się w szczególności: w efektywnym funkcjonowaniu centralnej władzy uprawnionej do stanowienia prawa i używania przymusu oraz innych adekwatnych środków w stosowaniu tego prawa; w harmonijnym łączeniu bezpieczeństwa, swobód obywatelskich, rozwoju nauki

i techniki, oświaty, kultury i gospodarowania; w kooperatywnym utrzymywaniu stosunków z podobnymi państwami i innymi podmiotami prawa międzynarodowego¹.

Władza spełnia określone funkcje społeczne. Jedną z nich jest kierowanie państwowymi środkami represji i kontroli. Jej sprawowanie polega na podejmowaniu decyzji i dążeniu do wprowadzania ich w życie. Realizacja tej funkcji wymaga dominacji prawa nad działaniami politycznymi i przestrzegania zasady podziału równowagi władzy w państwie.

„Państwa tworzą i uwierzytelniają odpowiednio zorganizowany system pozyskiwania i ochrony informacji ważnych ze względu na ich interes i bezpieczeństwo. Jest to zasada podstawowa i uniwersalna, o fundamentalnym znaczeniu dla procesu decyzyjnego uprawnionych podmiotów cywilnych i wojskowych na strategicznym poziomie zarządzania bezpieczeństwem i obronnością. W systemie tym jest wiele instytucji, z których każda w zakresie swojej właściwości, wykonuje zadania związane z zaspokajaniem ich potrzeb informacyjnych”². Zadania związane z zaspokajaniem potrzeb informacyjnych władzy wykonawczej, ze szczególnym wskazaniem na Prezesa Rady Ministrów obok służby dyplomatycznej, ustawodawca powierzył służbom wywiadu i kontrwywiadu.

Wywiad i kontrwywiad to wyspecjalizowane służby państwowe, właściwe w sferze zarówno bezpieczeństwa i obronności państwa, jak i misji poza jego granicami z mandatu ONZ, NATO i UE. Wykonywanie ustawowych zadań wymaga planowania ich rozwoju przy uwzględnianiu zmian w środowisku międzynarodowym i wewnętrznym, usprawnianiu form i metod pracy operacyjno-rozpoznawczej.

Każdy urząd tajnych służb powołuje się do życia na mocy ustawy jasno precyzującej granice jego władzy, metody działania oraz sposób ponoszenia odpowiedzialności prawnej za nie³. Ustawodawca w procesie budowania służb wywiadu i kontrwywiadu w Polsce dokonał projekcji zadań dla każdej z wymienionych służb i upełnomocnienia ich szefów (przekazanie poszczególnym szefom uprawnień i zasobów pozwalających na realizację przyjętych celów i zadań) w sferze bezpieczeństwa i ochrony porządku konstytucyjnego, bezpieczeństwa zewnętrznego, obronności, i tak:

¹ Szerzej na ten temat w: R. Stemplowski, *Wprowadzenie do analizy polityki zagranicznej*, t. 1, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, Warszawa 2007, s. 73–74.

² A. Żebrowski, *Ewolucja cywilnych i wojskowych służb specjalnych. Wybrane obszary walki informacyjnej (Wywiad i kontrwywiad w latach 1989–2003)*, Abrys, Kraków 2005, s. 53.

³ *Służby specjalne RP. Prawne aspekty cywilnego nadzoru*, praca zbiorowa, Warszawa 1997, s. 30.

- ustawą z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu utworzono centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach bezpieczeństwa państwa i ochrony jego porządku konstytucyjnego, którym jest Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego⁴ – kontrwywiad cywilny;
- ustawą z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu utworzono centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach ochrony bezpieczeństwa zewnętrznego państwa, którym jest Szef Agencji Wywiadu – wywiad cywilny;
- ustawą z 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego utworzono centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach ochrony przed zagrożeniami wewnętrznymi dla obronności państwa, bezpieczeństwa i zdolności bojowej Sił Zbrojnych RP oraz innych jednostek organizacyjnych lub nadzorowanych przez ministra Obrony Narodowej, którym jest Szef Służby Kontrwywiadu Wojskowego⁵ – kontrwywiad wojskowy;
- ustawą z 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego utworzono centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach ochrony przed zagrożeniami zewnętrznymi dla obronności państwa, bezpieczeństwa i zdolności bojowej Sił Zbrojnych RP oraz innych jednostek organizacyjnych lub nadzorowanych przez ministra Obrony Narodowej, którym jest Szef Służby Wywiadu Wojskowego – wywiad wojskowy.

Ustawowe zadania służb wywiadu i kontrwywiadu

Zgodnie z treścią art. 6 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu,

„1. Do zadań AW [Agencji Wywiadu] należy:

- 1) uzyskiwanie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć znaczenie dla bezpieczeństwa i międzynarodowej pozycji Rzeczypospolitej Polskiej oraz jej potencjału ekonomicznego i obronnego,

⁴ Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, Dz.U. z 2002 r. Nr 74, poz. 676, t.j.: Dz.U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 z późn. zm.

⁵ Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz.U. z 2006 r. Nr 104, poz. 709 z późn. zm.

- 2) rozpoznawanie i przeciwdziałanie zagrożeniom zewnętrznym godzącym w bezpieczeństwo, obronność, niepodległość i nienaruszalność terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- 3) ochrona zagranicznych przedstawicielstw Rzeczypospolitej Polskiej i ich pracowników przed działaniami obcych służb specjalnych i innymi działaniami mogącymi przynieść szkodę interesom Rzeczypospolitej Polskiej,
- 4) zapewnienie ochrony kryptograficznej łączności z placówkami dyplomatycznymi i konsularnymi oraz poczty kurierskiej,
- 5) rozpoznawanie międzynarodowego terroryzmu, ekstremizmu oraz międzynarodowych grup przestępczości zorganizowanej,
- 6) rozpoznawanie międzynarodowego obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi oraz towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także rozpoznawanie międzynarodowego obrotu bronią masowej zagłady i zagrożeń związanych z rozprzestrzenianiem tej broni oraz środków jej przenoszenia,
- 7) rozpoznawanie i analizowanie zagrożeń występujących w rejonach napięć, konfliktów i kryzysów międzynarodowych, mających wpływ na bezpieczeństwo państwa, oraz podejmowanie działań mających na celu eliminowanie tych zagrożeń,
- 8) prowadzenie wywiadu elektronicznego,
- 9) podejmowanie innych działań określonych w odrębnych ustawach i umowach międzynarodowych.

2. Zadania, o których mowa w ust. 1, z zastrzeżeniem ust. 3, są realizowane poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

3. Działalność Agencji Wywiadu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może być prowadzona wyłącznie w związku z jej działalnością poza granicami państwa, a realizacja czynności operacyjno-rozpoznawczych, o których mowa w art. 27, art. 29 i art. 30 niniejszej ustawy, jest dopuszczalna wyłącznie za pośrednictwem Szefa ABW⁹.

Zgodnie z treścią art. 6 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego,

„1. Do zadań SWW [Służby Wywiadu Wojskowego] należy:

- 1) uzyskiwanie, gromadzenie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla:
 - a) bezpieczeństwa potencjału obronnego Rzeczypospolitej Polskiej,
 - b) bezpieczeństwa i zdolności bojowej SZ RP [Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej],
 - c) warunków realizacji, przez SZ RP, zadań poza granicami państwa;
- 2) rozpoznawanie i przeciwdziałanie:

- a) militarnym zagrożeniem zewnętrznym godzącym w obronność Rzeczypospolitej Polskiej,
- b) zagrożeniom międzynarodowym terroryzmem;
- 3) rozpoznawanie międzynarodowego obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi oraz towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także rozpoznawanie międzynarodowego obrotu bronią masowej zagłady i zagrożeń związanych z rozprzestrzenianiem tej broni oraz środków jej przenoszenia;
- 4) rozpoznawanie i analizowanie zagrożeń występujących w rejonach napięć, konfliktów i kryzysów międzynarodowych, mających wpływ na obronność państwa oraz zdolność bojową SZ RP, a także podejmowanie działań mających na celu eliminowanie tych zagrożeń;
- 5) prowadzenie wywiadu elektronicznego na rzecz SZ RP oraz przedsięwzięć z zakresu kryptoanalizy i kryptografii;
- 6) współdziałanie w organizowaniu polskich przedstawicielstw wojskowych za granicą;
- 7) uczestniczenie w planowaniu i przeprowadzaniu kontroli realizacji umów międzynarodowych dotyczących uzbrojenia;
- 8) podejmowanie innych działań przewidzianych dla SWW w odrębnych ustawach, a także umowach międzynarodowych, którymi Rzeczpospolita Polska jest związana.

2. Zadania, o których mowa w ust. 1, z zastrzeżeniem ust. 3, są realizowane poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

3. Działalność SWW na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może być prowadzona wyłącznie w związku z jej działalnością poza granicami państwa, a realizacja czynności, o których mowa w art. 29, art. 31 ust. 1, art. 33 ust. 1 oraz art. 34 ust. 1 niniejszej ustawy, dopuszczalna jest wyłącznie za pośrednictwem SKW [Służby Kontrwywiadu Wojskowego] albo Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, odpowiednio do ich kompetencji”.

Zgodnie z treścią art. 5 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu,

„1. Do zadań ABW [Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego] należy:

- 1) rozpoznawanie, zapobieganie i zwalczanie zagrożeń godzących w bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz jego porządek konstytucyjny, a w szczególności w suwerenność i międzynarodową pozycję, niepodległość i nienaruszalność jego terytorium, a także obronność państwa;
- 2) rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw:
 - a) szpiegostwa, terroryzmu, naruszenia tajemnicy państwowej i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa,
 - b) godzących w podstawy ekonomiczne państwa,

- c) korupcji osób pełniących funkcje publiczne, o których mowa w art. 1 i 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz.U. Nr 106, poz. 679; z 1998 r. Nr 113, poz. 715 i Nr 162, poz. 1126; z 1999 r. Nr 49, poz. 483 oraz z 2000 r. Nr 26, poz. 306), jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa,
 - d) w zakresie produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa,
 - e) nielegalnego wytwarzania, posiadania i obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, bronią masowej zagłady oraz środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, w obrocie międzynarodowym oraz ściganie ich sprawców;
- 3) realizowanie, w granicach swojej właściwości, zadań służby ochrony państwa oraz wykonywanie funkcji krajowej władzy bezpieczeństwa w zakresie ochrony informacji niejawnych w stosunkach międzynarodowych;
 - 4) uzyskiwanie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego;
 - 5) podejmowanie innych działań określonych w odrębnych ustawach i umowach międzynarodowych.

2. Działalność ABW poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej może być prowadzona w związku z jej działalnością na terytorium państwa wyłącznie w zakresie realizacji zadań określonych w ust. 1 pkt 2.

Zgodnie z treścią art. 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego,

„1. Do zadań SKW [Służby Kontrwywiadu Wojskowego] należy:

- 1) rozpoznawanie, zapobieganie oraz wykrywanie popełnianych przez żołnierzy pełniących czynną służbę wojskową, funkcjonariuszy SKW i SWW oraz pracowników SZ RP i innych jednostek organizacyjnych MON, przestępstw:
 - a) przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstw wojennych określonych w rozdziale XVI ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.³⁾), a także innych ustawach i umowach międzynarodowych,
 - b) przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej określonych w rozdziale XVII ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, oraz takich czynów skierowanych przeciwko państwom obcym, które zapewniają wzajemność,
 - c) określonych w art. 140 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny,
 - d) określonych w art. 228–230 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, jeżeli mogą one zagrażać bezpieczeństwu lub zdolności bojowej SZ RP lub innych jednostek organizacyjnych MON,

- e) przeciwko ochronie informacji określonych w rozdziale XXXIII ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, jeżeli mogą one zagrażać bezpieczeństwu lub zdolności bojowej SZ RP lub innych jednostek organizacyjnych MON, a także takich czynów skierowanych przeciwko państwom obcym, które zapewniają wzajemność,
 - f) określonych w art. 33 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (Dz.U. z 2004 r. Nr 229, poz. 2315),
 - g) związanych z działalnością terrorystyczną oraz innych niż wymienione w lit. a–f, godzących w bezpieczeństwo potencjału obronnego państwa, SZ RP oraz jednostek organizacyjnych MON, a także państw, które zapewniają wzajemność;
- 2) współdziałanie z Żandarmerią Wojskową i innymi organami uprawnionymi do ścigania przestępstw wymienionych w pkt 1;
 - 3) realizowanie, w granicach swojej właściwości, zadań służby ochrony państwa określonych w ustawie z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 oraz z 2006 r. Nr 104, poz. 708);
 - 4) uzyskiwanie, gromadzenie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć znaczenie dla obronności państwa, bezpieczeństwa lub zdolności bojowej SZ RP lub innych jednostek organizacyjnych MON, w zakresie określonym w pkt 1, oraz podejmowanie działań w celu eliminowania ustalonych zagrożeń;
 - 5) prowadzenie kontrwywiadu radioelektronicznego oraz przedsięwzięć z zakresu ochrony kryptograficznej i kryptoanalizy;
 - 6) uczestniczenie w planowaniu i przeprowadzaniu kontroli realizacji umów międzynarodowych dotyczących uzbrojenia;
 - 7) ochrona bezpieczeństwa jednostek wojskowych, innych jednostek organizacyjnych MON oraz żołnierzy wykonujących zadania służbowe poza granicami państwa;
 - 8) ochrona bezpieczeństwa badań naukowych i prac rozwojowych zleconych przez SZ RP i inne jednostki organizacyjne MON oraz produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o przeznaczeniu wojskowym zamówionymi przez SZ RP i inne jednostki organizacyjne MON, w zakresie określonym w pkt 1;
 - 9) podejmowanie działań przewidzianych dla SKW w innych ustawach, a także umowach międzynarodowych, którymi Rzeczpospolita Polska jest związana.

2. Zadania SKW obejmują również rozpoznawanie oraz wykrywanie przestępstw, o których mowa w ust. 1, popełnionych we współdziałaniu z żołnie-

rzami pełniącymi czynną służbę wojskową, funkcjonariuszami SKW i SWW lub pracownikami SZ RP i innych jednostek organizacyjnych MON.

3. Działalność SKW poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej może być prowadzona w związku z jej działalnością na terytorium państwa wyłącznie w zakresie realizacji zadań określonych w ust. 1 i 2”.

Inne zadania służb wywiadu i kontrwywiadu

Istniejące zagrożenia asymetryczne dla bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego państwa powodują, że coraz trudniej jest zarządzać jego systemem bezpieczeństwa. Zmieniające się otoczenie państw, w którym dominują nieprzewidywalność i chaos, wymusza na państwach budowanie systemu zarządzania w stanach innych niż pokój czy wojna, jakimi są sytuacje kryzysowe. System zarządzania kryzysowego jest systemem dynamicznych układów sprawowania władzy między różnymi jej organami.

Skuteczne podejmowanie decyzji w sytuacjach kryzysowych wymaga spełnienia następujących warunków:

- posiadania kompetencji, czyli prawa do egzekwowania władzy nad innymi w sytuacjach kryzysowych – spełnienie tego warunku wymaga istnienia odpowiedniego systemu prawnego;
- posiadania dostępu do zarządzania informacjami;
- posiadania opracowanego planu zarządzania kryzysowego.

Stan przygotowania państwa do przewycięzania sytuacji kryzysowej zależy od stopnia przygotowania struktur jego administracji. Ustawodawca 26 kwietnia 2007 r. przyjął ustawę o zarządzaniu kryzysowym⁶, w której zostały określone organy właściwe w sprawach zarządzania kryzysowego oraz ich zadania i zasady działania w tej dziedzinie, a także zasady finansowania zadań zarządzania kryzysowego. Zgodnie z treścią art. 13 ust. 1 tego aktu prawnego tworzone są centra zarządzania kryzysowego przez ministrów i centralne organy administracji rządowej, do których zakresu działania należą sprawy związane z zapewnieniem bezpieczeństwa narodowego, w tym ochrony ludności lub gospodarczych podstaw bezpieczeństwa państwa. Rada Ministrów w rozporządzeniu z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie określenia organów administracji rządowej, które utworzą centra zarządzania kryzysowego oraz sposobu ich funkcjonowania⁷,

⁶ Ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym, Dz.U. z 2007 r. Nr 89, poz. 590 z późn. zm.

⁷ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie określenia organów administracji rządowej, które utworzą centra zarządzania kryzysowego, oraz sposobu ich funkcjonowania, Dz.U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1810.

wskazała organy właściwe do utworzenia centrum zarządzania kryzysowego. Takie centra tworzą m.in.: Szef ABW, Szef AW, Szef SKW, Szef SWW.

Zgodnie z wolą ustawodawcy pozycja ABW na tle innych organów właściwych w sferze bezpieczeństwa wewnętrznego państwa jest dominująca. Umocnia ją na przykład ustawa z dnia 17 lipca 2009 r. o zmianie ustawy o zarządzaniu kryzysowym⁸. Tym aktem prawnym wprowadzono istotne zmiany do ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym.

Zgodnie z treścią art. 12a ustawy z dnia 17 lipca 2009 r. o zmianie ustawy o zarządzaniu kryzysowym:

1. Zadania z zakresu przeciwdziałania, zapobiegania i usuwania skutków zdarzeń o charakterze terrorystycznym są realizowane we współpracy z organami administracji rządowej właściwymi w tych sprawach, w szczególności z Szefem ABW.
2. Organy administracji publicznej, posiadacze samoistni i zależni obiektów, instalacji lub urządzeń infrastruktury krytycznej są obowiązani niezwłocznie przekazywać Szefowi ABW będące w ich posiadaniu informacje dotyczące zagrożeń o charakterze terrorystycznym dla tej infrastruktury krytycznej, w tym zagrożeń dla funkcjonowania systemów i sieci energetycznych, wodno-kanalizacyjnych, ciepłowniczych oraz teleinformatycznych, istotnych z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa, a także działań, które mogą prowadzić do zagrożenia życia lub zdrowia ludzi, mienia w znacznych rozmiarach, dziedzictwa narodowego lub środowiska.
3. Szef ABW w przypadku uzyskania informacji o możliwości wystąpienia sytuacji kryzysowej będącej skutkiem zdarzenia o charakterze terrorystycznym, zagrażającego infrastrukturze krytycznej, życiu lub zdrowiu ludzi, mieniu w znacznych rozmiarach, dziedzictwu narodowemu lub środowisku, może udzielić zaleceń organom i podmiotom zagrożonym oraz przekazywać im niezbędne informacje służące przeciwdziałaniu zagrożeniom.
4. Szef ABW o podjętych działaniach, o których mowa w ust. 3, informuje dyrektora Centrum Zarządzania Kryzysowego usytuowanego przy Radzie Ministrów.

Należy zaznaczyć, że w strukturach ABW działają wyspecjalizowane i przygotowane do realizacji tego zadania jednostki organizacyjne, takie jak Departament Przeciwdziałania Terroryzmowi oraz Centrum Antyterrorystyczne ABW, co czyni Szefa ABW głównym organem administracji rządowej w zakresie rozpoznawania i zwalczania terroryzmu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Gromadzenie wiedzy na temat zagrożeń terrorystycznych w ABW oraz jej dystrybucja przez Agencję poza jej struktury będą znaczącym

⁸ Ustawa z dnia 17 lipca 2009 r. o zmianie ustawy o zarządzaniu kryzysowym, Dz.U. z 2009 r. Nr 131, poz. 1076.

krokiem umożliwiającym skuteczne zapobieganie zagrożeniom terrorystycznym i zwalczanie ich.

Zgodnie z treścią art. 61 Konstytucji RP⁹ obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności: organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne, a także samorządu terytorialnego, zawodowego, jak również osób i jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem Skarbu Państwa i mieniem komunalnym. Ograniczenia tego prawa mogą być wprowadzone wyłącznie w ustawach ze względu na ochronę bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ważnego interesu gospodarczego państwa oraz wolności i praw innych osób. Takim aktem prawnym jest między innymi ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych¹⁰, która wskazuje okoliczności ograniczenia prawa do informacji o działalności organów władzy publicznej.

Omawiana ustawa określa zasady ochrony informacji których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłyby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania, to jest zasady:

- 1) klasyfikowania informacji niejawnych,
- 2) organizowania ochrony informacji niejawnych,
- 3) przetwarzania informacji niejawnych,
- 4) postępowania sprawdzającego prowadzonego w celu ustalenia, czy osoba nim objęta daje rękojmię zachowania tajemnicy, zwanego dalej odpowiednio postępowaniem sprawdzającym lub kontrolnym postępowaniem sprawdzającym,
- 5) postępowania prowadzonego w celu ustalenia, czy przedsiębiorca nim objęty zapewnia warunki do ochrony informacji niejawnych, zwanego dalej postępowaniem bezpieczeństwa przemysłowego,
- 6) organizacji kontroli stanu zabezpieczenia informacji niejawnych,
- 7) ochrony informacji niejawnych w systemach teleinformatycznych,
- 8) stosowania środków bezpieczeństwa fizycznego w odniesieniu do informacji niejawnych.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych, ABW i SKW. Nadzorują funkcjonowanie systemu ochrony informacji niejawnych w jednostkach organizacyjnych w ich właściwości, i są uprawnione do:

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

¹⁰ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, Dz.U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228.

- 1) prowadzenia kontroli ochrony informacji niejawnych i przestrzegania przepisów wydanych w tym zakresie,
- 2) realizacji zadań w zakresie bezpieczeństwa systemów i sieci teleinformatycznych,
- 3) prowadzenia postępowania sprawdzającego, kontrolnego postępowania sprawdzającego oraz postępowania bezpieczeństwa przemysłowego,
- 4) zapewnienia ochrony informacji niejawnych wymienianych między Rzeczpospolitą Polską a innymi państwami lub organizacjami międzynarodowymi,
- 5) prowadzenia doradztwa i szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

Szef ABW pełni funkcję krajowej władzy bezpieczeństwa¹¹. Krajowa władza bezpieczeństwa jest właściwa do nadzorowania systemu ochrony informacji niejawnych w stosunkach Rzeczypospolitej Polskiej z innymi państwami lub organizacjami międzynarodowymi i wydawania dokumentów upoważniających do dostępu do informacji niejawnych Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, Unii Europejskiej lub innych organizacji międzynarodowych¹².

Szef ABW pełni funkcję krajowej władzy bezpieczeństwa w odniesieniu do podmiotów znajdujących się we właściwości SKW za pośrednictwem Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego¹³.

Uprawnienia służb wywiadu i kontrwywiadu

Mając na uwadze bezpieczeństwo i obronność państwa, należy podkreślić, że funkcje służb wywiadu i kontrwywiadu obejmują obszary związane z pozyskiwaniem, przetwarzaniem, wytwarzaniem, ochroną i dystrybucją informacji o zagrożeniach i szansach dla uprawnionych podmiotów, ściganiem sprawców niektórych rodzajów przestępstw, a także na temat zadań dotyczących ochrony ważnych interesów państwa. W przyjętym ujęciu funkcje tych służb są realizowane w trzech zasadniczych sferach: informacyjnej, procesowej i ochronno-kontrolnej, które przekładają się na zadania i uprawnienia.

Agencja Wywiadu – w ramach swoich zadań wykonuje czynności operacyjno-rozpoznawcze i analityczno-informacyjne. Prowadząc te działania, funkcjonariusze AW mają prawo do:

- żądania niezbędnej pomocy od instytucji państwowych, organów administracji rządowej i samorządu terytorialnego oraz przedsiębiorców pro-

¹¹ Art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, Dz.U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 z późn. zm.

¹² *Ibidem*, art. 11 ust. 2.

¹³ *Ibidem*, art. 11 ust. 3.

wadzących działalność w zakresie użyteczności publicznej; wymienione instytucje, organy i przedsiębiorcy są obowiązani, w zakresie swojego działania, do udzielania nieodpłatnie tej pomocy w ramach obowiązujących przepisów prawa;

- zwracania się o niezbędną pomoc do innych niż wymienieni wyżej przedsiębiorców, jednostek organizacyjnych i organizacji społecznych, jak również zwracania się w nagłych wypadkach do każdej osoby o udzielenie doraźnej pomocy w ramach obowiązujących przepisów.

Należy zaznaczyć, że funkcjonariusze AW mogą również stosować fizyczne, techniczne i chemiczne środki przymusu bezpośredniego, służące do obezwładniania lub konwojowania osób oraz do zatrzymywania pojazdów. Mają także prawo używania broni palnej na zasadach dotyczących funkcjonariuszy ABW.

Służba Wywiadu Wojskowego – w procesie realizowania swoich ustawowych zadań wykonuje czynności operacyjno-rozpoznawcze i analityczno-informacyjne. W związku z tym ma prawo do:

- żądania niezbędnej pomocy od instytucji państwowych, organów administracji rządowej i samorządu terytorialnego oraz przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie użyteczności publicznej; wymienione instytucje, organy i przedsiębiorcy są obowiązani, w zakresie swojego działania, do udzielania nieodpłatnie tej pomocy, w ramach obowiązujących przepisów prawa;
- zwracania się o niezbędną pomoc do innych niż wymienieni przedsiębiorców, jednostek organizacyjnych i organizacji społecznych, jak również zwracania się w nagłych wypadkach do każdej osoby o udzielenie doraźnej pomocy w ramach obowiązujących przepisów prawa;
- zbierania, także niejawnie, wszelkich danych osobowych, w tym – gdy jest to uzasadnione charakterem realizowanych zadań – danych wskazanych w art. 27 i 28 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych¹⁴, a także korzystania z danych osobowych i innych informacji uzyskanych w wyniku wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych przez uprawnione do tego organy, służby i instytucje państwowe oraz przetwarzania ich, w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych, bez wiedzy i zgody osoby, której te dane dotyczą.

Funkcjonariusze SWW, wykonując czynności operacyjno-rozpoznawcze, mają prawo użycia broni palnej.

Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego – w ramach swoich zadań wykonuje czynności operacyjno-rozpoznawcze i dochodzeniowo-śledcze w celu

¹⁴ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.

rozpoznawania, zapobiegani i wykrywania przestępstw, oraz ścigania ich sprawców, a także czynności operacyjno-rozpoznawcze i analityczno-informacyjne w celu uzyskiwania i przetwarzania informacji istotnych dla ochrony bezpieczeństwa państwa i jego porządku konstytucyjnego. ABW podejmuje również określone czynności na polecenie sądu lub prokuratura. Należy podkreślić, że funkcjonariusze ABW wykonują czynności tylko w zakresie właściwości tej Agencji i w tym zakresie przysługują im uprawnienia procesowe policjantów, wynikające z przepisów kodeksu postępowania karnego¹⁵ oraz kodeksu karnego wykonawczego¹⁶. Mają więc prawo do:

- wydawania poleceń określonego zachowania się;
- legitymowania osób w celu ustalenia ich tożsamości;
- zatrzymywania osób w trybie i w przypadkach określonych w przepisach k.p.k.;
- przeszukania osób i pomieszczeń w trybie i w przypadkach określonych w przepisach k.p.k.;
- dokonywania kontroli osobistej lub przeglądania zawartości bagaży, a także sprawdzania ładunku w środkach transportu lądowego, powietrznego i wodnego w razie istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary;
- obserwowania i rejestrowania przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń i dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom w miejscach publicznych;
- żądania niezbędnej pomocy od instytucji państwowych, organów administracji rządowej i samorządu terytorialnego oraz przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie użyteczności publicznej; wymienione instytucje, organy i przedsiębiorcy są obowiązani, w zakresie swojego działania, do udzielania nieodpłatnie tej pomocy, w ramach obowiązujących przepisów prawa;
- zwracania się o niezbędną pomoc do innych niż wymienieni przedsiębiorców, jednostek organizacyjnych i organizacji społecznych, jak również zwracania się w nagłych wypadkach do każdej osoby o udzielenie doraźnej pomocy, w ramach obowiązujących przepisów prawa.

W razie niepodporządkowania się wydanym na podstawie prawa poleceniom funkcjonariusze ABW mogą stosować fizyczne, techniczne i chemiczne środki przymusu bezpośredniego, służące do obezwładniania lub konwojowania osób oraz do zatrzymywania pojazdów. Jeśli okażą się one niewystarczające

¹⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

¹⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. z 1997 r. Nr 90, poz. 557 z późn. zm.

lub ich użycie ze względu na okoliczności danego zdarzenia nie jest możliwe, mają oni również prawo użycia broni palnej. Zasady stosowania środków przymusu bezpośredniego i używania broni palnej przez funkcjonariuszy ABW są identyczne jak zasady obowiązujące policjantów.

Służba Kontrwywiadu Wojskowego – wykonuje czynności: operacyjno-rozpoznawcze, analityczno-informacyjne i ochronne, które wynikają z przepisów ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych. Funkcjonariusze tej służby posiadają szerokie uprawnienia, właściwe zarówno dla służb specjalnych, jak i policyjnych. Mają prawo do:

- żądania niezbędnej pomocy od instytucji państwowych, organów administracji rządowej i samorządu terytorialnego oraz przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie użyteczności publicznej; wymienione instytucje, organy i przedsiębiorcy są obowiązani, w zakresie swojego działania, do udzielania nieodpłatnie tej pomocy, w ramach obowiązujących przepisów prawa;
- zwracania się o niezbędną pomoc do innych niż wymienieni przedsiębiorców, jednostek organizacyjnych i organizacji społecznych, jak również zwracania się w nagłych wypadkach do każdej osoby o udzielenie doraźnej pomocy w ramach obowiązujących przepisów prawa;
- obserwowania i rejestrowania przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych oraz dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom w trakcie wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych na podstawie ustawy;
- zbierania, także niejawnie, wszelkich danych osobowych, w tym – jeżeli jest to uzasadnione charakterem realizowanych zadań – danych wskazanych w art. 27 i 28 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, a także korzystania z danych osobowych i innych informacji uzyskanych w wyniku wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych przez uprawnione do tego organy, służby i instytucje państwowe oraz przetwarzania ich, w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych, bez wiedzy i zgody osoby, której te dane dotyczą.

Funkcjonariusze SKW, wykonując czynności operacyjno-rozpoznawcze, mają prawo do użycia broni palnej.

Podsumowanie

Bezpieczeństwo jest ważne dla rozwoju każdego państwa. Jego zapewnienie to proces, w trakcie którego nie można podważać zasady państwa prawnego, demokracji i praw człowieka. Dotyczy to także służb wywiadu i kontrwywiadu jako tych instytucji, które wykonują niejawne zadania związane ze zdoby-

waniem i ochroną informacji. Zatem ta sfera obiegu informacji jest newralgicznym obszarem działania służb. Zadania realizowane w tym obszarze przez wywiad i kontrwywiad muszą mieć sprecyzowane podstawy prawne działania, ze szczególnym wskazaniem na czynności operacyjno-rozpoznawcze. Dlatego tak ważny jest katalog prawnych środków kierowania, kontroli i nadzorowania zawarty w uprawnieniach legislatyw, egzekutywy i władzy sądowniczej.

Bibliografia

- Służby specjalne RP. Prawne aspekty cywilnego nadzoru*, Warszawa 1997.
- Stemplowski R., *Wprowadzenie do analizy polityki zagranicznej*, t. 1, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, Warszawa 2007.
- Żebrowski A., *Ewolucja cywilnych i wojskowych służb specjalnych. Wybrane obszary walki informacyjnej (Wywiad i kontrwywiad w latach 1989–2003)*, Abrys, Kraków 2005.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie określenia organów administracji rządowej, które utworzą centra zarządzania kryzysowego, oraz sposobu ich funkcjonowania, Dz.U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1810.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. z 1997 r. Nr 90, poz. 557 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, Dz.U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, t. j.: Dz.U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz.U. z 2006 r. Nr 104, poz. 709 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym, Dz.U. z 2007 r. Nr 89, poz. 590 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 17 lipca 2009 r. o zmianie ustawy o zarządzaniu kryzysowym, Dz.U. z 2009 r. Nr 131, poz. 1076.

Summary

The Intelligence and Counterintelligence in the Constitutional Democracy — Tasks and Entitlements

The changing environment of modern states and the wide spectrum of danger that accompany them make, that the intelligence and counterintelligence have the dominating role in the process of recognizing, preventing and fighting off global dangers.

Adjustment to new conditions and effective functioning of the security services required introducing of many amendments to regulations dealing with the activity of these services directions of the operation interests and organizational changes.

The intelligence and counterintelligence within their powers (on their limits or also overstepping the limits) use secret forms and methods of activity as their basic tools called operational and reconnaissance activities.

Political transformation in Poland were connected, among others with the adaptation of intelligence and counterintelligence to the conditions of the democratic state. The secret services were subordinated to the principle of the legal state and also to the principle of public responsibility for its action, like others public offices. In this process, in the legal way statutory bases of their activities were determined as well as their entitlements and the system of parliamentary and judicial control.

Prawo karne jako składnik szariatu w państwach muzułmańskich i europejskich

Wprowadzenie

Szariat jest nieodłącznym elementem islamu, systemu społeczno-politycznego i religijnego, który został stworzony przez Mahometa w VII w. n.e. Uznane na Zachodzie określenie „prawo muzułmańskie” odnosi się do zjawiska, nie zaś do samego terminu. Arabskie słowo *szari'a* nie zawiera w sobie ani znaczenia „prawo”, ani też „muzułmańskie”, i oznacza dosłownie „droga do wodopoju”. Z tą dziedziną wiąże się też określenie *fikh*, które oznacza z kolei jurysprudence, naukę prawa¹. Prawa muzułmańskiego nie należy zatem utożsamiać

¹ M. Dziekan, *Dzieje kultury arabskiej*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2008, s. 164. *Szari'a* (*szariat*) to pojęcie znane od dawna w polszczyźnie również jako *szerijat* z uwagi na bliskie stosunki I Rzeczypospolitej z Turcją. *Szariat* będzie oznaczać w niniejszym opracowaniu prawo muzułmańskie stosowane w praktyce (jego źródła zostaną przedstawione dokładnie dalej, a są to: Koran, Sunna, zgoda uczonych, analogia, a także prawo zwyczajowe i praktyka sędziowska). Natomiast *fikh* to nauka prawa muzułmańskiego, która rozwijała i udoskonalała to prawo dzięki wytrwałemu i wytężonemu wysiłkowi umysłowemu uczonych prawników. Za: J. Bielawski, *Prawo muzułmańskie*, [w:] *Główne kultury prawne współczesnego świata*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1995, s. 104. Należy jednak zwrócić uwagę, że w kulturze islamu prawo nie jest „nauką wyzwoloną”, lecz jednym z przejawów religii islamskiej. Prawo zajęło bowiem główną pozycję w kulturze islamu, szczególnie w jego kulturze normatywnej. W kulturze islamu prawo zawiera „streszczenie islamskiej myśli, najbardziej typowy przejaw islamskiej drogi życia, rdzeń i sedno całego islamu”. R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 229–230.

z uwagi na zakres przedmiotowy czy choćby jego funkcję *stricte* z prawem cywilnym czy z kanonicznym, ponieważ to ostatecznie reguluje tylko sprawy religii, ani nawet z prawem karnym, choć prawo muzułmańskie potocznie kojarzy się głównie właśnie z surową punitywnością.

Szariat to zatem w kontekście naszej kultury koncepcja absolutnie obca, obejmująca zarówno prawo świeckie, jak i kanoniczne, prawo kościelne, zwyczaje, obyczaje religijne, normy obyczajowe itp.²

Normy *szariatu* dzielą się na dwie podstawowe kategorie. *Ibadat* dotyczy spraw religii, a *mu'amalat* określają relacje interpersonalne, definiując między innymi normy prawa cywilnego i karnego oraz szczegółowe zalecenia i zakazy, np. co do potraw, stroju. *Szariat* wyraża koncepcję, że prawo musi regulować wszystko, czego jednostka potrzebuje do duchowego i fizycznego rozwoju. W tym celu wyróżnia się pięć kategorii zachowań muzułmanina: konieczne, zalecane (chwalebne), dozwolone, niezabronione, lecz niewłaściwe, oraz zakazane. Nadanie wprost rangi norm prawnych między innymi wzorcom moralnym i rytualnym jest cechą, która odróżnia *szariat* od prawodawstwa Zachodu. I to nawet mimo tego, że w europejskiej kulturze prawnej oczywiste jest, że normy prawne powinny mieć jak najgłębsze odzwierciedlenie w akceptowalnych społecznie normach moralnych. Drugą podstawową różnicą jest uznanie *szariatu* za objawiony Prorokowi twór Boga. Norm *szariatu* nieomal od zarania islamu nie można zatem interpretować i reformować. W islamskiej teorii prawa to nie społeczeństwo tworzy prawo i dostosowuje je do zmieniających warunków swojej egzystencji, ale prawo kontroluje i niezmiennie określa, jak powinno postępować społeczeństwo.

Jedynie Bóg jest źródłem wszelkiej władzy i sprawiedliwości i tylko On posiada znajomość prawa doskonałego³. Z punktu widzenia muzułmanina może ono być uznawane za swoiste „prawo natury”, jeśli chcielibyśmy posłużyć się terminologią europejskiej nauki prawa⁴. Taka filozofia prawa implikuje problemy w rozwoju współczesnych państw muzułmańskich oraz w adaptacji islamskich społeczności do życia na emigracji w państwach kultury Zachodu.

Źródła prawa w islamie

W islamie istnieją cztery źródła prawa, a fundamentem prawa jest święta księga muzułmanów, Koran. Zawiera ona prawdy objawione oraz nauki przekazywane ustnie przez Mahometa towarzyszom i uczniom, którzy je następnie

² M. Dziekan, *Dzieje...*, s. 164.

³ J. Bielawski, *op. cit.*, s. 101.

⁴ *Ibidem*, s. 101.

spisywali. Jedną z redakcji tych zapisków została uznana za oficjalną w połowie VII w. n.e. Pod względem przedmiotowym treść Koranu można podzielić na pewne grupy⁵:

- dogmaty wiary,
- przepisy kultu religijnego,
- przepisy moralne wszelkiego rodzaju,
- przepisy prawne (m.in. prawa karnego materialnego i procesowego)⁶,
- historie i legendy „przykładne”, zaczerpnięte głównie ze Starego Testamentu.

Uzupełnieniem nauk zawartych w Koranie są relacje świadków o życiu i wypowiedziach Proroka, spisywane po jego śmierci i uznawane za objawienie pośrednie, tzw. *sunna*.

Relacje te wydano w postaci wielotomowych zbiorów (*hadisy*), uznawanych ogólnie za autorytatywne źródło islamu⁷. *Sunna* zawiera rozległe spektrum norm, od regulujących kwestie społeczne i prowadzenie polityki po teologiczne i obrzędowe, np. określające czas i formuły odmawianej pięć razy w ciągu dnia modlitwy.

Koran nie jest kodeksem prawa muzułmańskiego, choć bywa za niego uznawany⁸. Już w początkach islamu (VII–IX w. n.e.) w związku z arabską ekspansją i intensywnym wzrostem liczby wiernych okazało się, że Koran i *sunna* nie są źródłem wystarczającym w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Wersety koraniczne zawierające materiał prawny są nader skromne, mają luki, bywają sprzeczne. Ponadto sędziowie muzułmańscy (*kadi*) nie mieli nigdy prawa interpretować Koranu według swojego uznania. Autorytatywnej wykładni Koranu mogli dokonywać jedynie uczeni prawnicy-teolodzy.

Ich badania zaczęto spisywać w komentarzach (*tafsiry*) zawierających egzegezę Koranu i *sunny*, operującą wykładnią teleologiczną, historyczną, językową, a nawet literacką, gdyż Koran uchodzi także za arcydzieło prozy poetyckiej⁹. Mimo to sędziowie niekiedy musieli się odwoływać przy roz-

⁵ Podział za: J. Bielawski, *op. cit.*, s. 106.

⁶ Koran liczy 114 sur (rozdziałów) podzielonych na 6237 wersetów, z czego około 600 wyznacza normy postępowania, a w tym 228 ma charakter prawny. Około 140 wersetów odnosi się bowiem wprost do prawa cywilnego, 30 dotyczy karnistyki, 13 – procedury sądowej, 10 – administracji publicznej, 10 – prawa handlowego i 25 – prawa międzynarodowego. Zob. R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains. Le droit musulman*, Dalloz, Paris 2002, s. 349–372.

⁷ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1993, s. 67.

⁸ J. Bielawski, *op. cit.*, s. 107.

⁹ Muzułmanie uważają Koran za dzieło niepowtarzalne językowo i stylistycznie oraz pod względem treści, traktują je jak słowo objawione, słowo Boga. Jest on jednak zarazem pierwszym dziełem arabskiej prozy literackiej w czasach islamu oraz

strzyganiu trudniejszych kwestii prawnych do własnego rozsądku i poczucia sprawiedliwości oraz wydawać decyzje na podstawie „opinii prawnych” (*raʿj*). Z niektórych decyzji aprobowanych przez kalifów zaczęto metodą dedukcji wydobywać elementy podobnych rozstrzygnięć. Na tej podstawie wykształciła się w doktrynie muzułmańskiej analogia (*kijas*) do norm Koranu lub *sunny* jako jedno ze źródeł prawa islamu.

Drugim ze źródeł mających zapełniać luki w tradycyjnych źródłach prawa był *opinio communis doctorum* (*idźma*) szerokich kręgów wiernych czy też, częściowej, zgodna opinia uczonych prawników co do stosowania pewnych reguł postępowania¹⁰. W taki sposób przez analogię do zakazu picia wina stworzono zakaz używania środków odurzających.

Idźma powstaje podczas dyskusji nad wątpliwością w rozumieniu lub stosowaniu normy. Grupa muzułmańskich prawników (*ulemów, alimów*) lub cała gmina (*umma*) debatuje aż do wypracowania jednomyślności. Żadne z rozstrzygnięć wydanych na podstawie *kijas* lub *idźmy* nie może być sprzeczne z Koranem ani z *sunną*. Zatem dwa narzędzia europejskiej wykładni prawniczej w *szariacie* stanowią źródła prawa *per se*¹¹.

Każda ze szkół prawa bierze pod uwagę inny typ *idźmy*. W najszerszym zakresie posługują się nią hanafici, podczas gdy szyici w ogóle *idźmy* nie uznają.

Cztery szkoły prawa muzułmańskiego

Prawo islamu kształtowało się na skomplikowanym podłożu społecznym i politycznym. W czasie jego rozwoju materie, z których było formowane, różniły się między sobą w zależności od miejsca powstawania, a więc w zależności od pewnych tradycji lokalnych¹². Dlatego jeszcze we wczesnym średniowieczu powstały cztery główne szkoły prawa muzułmańskiego (*mazahib*) o własnych

pierwszym i najważniejszym źródłem prawa muzułmańskiego. Cytaty i parafrazy cytatów z Koranu rozsiane są po całej arabskiej literaturze, poezji i prozie, a nawet retoryce politycznej i eseistyce aż po nasze czasy. W. Walther, *Historia literatury arabskiej*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2008, s. 82.

¹⁰ *Ibidem*, s. 67–68.

¹¹ Należy zwrócić uwagę, że wraz z opanowywaniem przez Arabów kolejnych obszarów, do prawa muzułmańskiego przeniknęły obecne do dzisiaj elementy prawa i praktyki handlowo-administracyjnej bizantyjskiej, perskiej, talmudycznej, kanonicznego prawa Kościołów Wschodnich i rzymskiej. W przypadku tej ostatniej wydaje się, że wpływy zaznaczyły się zwłaszcza w pojęciach prawnych i zasadach rozumowania: analogii i zgodnej opinii.

¹² J. Bielawski, *op. cit.*, s. 102.

sposobach wykładni i stosowania *szariatu*. Różnice między szkołami są często minimalne, dotyczą spraw drugorzędnych, a wynikają z lokalnego kolorytu, dialektów i etnicznych zwyczajów.

Sprawowaniem władzy sądowniczej w imieniu władców zajmowali się przede wszystkim sędziowie (*kadi*), wykorzystujący osiągnięcia teologów, którzy byli tego prawa teoretykami. Ludzie ci gromadzili się wokół autorytetów w tej dziedzinie, zapoczątkowując kierunki tworzenia prawa¹³. Sunnickie szkoły prawa ogłosiły niejako zakończenie *idžtihadu*, czyli wysiłku indywidualnego (rozumowego) poznania prawa już w XI wieku¹⁴. Do tego czasu wykształciły się cztery szkoły prawa uznawane przez wszystkich sunnitów: hanbalicka, hanaficka, malikicka, szafi'icka, a o tym, która obowiązuje na danym terenie, decydowały wydarzenia historyczne albo świadomy wybór przywódców społeczności¹⁵.

Zakończenie epoki *idžtihadu* było wynikiem między innymi walki o wpływ na prawo rządzących (*kalifów, imamów*) z prawnikami.

Dlatego prawnicy zaczęli propagować boskość *szariatu*. Niektórzy uczeni odrzucają jednak tezę o „zatrzaśnięciu bram *idžtihadu*”, a obecnie postulowany jest powrót do tworzenia nowych przepisów, czego wymaga współczesna, odmienna sytuacja polityczno-ekonomiczna muzułmanów, zarówno w ich własnych państwach, jak i na emigracji¹⁶. Po zakończeniu *idžtihadu*, czyli okresu, kiedy było dopuszczalne samodzielne rozstrzyganie kwestii prawnych przez znawców prawa, właściwie do dziś nastąpił okres *taklid* (naśladownictwa). Tej zasady nie uznali szyici, ponieważ tradycyjnie do ich społeczności należą imamowie, których wyposażono w możliwość własnej interpretacji prawnej. Do sunnickich szkół prawa należą:

1. Szkoła hanaficka (od Abu Hanify, VIII w.), najbardziej liberalna i tolerancyjna, również wobec innych wyznań. Odznacza się zdroworozsądkową wykładnią prawa, stosuje w praktyce zasady słuszności, a jej punktem wyjścia jest Koran, mniej *sunna*. *Idžma* jest uznawana, gdy pochodzi od godnych zaufania uczonych. Szkoła ta powstała w Iraku i obowiązywała oficjalnie w imperium tureckim. Współcześnie obejmuje jedną trzecią świata islamu: Turcję, Egipt, Syrię i Jordanię, a także Kaukaz (z wyjątkiem Azerbejdżanu), Bałkany, Afganistan, Pakistan, Azję Środkową, Chiny, Indie i Bangladesz; stosują ją także polscy Tatarzy.

¹³ A.S. Nalborczyk, *Prawo w islamie*, http://www.muzulmanie.com/index.php?option=com_content&task=view&id=37&Itemid=63, dostęp: 25 lipca 2010.

¹⁴ Według K. Sójki-Zielińskiej zakończenie *idžtihadu* nastąpiło w X w. (K. Sójka-Zielińska, *op. cit.*, s. 68).

¹⁵ Y. Thoraval, *Słownik cywilizacji muzułmańskiej*, Książnica, Katowice 2002, s. 279.

¹⁶ A.S. Nalborczyk, *op. cit.*

2. Szkoła malikicka (od Malika ibn Anasa, VIII w.), konserwatywna i bardzo rygorystyczna. Opiera się na tym, co spisane, a zatem na Koranie i *sunnie*, ale używa też sporadycznie zasady *istislahu* (uznania dobra ogółu za większą wartość i podporządkowania się mu). Nie stosuje *kijas*. Szkoła ta obowiązywała w arabskiej Hiszpanii. Współcześnie nadal funkcjonuje w Afryce Północnej (w tym w północnej części Egiptu), w Kuwejcie, Bahrajnie i Nigerii.
3. Szkoła szafi'icka (od Asz-Szafi'ego, IX w.) za źródła prawa uznaje Koran, *sunnę*, *idźmę* i *kijas*. Obejmuje zasięgiem południową część Egiptu, Palestynę, Jemen, Irak, Liban oraz Malezję, Indonezję, Filipiny, Dżibuti, Kenię, Ugandę, Tanzanię i Somalię.
4. Szkoła hanbalicka (od Ibn Hanbala, IX w.), najbardziej punitarna. Źródłem prawa jest Koran oraz tylko te fragmenty *sunny*, które Koran objaśniają. Z norm *idźmy* aprobuje się jedynie te pochodzące od towarzyszy Mahometa. Szkoła ta ma relatywnie niewielu zwolenników, a przetrwała dzięki ruchowi Muhammada Ibn Abd al-Wahhaba z XVIII w. Obecnie występuje w Arabii Saudyjskiej, Katarze i Zjednoczonych Emiratach Arabskich.

Szyici opracowali własne interpretacje prawa, a spośród wielu szkół najczęściej stosowana jest dżafarycka (obowiązuje w Iranie i szyickiej części Iraku) i zajdycka (w Jemenie). O odmienności szkół szyickich stanowi to, że nadal możliwe jest w nich samodzielne tworzenie przepisów prawa przez wybitnych teologów i prawników (*idźtihad*). W sultanacie Omanu, gdzie przeważają abadyci, obowiązuje ich własna interpretacja *szariatu*¹⁷.

Wielość szkół tłumaczona jest Boską wyrozumiałością – każdy muzułmanin mógł wybrać taką szkołę, która najbardziej mu odpowiadała. Zasadniczo nie uznaje się łączenia przepisów prawnych pochodzących z różnych szkół, choć współcześnie się to zdarza. Charakterystyczne dla prawa muzułmańskiego jest uznawanie za jego element lokalnych obyczajów danego regionu, a zatem nie muzułmańskich, lecz etnicznych, co także decyduje o odmiennym, etycznym charakterze islamu w różnych miejscach na świecie. Szczególnie szkoła malikicka, rozpowszechniona w Afryce Subsaharyjskiej, skłonna jest do uwzględniania elementu etnicznego¹⁸.

¹⁷ Y. Thoraval, *op. cit.*, s. 279.

¹⁸ A.S. Nalborczyk, *op. cit.* Zwyczaj, także z czasów przedislamskich, często są recypowane przez prawo muzułmańskie, o ile zostaną uznane za zgodne z nim. Zwyczaj może na przykład nakazywać coś, co jest tylko zalecane przez *szariat*. Bywa, że stosuje się zwyczaj sprzeczny z zapisami *szariatu*. Na przykład tzw. odrzucenie (*répudiation*), czyli rozwiązanie małżeństwa przez jednorazowe i jednostronne oświadczenie którejś ze stron, choć niezgodne z *szariatem*, jest stosowane w większości państw muzułmańskich. Zwyczaj nie jest legalnym źródłem prawa, ale tzw.

Osoby zajmujące się prawem w kulturze islamu

W państwach kręgu kultury muzułmańskiej prawem zajmuje się szerokie grono dostojników czyli tzw. *ulemów* (*alimów*). Ich główną siedzibę stanowiły meczety. Najważniejszy był meczet al-Azhar w Kairze, przynajmniej do XX w., kiedy to w większości krajów arabskich (oprócz Arabii i Iranu) autorytet i władza *ulemów* traciły na znaczeniu, gdyż rządy zwalczały silną pozycję duchownych, m.in. poddając meczety i szkoły religijne nadzorowi państwa. Pośród *ulemów*¹⁹ można wyróżnić:

1. *Usulitów* – teoretycy prawa.
2. *Muftich* – uczeni, teolodzy, znawcy prawa muzułmańskiego, udzielający porad i konsultacji prawnych, politycznych i teologicznych²⁰. *Mufti*, jako praktycy prawa, wydają opinie prawne (*fatwy*²¹), które nie miały i nie mają mocy prawnej, lecz mogły być stosowane przez *kadich*. Z czasów imperium osmańskiego przetrwała hierarchia *muftich*, z głównym *muftim* danego kraju na czele. Wraz z postępami kodyfikacji prawa w państwach muzułmańskich znaczenie *muftich* malało. Ci niegdysiejsi możni doradcy władców i sędziów dziś często udzielają porad prawnych obywatelom za pośrednictwem Internetu i telewizji.
3. *Hatibów* – kaznodzieje.
4. *Imamów* – przewodniczący gmin wyznaniowych szyickich.
5. *Kadich* – sędziowie. *Kadi* wydaje wyroki na podstawie prawa islamu i miejscowego zwyczajowego (*adat, urf*). Podlegają mu sprawy cywilne, rodzinne, spadkowe, nadzór nad fundacjami religijnymi. Czasem rozstrzyga nawet kwestie religijne lub moralne²².

źródłem spontanicznym, o charakterze wtórnym. Zob. F.P. Blanc, *Le droit musulman*, Dalloz, Paris 2007, s. 31, 33–34.

¹⁹ Prawnicy cieszą się wysokim autorytetem w kulturze islamu. Według jednego z powiedzeń arabskich: „jeden prawnik może bardziej przeciwstawić się szatanowi niż tysiąc niewykształconych ludzi ich modlitwami”. Za: R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 231.

²⁰ A. Marek, A.S. Nalborczyk, *Nie bój się islamu*, Więź, Warszawa 2005, s. 196.

²¹ Interesującym przykładem współczesnej fatwy jest ta, wydana w styczniu 2007 r. przez *muftiego* Egiptu szejka Ali Gomaa, w której stwierdził on, że islam zakazuje kobietom być głową państwa, bo to pozycja nakładająca obowiązek przewodzenia modłom, a tę rolę mogą pełnić tylko mężczyźni. Dopuszczał przy tym, by kobiety sprawowały inne funkcje publiczne, o ile nie koliduje to z ich obowiązkami względem mężów. Zob. pasz, *W islamie kobieta nie może być prezydentem*, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114881,3880985.html>, dostęp: 25 lipca 2010.

²² *Arabowie. Słownik encyklopedyczny*, red. M. Dziekan Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2001, s. 224.

Instytucja *kadich* wywodzi się z trybunałów religijnych w czasach kalifatu Omajjadów (VII–VIII w.). Równolegle istniały inne organy o uprawnieniach sędowniczych (policja, inspektorzy handlowi, delegaci kalifa), egzekwujące lokalne zwyczaje i decyzje polityczne, niekiedy zupełnie w oderwaniu od norm *szariatu*.

Opisani powyżej dostojnicy, którzy niejednokrotnie są wykładowcami wyższych uczelni religijnych, mają uznaną zgodę na wiążącą interpretację *szariatu*, z wyjątkiem wykładni *contra legem*. Współcześnie są oni na ogół pracownikami ministerstw ds. religijnych i opiniują bieżące decyzje rządu albo – jak w przypadku teologów z uniwersytetu al-Azhar – pełnią funkcję cenzorów: oceniają, co jest zgodne z zasadami islamu, a co należy potępić²³. W islamie nie ma bowiem wyraźnego rozdziału na prawo świeckie i reguły teologii, przy czym poszczególne kraje kręgu kultury muzułmańskiej różnią się między sobą pod tym względem.

W XX w. jurysdykcja specjalna stosująca prawo muzułmańskie została skasowana (m.in. w: Indiach Brytyjskich, Turcji, Egipcie, Tunezji, Algierii, Maroku, Gwinei, Mali). Iran od 1979 r. jest wyjątkiem, ponieważ utrzymuje specjalne trybunały cywilne i rewolucyjne²⁴.

Ciekawa do dziś z punktu widzenia źródeł prawa jest legislacja w Indiach. Zdaniem J. Schachta: „Prawo muzułmańskie w Indiach Brytyjskich stało się niezależnym systemem jurydycznym, łączącym substancjonalne różnice *szariatu* i prawa anglosaskiego w taki sposób, że można je nazwać prawem anglo-muzułmańskim (*Anglo-Muhammadan law*)”²⁵.

Szariat współcześnie

We współczesnych państwach muzułmańskich *szariat* formalnie obowiązuje, ale nikt nie trzyma się ściśle jego reguł, a stosowany w praktyce kodeks prawny jest wzorowany na prawodawstwie europejskim. Najważniejsze odstępstwa widać w krajach niegdyś należących do imperium tureckiego i postkolonial-

²³ Y. Thoraval, *op. cit.*, s. 19. Wydaje się, że to od aprobaty muzułmańskich duchownych, takich jak holenderski imam Abdul Jabbar Aouragha, zależy możliwość funkcjonowania muzułmańskiej strony z erotycznymi akcesoriami www.elasira.com.ps, *Internetowy sex-shop dla muzułmanów hitem*, http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80587,7720687,Internetowy_sex_shop_dla_muzulmanow_hitem.html, dostęp: 29 lipca 2010.

²⁴ R. David, C. Jauffret-Spinosi, *op. cit.*, s. 349–372.

²⁵ J. Schacht, *Problems of modern Islamic legislation*, „*Studia Islamica*”, vol. XII, London 1960, s. 99–129, za: R. David, C. Jauffret-Spinosi, *op. cit.*, s. 371.

nych. Fundamentalisci, domagając się reislamizacji społeczeństw, próbują wymusić stosowanie *szariatu* jako jedyne źródła prawa. Pod ich naciskiem zmieniono przepisy prawa w Arabii Saudyjskiej (wahhabizm), w Iranie, Sudanie i częściowo w Pakistanie²⁶. Po zakończeniu *idżtihadu* w średniowieczu następne reformy prawa w muzułmańskim kręgu kulturowym nastąpiły dopiero w XIX w., pod wpływem kontaktów z Zachodem państw zwłaszcza z Bliskiego Wschodu²⁷. Pomimo postępowania okcydentalizacji prawodawstw krajów muzułmańskich w XIX i XX w. wiele z nich poczyniło odwołania w swoich konstytucjach do zasad *szariatu* (np. Maroko, Tunezja, Algieria, Mauretania, Jemen, Iran, Pakistan, Sudan, Egipt)²⁸.

Optymalną realizację obowiązków religijnych przez muzułmanina gwarantuje mu, według wielu tradycyjnych uczonych muzułmańskich, wyłącznie życie na terenie państwa muzułmańskiego, funkcjonującego w oparciu o *szariat*²⁹. Islam powinien być zatem w państwach muzułmańskich zrośnięty ze strukturami państwa. Taki stan rzeczy istnieje w jednych krajach w silniejszym stopniu, w innych w słabszym, ale prawo muzułmańskie zazwyczaj jest podstawą prawa państwowego, zwłaszcza w jego części odnoszącej się do rodziny³⁰. Większa część państw północnej Afryki i Bliskiego Wschodu posiada dualistyczny system sądownictwa: świecki i religijny. Do właściwości sądów religijnych należą przynajmniej sprawy rodzinne i spadkowe. Natomiast w Arabii Saudyjskiej i Iranie sądom religijnym podlegają wszystkie dziedziny życia, a pozycja prawa muzułmańskiego jest bardzo silna, również w sferze prawa karnego.

W Arabii Saudyjskiej, będącej, jak wiadomo, kolebką islamu, konstytucją i kodeksem wszelkich praw jest Koran i *sunna* Proroka³¹. Obecnie jedynie Is-

²⁶ Y. Thoraval, *op. cit.*, s. 278.

²⁷ Prawdziwa działalność ustawodawcza w imperium osmańskim miała się zacząć w drugiej połowie XIX w. Najpierw władze osmańskie zdecydowały się ogłosić nieco zmodyfikowane kodeksy europejskie, obejmujące te dziedziny, których prawo religijne muzułmańskie nie mogło skutecznie obsłużyć, a więc: kodeks handlowy w 1850 r., kodeks karny w 1858 r., kodeks procedury handlowej w 1861 r. i kodeks morski w 1863 r. Wszystkie te kodeksy zostały przygotowane na wzór europejskich, zwłaszcza francuskich. To świeckie prawodawstwo było przyjmowane jako uzupełnienie prawa religijnego, a nie jako przeciwstawiające się prawu religijnemu – *szariat*. (J. Bielawski, *op. cit.*, s. 124). Egipt od 1875 r. poszedł jeszcze dalej niż Osmanowie, będąc i w tej dziedzinie pionierem w świecie arabskim. Kodeksy egipski i iracki stały się wzorem dla twórców prawa w Syrii, Libii, Jordanii. Jednak prymat mimo wszystko należał do *szariatu* (Y. Thoraval, *op. cit.*, s. 278).

²⁸ R. David, C. Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, s. 349–372.

²⁹ A. Marek, A.S. Nalborczyk, *op. cit.*, s. 89.

³⁰ A. Marek, A.S. Nalborczyk, *op. cit.*, s. 90.

³¹ J. Bielawski, *op. cit.*, s. 128.

lamska Republika Iranu ma ustrój teokratyczny w ujęciu muzułmańskim, tzn. oparty całkowicie na *szariacie*, stanowiąc hybrydę nowoczesnej demokracji z religijną dyktaturą fundamentalizmu³². W Iranie najwyższy autorytet i władzę w państwie ma przywódca religijno-polityczny, którym musi być wysoko utytułowany teolog muzułmański. Władzę wykonawczą sprawuje rząd na czele z prezydentem. Nad zgodnością ustaw z prawem islamu czuwa dwunasto-osobowa Rada Strażników Rewolucji³³.

Prawo religijne obowiązuje w takich dziedzinach, jak: małżeństwo, rozwód i opieka, rodzina w ogóle. Ponadto prawo kontraktów, zobowiązań, dziedziczenia podpadają pod kompetencje prawa religijnego, a w znacznej mierze także prawo karne³⁴.

Współczesne państwa będące niegdyś europejskimi koloniami recypowały w różnym kształcie instytucje prawne swoich kolonizatorów³⁵. Na przykład w Maroku koegzystują wzorce prawodawstwa francuskiego, muzułmańskiego i hiszpańskiego. W Somalii brak jest jednolitego prawa państwowego, a funkcjonowanie społeczeństwa *de facto* opiera się na prawie zwyczajowym i muzułmańskim³⁶. Indonezja, największy kraj muzułmański świata, zbudowała swoje prawodawstwo niemal wyłącznie na bazie prawa holenderskiego³⁷. Najdalej w rozdziale systemu religijnego od państwowego posunęła się Turcja, która począwszy od reform Atatürka po obaleniu sułtanatu w 1922 r. oparła swoje prawo na wzorach czysto świeckich (m.in. szwajcarskich).

³² Zob. M. Kusion *Zasady ogólne prawa karnego w konstytucji Islamskiej Republiki Iranu*, [w:] *Wybrane zasady prawa konstytucyjnego w państwach współczesnych*, red. M. Witek, AT Group, Kraków 2011, s. 185–198.

³³ Zob. Konstytucja Islamskiej Republiki Iranu z dnia 24 października 1979 r., [www.iranonline.com/iran/iran-info/Government/constitution.html](http://iranonline.com/iran/iran-info/Government/constitution.html); Kodeks karny z 12 lipca 1982 r. <http://www.iranrights.org/english/document-139.php>.

³⁴ J. Bielawski, *op. cit.*, s. 127.

³⁵ W państwach Maghrebu prawo oparto na normach *szariatu*, które w ramach swoich kompetencji egzekwowały trybunały *kadich*, lecz całe sądownictwo cywilne i karne powierzono sądom świeckim zorganizowanym na wzór francuski. W Maroku, kraju najbardziej przywiązany wśród państw regionu do tradycji religijnej islamu, prawo muzułmańskie zachowało największe wpływy na prawodawstwo państwowe.

³⁶ A. Marek, A.S. Nalborczyk, *op. cit.*, s. 103.

³⁷ Indonezja nie jest oficjalnie krajem muzułmańskim, tzn. islam nie jest tam religią oficjalnie przyjętą przez konstytucję, przeto władze państwowe i organy ustawodawcze nie są skrepowane w ustanawianiu nowego prawodawstwa przepisami islamu. Za: J. Bielawski, *op. cit.*, s. 128.

Ogólne zasady procesu

Procedura karna jest szybka i nieskomplikowana. Pierwszym zadaniem sędziego (*kadi*) jest określić, po czyjej stronie leży ciężar dowodu. Ciężar dowodu może się parokrotnie przesuwac pomiędzy stronami w procesie (np. po złożeniu przez pozwanego odpowiednika polskiego pozwu wzajemnego). Standardy dowodowe są identyczne w sprawach karnych i cywilnych. W razie braku przyznania się do winy wymagane są zeznania przynajmniej dwóch naocznych świadków. Dowody pośrednie z zasady nie są dopuszczalne. Ponadto tylko w niektórych sprawach zeznania kobiet mają wartość dowodową.

Tradycyjny system procedury szariackiej jest automatyczny. *Kadi* po wstępnym ustaleniu ciężaru dowodu jedynie przewodniczy z góry ustalonemu algorytmowi stosowania prawa. Świadkowie są albo nie są wzywani, solenna przysięga jest albo nie jest od nich odbierana, a orzeczenie jest wydawane niemal automatycznie³⁸. Samo nasuwa się stwierdzenie, że *kadi* odgrywa zatem niejako rolę „ust ustawy”. *Kadi*, czyli jednocześnie obrońca, oskarżyciel i sędzia śledczy, orzeka, kierując się mniej zeznaniami i wyjaśnieniami, a bardziej zbiorami rozwiązań wypracowanych przed wiekami w drodze *idźmy*.

Sędzia, który zapuści się w samodzielną interpretację Koranu lub rozważanie autentyczności *hadisu*, popełnia czyn sprzeczny z muzułmańską religią, tak jak katolik, który wyłącznie przy użyciu własnej inteligencji chce ustalić sens dogmatów wiary. Trzecie źródło prawa muzułmańskiego, *idźma*, ma niezwykle doniosłe znaczenie praktyczne³⁹. Sędzia może się jednak zawsze zwrócić z wnioskiem do *muftiego* o niewiążącą opinię prawną. W procesie dąży się do prawdy formalnej, opartej bardziej na normach *szariatu* niż na zgromadzonym materiale dowodowym. Ustalona prawda formalna może niekiedy być sprzeczna z prawdą religijną, tzn. uznanie winnym lub niewinnym przez *kadięgo* nie chroni przed osądem boskim⁴⁰. Tortur jako środka dowodowego zakazano ostatecznie w XIII w. Później stosowano je jednak w okresach wzrostu politycznego lub administracyjnego znaczenia *kadich*⁴¹.

³⁸ Na podstawie N.J. Coulson, *op. cit.*

³⁹ E. Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, Paris 1908, s. 328, za: R. David, C. Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, s. 355.

⁴⁰ B. Johansen, *Vérité et torture: ius commune et droit musulman entre le X^e et le XIII^e siècle*, [w:] *De la violence*, dir. F. Héritier, Odile Jacob, Paris 1996, s. 123–169.

⁴¹ B. Johansen, *La découverte des choses qui parlent. La légalisation de la torture judiciaire en droit musulman (XIII–XIV^e siècles)*, „Enquête” 1999, n°7, s. 175–202.

Prawo karne w Islamie

Szariat jest silnie kojarzony z konserwatyżmem sankcjonowanych obyczajów oraz wysoką punitivnością. Na przykład w Arabii Saudyjskiej kradzież karana jest amputacją dłoni. Zawarcie związku małżeńskiego przez kobietę zależy natomiast od aprobaty jej ojca, a gdy ten nie żyje lub nie jest zdolny do wyrażenia zgody, uprawnienie to przysługuje kolejnym osobom w najbliższej rodzinie, ewentualnie sędziemu⁴². Największy sprzeciw w świecie Zachodu budzą kary cielesne *szariatu*. Raz po raz zachodnie media nagłaśniają np. sprawy kobiet ukamienowanych za domniemaną zdradę męża⁴³.

Prawnicy muzułmańscy nie zbudowali ogólnego, samodzielnego systemu prawa karnego, które opierałoby się na nielicznych zresztą przepisach zawartych w Koranie i *sunnie*. Islam, podobnie jak w innych dziedzinach prawa muzułmańskiego, widział w przestępstwach czyny zabronione przez religię⁴⁴.

Przestępstwa przeciwko osobie (np. zabójstwo, zniesławienie) są karane na zasadzie talionu lub w drodze ugody, przy czym tego typu czyny są regulowane przez normy cywilnoprawne. Druga kategoria przestępstw w rozumieniu prawa islamskiego to czyny przeciwko Bogu i zasadom kultu (np. apostazja, bluźnierstwo, cudzołóstwo, picie alkoholu) sankcjonowane najbardziej surowo, np. śmiercią lub biczowaniem. Trzecia kategoria to wszelkie inne czyny o – można by rzec – relatywnie znikomym stopniu społecznej szkodliwości, a karane pozbawieniem wolności, chłostą, zerwaniem turbanu, konfiskatą mienia.

Najbardziej surowe kary przewidziano za sześć specyficznych przestępstw: śmierć za apostazję lub kradzież mienia o znacznej wartości, ukamienowanie za cudzołóstwo, 100 batów za seks pozamałżeński, gdy sprawca był stanu wolnego, 80 batów za nieudowodniony zarzut „nieskromności” (*unchastity*),

⁴² Informacje pochodzą z wysłuchanego przez mnie referatu J. Oueslati *Du droit du mariage en Tunisie* („O prawie małżeńskim w Tunezji”), wygłoszonego 3 lipca 2010 r. na V Konferencji Legilingwistycznej, Poznań, Pracownia Legilingwistyki UAM.

⁴³ Zob. *Iranka zostanie ukamienowana za zdradzanie męża!*, http://www.figa.pl/Iranka-zostanie-UKAMIENIOWANA-za-zdradzanie-meza-a1006;awe,PAP,Skazana_na_chlostę_malezyjska_modelka_nie_uniknie_kary_za_picie_piwa, http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80708,6957600,Skazana_na_chloste_malezyjska_modelka_nie_uniknie.html; K. Pruszkowska, *Kamienowanie w Koranie*, http://facet.interia.pl/news/kamienowanie-w-koranie,1509004,2717;rik,Kobieta_sadzona_za_noszenie_spodni, http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80708,6873595,Kobieta_sadzona_za_noszenie_spodni.html; G. Mazurczak, *Wina i kara. Meandry sprawiedliwości*, <http://www.psz.pl/tekst-29575/Grzegorz-Mazurczak-Wina-i-kara-Meandry-sprawiedliwosci> (stan artykułów na 25 lipca 2010).

⁴⁴ J. Bielawski, *op. cit.*, s. 119.

również 80 batów grozi za spożywanie alkoholu lub innego intoksykantu. Kwalifikacja prawna pozostałych czynów i wymiar kary leżą w dyskrejonalnych uprawnieniach sędziego⁴⁵. Są one jednak ograniczone *in concreto* przez zarządzenia władcy lub prawo zwyczajowe. W myśl prawa muzułmańskiego jedynie człowiek żyjący, będący w pełni władz umysłowych, może odpowiadać za swoje czyny; nieletni do 7 lat jest całkowicie nieodpowiedzialny, a w wieku młodzieńczym, aż do dojścia do dojrzałości (czyli 15–18 lat w zależności od szkoły prawnej), podlega tylko pewnym środkom przymusu⁴⁶.

Ponieważ *szariat* dotyczy wszystkich dziedzin życia społecznego, zdaniem uczonych muzułmańskich⁴⁷ jego norm nie można stosować bez uwzględnienia tzw. ogólnego stanu społeczeństwa (*sans regard pour l'état de la société*). Orzekając karę na przykład amputacji kończyny za kradzież, władca i w jego imieniu sąd wdrażają nie tylko prewencję indywidualną, lecz także generalną, gdyż kara równolegle ma zapewnić szczerą i bardziej gorliwą realizację przez społeczeństwo pozostałych nakazów i zakazów *szariatu* (m.in. obowiązkowa jałmużna dla ubogich, zakaz hazardu i defraudacji, nakaz wstrzemięźliwości), w taki sposób, aby kary nie musiały być już nigdy wymierzane.

Celami *szariatu* stały się: osiągnięcie pewnej rangi moralnej przy równoczesnej stabilizacji w społeczeństwie, zorganizowanie relacji pomiędzy różnymi grupami społecznymi, wdrożenie boskiego prawa w społeczeństwie oraz ustanowienie przepisów prawnych mających na celu przyniesienie korzyści ludziom.

Muzułmański kodeks karny dzieli się na egzekwowany przez sądy oraz egzekwowany samoistnie przez każdego obywatela. Przykładem drugiego rodzaju może być w przypadku złamania przysięgi przez wiernego nakaz odkupienia winy przez: karmienie dziesięciu biednych – ze środków, którymi zwykle żywi się własną rodzinę – albo ubranie ich, albo też wyzwolenie niewolnika. Tym samym prawo karne w islamie ma na celu zarówno skrucę sprawcy, jak i prewencję generalną, jednocześnie teologiczną i społeczną.

Skrajna wykładnia *szariatu*?

Najbardziej skrajną wykładnię *szariatu* zaprowadzili podczas swojego reżimu w Afganistanie talibowie (od 1996 do 2002 r.). Ruch Talibów zapoczątkowała grupa około 30 studentów szkoły koranicznej (*medresy*) w Kandaharze. Tali-

⁴⁵ N.J. Coulson, *op. cit.*

⁴⁶ J. Bielawski, *op. cit.*, s. 120.

⁴⁷ Anas, *Qu'est-ce que la Charia?*, <http://www.maison-islam.com/articles/?p=18>, dostęp: 27 lipca 2010.

bowie zakazali kobietom uczyć się i pracować, a zobowiązali je do noszenia burek. Mężczyznom nakazano zapuścić zarost o takiej samej długości jak broda Mahometa. Surowo egzekwowano zakazy oglądania telewizji i słuchania muzyki, puszczania latawców i wymiany wizytówek, korzystania z Internetu i prognozowania pogody. Nie wolno było posiadać żadnych wyobrażeń żywych stworzeń, np. fotografii, lalek. Talibowie uznali, że wszystkie te zachowania nie stanowią grzechu, lecz odciągają od modlitwy i Boga.

W marcu 2009 r.⁴⁸ rząd Pakistanu zezwolił talibom na sprawowanie władzy sądowniczej w dolinie Swat, położonej przy północno-zachodnim odcinku granicy pakistańsko-afgańskiej. Był to skutek porozumienia władz Pakistanu z talibami, którzy od dwóch lat prowadzili partyzancką wojnę przeciwko legalnemu rządowi. Terror talibów trwał zresztą już uprzednio. Jednym z bardziej symptomatycznych jego symboli miało być zabicie Shabany, znanej lokalnej tancerki. Zabito ją jako osobę łamiącą prawo boże. Jej ciało znaleziono obsypane połamanymi płytami CD, pieniędzmi i „niemoralnymi” zdjęciami⁴⁹. Talibowie już od marca 2009 r. zaczęli zamykać szkoły dla dziewcząt i delegalizować NGO. Tak samo jak za czasów swojego reżimu w Afganistanie islamska policja religijna i islamskie sądy wprowadziły kary ukamienowania, obcięcia kończyn i publiczne egzekucje, niejednokrotnie wymierzane w trybie doraźnym.

Szariat oznacza stabilizację?

Według najnowszych badań⁵⁰ na kontynencie europejskim żyje około 38 mln muzułmanów. Pod względem ich liczby na pierwszym miejscu jest Rosja (około 16 mln). Z kolei państwem europejskim, w którym największa część społeczeństwa wyznaje islam, jest niewątpliwie Albania (ponad 80%). W pozostałych państwach bałkańskich ludność muzułmańska również stanowi znaczną część mieszkańców (Bośnia i Hercegowina – 40%, Macedonia – 33%). Naj-

⁴⁸ Z. Szczerek, *Powrót talibów. Obcinanie kończyn, palenie szkół*, http://fakty.interia.pl/tylko_u_nas/news/powrot-talibow-obcinanie-konczyn-palenie-szkol,1280113,3439, dostęp: 25 lipca 2010. Zob. też: M. Kuźmicz, *Pakistan: szariat to jest to?*, <http://www.politykaglobalna.pl/2009/02/pakistan-szariat-to-jest-to>, dostęp: 25 lipca 2010.

⁴⁹ Z. Szczerek, *op. cit.*

⁵⁰ Raport Pew Research Center's Forum on Religion and Public Life, *Mapping the global Muslim population: A Report on the size and distribution of the world's Muslim population*, <http://www.pewforum.org/Mapping-the-Global-Muslim-Population.aspx>, dostęp: 25 lipca 2010.

większa mniejszość islamska występuje obecnie w Niemczech (4 mln – mniej więcej tyle samo, ile w obu Amerykach). We Francji żyje około 3,5 mln ludności muzułmańskiej, w Wielkiej Brytanii – 1,6 mln, w krajach Beneluksu – około miliona. W większości są to imigranci i ich potomkowie w pierwszym i drugim pokoleniu. Taki stan rzeczy pociąga za sobą różnorodne skutki społeczno-ekonomiczne (również dla krajów pochodzenia imigrantów), w tym dotyczące prawa i judykatury.

Szariat we współczesnej Europie

Wielka Brytania jako pierwsze państwo europejskie dopuściła stosowanie prawa *szariatu* na swoim terytorium. Oficjalnie muzułmańskie sądy religijne orzekają tam od sierpnia 2007 r.⁵¹ Istotną zmianą wprowadzoną w 2008 r. było przyznanie wyrokom sądów orzekających na podstawie *szariatu* możliwości egzekwowania przez brytyjski wymiar sprawiedliwości, łącznie z sądem najwyższym. Największe szariackie sądy arbitrażowe orzekają w: Londynie, Birmingham, Bradford i Manchesterze, wszystkie pod nadzorem Muzułmańskiego Trybunału Arbitrażowego z siedzibą w Nuneaton w hrabstwie Warwickshire. Takie rozwiązanie wywołało w Wielkiej Brytanii wiele protestów. Podnoszono zarzuty między innymi dyskryminacji kobiet. Obrońcy nowego prawodawstwa zwracali uwagę na ekonomikę procesową oraz to, że sądy takie nie mogą orzekać w sporach między muzułmanami a niemuzułmanami. Poza tym nigdy nie mają być właściwe w sprawach kryminalnych.

Podstawą prawną do usankcjonowania orzeczeń sądów szariackich ma być ustawa z 1996 r., tzw. *Arbitration Act*. Reguluje ona działalność wszystkich sądów arbitrażowych w Wielkiej Brytanii, których decyzje są prawnie wiążące, jeśli strony uprzednio uznały ich jurysdykcję. Na podstawie przywołanego aktu w Wielkiej Brytanii orzekają (w sprawach rodzinnych i majątkowych) żydowskie sądy *Beth Din*, a także sądy *sikhów*. Jednak według „Sunday Timesa” brytyjskie władze podjęły taką decyzję, chcąc uniknąć protestów, jakie podniosły się w lutym 2008 r., gdy arcybiskup Canterbury R. Williams publicznie przyznał, że usankcjonowanie muzułmańskich sądów „wydaje się nieuniknione”. Większość polityków i dostojników kościelnych uznała wtedy jego pomysł za zamach na system prawny Wielkiej Brytanii. Pojawiły się nawet głosy żądające ustąpienia hierarchy. W lipcu 2008 r. podobne oburzenie wywołał

⁵¹ M. Kazimierczyk, *Wielka Brytania ma szariat*, http://wyborcza.pl/1,76842,5705066,Wielka_Brytania_ma_szariat.html#ixzz0qZLjFbha, dostęp: 25 lipca 2010.

sędzia sądu najwyższego Lord Phillips, stwierdzając, że *szariat* powinien być dopuszczony do rozwiązywania spraw rodzinnych i finansowych⁵².

Trudno jednoznacznie określić implikacje usankcjonowania muzułmańskich sądów arbitrażowych. Może to sprzyjać wyższej tolerancji, integracji i pokojowej koegzystencji dwóch wyznań w Wielkiej Brytanii. A jeśli tak, to takie rozwiązanie może stanowić wzór, a przynajmniej punkt wyjścia, dla dyskusji o problemach islamskich imigrantów we Francji czy Niemczech⁵³. Zdaniem przeciwników szariackie sądy prowadzą do budowania wypaczonej wizji wielokulturowości, czyli społeczeństwa równoległego⁵⁴. Idąc dalej tokiem rozumowania Brytyjczyków, można by przyjąć w Europie na przykład wobec Chińczyków normy prawa cywilnego chińskiego, a wobec Romów ich prawo zwyczajowe (romanipen) itd.

⁵² Lord Phillips stwierdził m.in., że: „Nie ma żadnego powodu, dla którego zasady *szariatu* nie miałyby być podstawą w rozstrzygnięciu sporów brytyjskich muzułmanów. Jednak jeśli sporu nie uda się rozwiązać lub konieczne są kary, trzeba się odwołać do prawa brytyjskiego”, oraz: „Nie widzę nic złego w promowaniu *szariatu* w sprawach rodzinnych, zresztą nasze prawo od dawna zmierza w kierunku wprowadzenia w życie sugestii arcybiskupa”. M. Kazimierczyk, *Szariat dla Brytyjczyków*, http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114881,5425433,Szariat_dla_Brytyjczykow.html, dostęp: 25 lipca 2010. Zob. też: K. Pędziwiatr, *Szariat arcybiskupa, czyli jak pogodzić prawo muzułmańskie z nowoczesnością*, <http://www.arabia.pl/content/view/291483/159>, dostęp: 25 lipca 2010.

⁵³ „Rzeczpospolita” podaje za niemieckim „Der Spiegel”, że prawo *szariatu* jest już od dawna stosowane przez niemieckie sądy, cytując wiele orzeczeń sądów powołujących się w sentencji na prawo islamskie. Na przykład w przypadku pewnej wdowy, która bezskutecznie odwoływała się od wyroku sądu przyznającego jej prawo do połowy emerytury po mężu, gdyż pozostałą część otrzymywała druga żona zmarłego muzułmanina. P. Jendroszyk, *Niemcy: co zrobić z Turkami?*, „Rzeczpospolita”, 18 października 2010.

⁵⁴ J. Wójcik, *Sądy szariackie w Wielkiej Brytanii bezprawne*, <http://www.euroislam.pl/index.php/2009/07/sady-szariackie-w-wielkiej-brytanii-bezprawne>, dostęp: 25 lipca 2010. W tym artykule przywołano opinię z 2005 r. Jusuf’a Al-Qaradawi, przewodniczącego Europejskiej Rady Fatwy i Badań o stopniowym wprowadzaniu *szariatu* w Europie: „Stopniowość musi być przestrzegana, jeżeli chodzi o stosowanie *szariatu* w dzisiejszym życiu, kiedy muzułmanie zostali najechni społecznie, prawnie i kulturowo [...]. Stopniowość odnosi się do przygotowania ludzi ideologicznie, psychologicznie, moralnie i społecznie do zaakceptowania i przyjęcia zastosowania *szariatu* w każdym aspekcie życia”. *Ibidem*.

Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że *szariat* jest tworem obcym dla kultury europejskiej. Podczas gdy społeczeństwa Zachodu wypracowały dwa podstawowe modele systemów prawnych – kontynentalny, funkcjonujący na podstawie podziału pandektowego, i anglosaski, oparty na precedensach – *szariat*, jako objawiony przez Boga, objął holistycznie wszystkie sfery życia muzułmanina. Istnieje wiele interpretacji *szariatu*, co przekłada się wprost na system polityczny danego państwa, kształt egzekutywy, legislatywy i judykatury, na penalizację społeczeństwa oraz na charakter relacji danego państwa z otoczeniem międzynarodowym. Niezależnie od szkoły wykładni *szariatu*, jego fundamentem pozostaje święta księga islamu, Koran, co dobitnie ukazuje boską legitymację przypisywaną temu prawu.

Prawo islamu (*szariat*), podobnie jak etyka islamu, jest nierozłącznie związane z islamem jako religią, toteż mają wspólną sankcję i wspólne źródła w Bogu, potwierdzone w Koranie i tradycji. Na wzór Boga prawo temu przypisuje się cechy wieczności, doskonałości, sprawiedliwości i niezmienności podstawowych zasad⁵⁵. Większość współczesnych państw muzułmańskich utrzymuje dualistyczny system sądownictwa: religijny, oparty na *szariacie*, i świecki, wzorowany na europejskim.

Prawo islamu nie zna procesów wytaczanych zwierzętom i nieboszczykom, jak to czyniono w średniowieczu na postawie niżej stojącego pod tym względem prawa europejskiego. Wiele natomiast innych nowoczesnych rozwiązań europejskiego prawa karnego nie występuje w prawie islamu. Dzisiaj, poza Arabią Saudyjską, prawnokarne wzory europejskie znalazły tam niemal pełne uznanie⁵⁶.

Za przykład zsekularyzowanego ustawodawstwa (w tym karnego) stawia się to zaprowadzone w Tunezji oraz Turcji. Arabia Saudyjska stosuje najbardziej konserwatywne rozumienie Koranu, a Iran to swoista wypadkowa teokracji i demokracji.

Największe protesty w świecie Zachodu budzą niehumanitarne kary orzekane przez sądy szariackie w sprawach karnych (np. ukamienowanie, publiczna chłosta) oraz dyskryminacja kobiet, mniejszości seksualnych i narodowych. Ogólnie rzecz biorąc, *szariat* stanowi wyraz zupełnie innego rozumienia praw jednostki. Obecnie w świecie chrześcijańskim bowiem państwowość oraz prawa i wolności człowieka nie są określone (przynajmniej wyłącznie) przez wolę Stwórcy. Suweren świecki nie jest już Bożym pomazańcem, a kompetencje władzy państwowej i kościelnej są wyraźnie rozdzielone. Tymczasem w islamie

⁵⁵ R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 129.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 233–234.

władza duchowa połączona ze świecką pochodzi od Boga, opiera się bowiem na Boskim rodowodzie, a sprawuje ją kalif, czyli „następca Proroka”. Boski charyzmat władzy w państwie spływa w dół od kalifa na wszystkie pozostałe urzędy państwowe. Nie istnieje przy tym podział na funkcje czysto religijne i czysto świeckie, gdyż sprawujący urząd skupia w swym ręku oba te elementy dla dobra doczesnego i duchowego gminy⁵⁷.

W dobie globalizacji różnice kulturowe, które wpływały na określone systemy prawne, zderzają się również w sferze prawa. W Kanadzie w 2003 r. utworzono Islamski Instytut Sprawiedliwości Cywilnej, który oferował arbitraż między innymi w sprawach rodzinnych w zgodzie z *szariatem*⁵⁸. Zdaniem Z. Matthews⁵⁹, przewodniczącego Australian Islamic Mission, *szariat* powinien być równoległym porządkiem prawnym w Australii. W czerwcu 2010 r. parlament stanu Oklahoma⁶⁰ wysunął podobną propozycję co do lokalnych sądów. Kwestia stosowania *szariatu* w Europie nie jest błaha z uwagi na rosnącą liczbę imigrantów muzułmańskich oraz ich potomków (zwłaszcza w państwach tzw. starej Unii)⁶¹.

Dotąd europejska tolerancja dla innych kultur, zwłaszcza wśród elit, była szczerą, ale nawet te elity nie zakładały, że oznacza ona przyzwolenie dla zakorzeniania się i stałej ekspansji obcej religii na europejskiej ziemi⁶². Nie ulega wątpliwości, że w konfrontacji z islamem Europa się zmieni. Jest o wiele bardziej wątpliwe, czy islam okaże się skłonny do asymilowania europejskiej kultury⁶³.

⁵⁷ A. Marek, A.S. Nalborczyk, *op. cit.*, s. 89.

⁵⁸ J. Wójcik, *op. cit.*

⁵⁹ I. Lichter, *Sharia law would harm Aussie Muslim women*, <http://www.theaustralian.com.au/news/opinion/sharia-law-would-harm-aussie-muslim-women/story-e6fig6zo-1225843990296>, dostęp: 29 lipca 2010.

⁶⁰ D. Gibson, *Islamic law in Oklahoma? Vote to bar Sharia may be on fall ballot*, <http://www.politicsdaily.com/2010/06/08/islamic-law-in-oklahoma-vote-to-bar-sharia-may-be-on-fall-ballo>, dostęp: 29 lipca 2010.

⁶¹ Głośnym i medialnym przykładem, który miał miejsce w 2010 r. na terytorium Polski, jest sprawa co prawda nie muzułmanina, lecz brytyjskiego Sikha, który podczas kontroli na lotnisku Okęcie odmówił zdjęcia turbanu, gdyż w jego rodzimej kulturze uchodzi to za dyshonor. Nałożono na niego grzywnę, której zapłacenia także odmówił. Do Trybunału Konstytucyjnego wpłynęło niedawno pytanie prawne Wydziału V Karnego SR dla m.st. Warszawy o konstytucyjności przepisu art. 217 ust. 1 pkt 7 prawa lotniczego, na postawie którego na obywatela brytyjskiego o hinduskim pochodzeniu nałożono przedmiotową grzywnę. Sygn. akt P43/10.

⁶² A. Lubowski, *Europa przechodzi na islam*, http://wyborcza.pl/1,76842,7412735,Europa_przechodzi_na_islam.html?as=2&startsz=x, dostęp: 25 lipca 2010.

⁶³ *Ibidem*.

Bibliografia

- Anas, *Qu'est-ce que la Charia?*, <http://www.maison-islam.com/articles/?p=18>, dostęp: 27 lipca 2010.
- Arabowie. Słownik encyklopedyczny*, red. M. Dziekan, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2001.
- Armour R.S., *Islam, chrześcijaństwo i Zachód. Burzliwe dzieje wzajemnych relacji*, WAM, Kraków 2004.
- awe, PAP, *Skazana na chłostę malezyjska modelka nie uniknie kary za picie piwa*, http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80708,6957600,Skazana_na_chloste_malezyjska_modelka_nie_uniknie.html, dostęp: 25 lipca 2010.
- Bielawski J., *Prawo muzułmańskie* (w:) *Główne kultury prawne współczesnego świata*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1995.
- Blanc F.P., *Le droit musulman*, Dalloz, Paris 2007.
- David R., Jauffret-Spinosi C., *Les grands systèmes de droit contemporains. Le droit musulman*, Dalloz, Paris 2002.
- Dziekan M., *Dzieje kultury arabskiej*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2008.
- Gibson D., *Islamic law in Oklahoma? Vote to bar Sharia may be on fall ballot*, <http://www.politicsdaily.com/2010/06/08/islamic-law-in-oklahoma-vote-to-bar-sharia-may-be-on-fall-ballo>, dostęp: 29 lipca 2010.
- Iranka zostanie ukamienowana za zdradzanie męża!*, <http://www.figa.pl/Iranka-zostanie-UKAMIENIOWANA-za-zdradzanie-meza-a1006>, dostęp: 25 lipca 2010.
- Jendroszyk P., *Niemcy: co zrobić z Turkami?*, „Rzeczpospolita”, 18 października 2010.
- Johansen B., *Vérité et torture: ius commune et droit musulman entre le X^e et le XIII^e siècle*, [w:] *De la violence*, dir. F. Héritier, Odile Jacob, Paris 1996.
- Johansen B., *La découverte des choses qui parlent. La légalisation de la torture judiciaire en droit musulman (XIII–XIV^e siècles)*, „Enquête” 1999, n°7.
- Kazimierczyk M., *Szariat dla Brytyjczyków*, http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114881,5425433,Szariat_dla_Brytyjczykow.html, dostęp: 25 lipca 2010.
- Kazimierczyk M., *Wielka Brytania ma szariat*, http://wyborcza.pl/1,76842,5705066,Wielka_Brytania_ma_szariat.html#ixzz0qZLjFbha, dostęp: 25 lipca 2010.
- Kusion M., *Zasady ogólne prawa karnego w konstytucji Islamskiej Republiki Iranu*, [w:] *Wybrane zasady prawa konstytucyjnego w państwach współczesnych*, red. M. Witek, AT Group, Kraków 2011.
- Kuźmich M., *Pakistan: szariat to jest to?*, <http://www.politykaglobalna.pl/2009/02/pakistan-szariat-to-jest-to>, dostęp: 25 lipca 2010.
- Lambert E., *Fonction du droit civil comparé*, Paris 1908.
- Lichter I., *Sharia law would harm Aussie Muslim women*, <http://www.theaustralian.com.au>

- com.au/news/opinion/sharia-law-would-harm-aussie-muslim-women/story-e6frg6zo-1225843990296, dostęp: 29 lipca 2010.
- Lubowski A., *Europa przechodzi na islam*, http://wyborcza.pl/1,76842,7412735,Europa_przechodzi_na_islam.html?as=2&startsz=x, dostęp: 25 lipca 2010.
- Marek A., Nalborczyk A.S., *Nie bój się islamu*, Więź, Warszawa 2005.
- Mazurczak G., *Wina i kara. Meandry sprawiedliwości*, <http://www.psz.pl/tekst-29575/Grzegorz-Mazurczak-Wina-i-kara-Meandry-sprawiedliwosci>, dostęp: 25 lipca 2010.
- Nalborczyk A.S., *Prawo w islamie*, http://www.muzulmanie.com/index.php?option=com_content&task=view&id=37&Itemid=63, dostęp: 25 lipca 2010.
- Pasz, *W islamie kobieta nie może być prezydentem*, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114881,3880985.html>, dostęp: 25 lipca 2010.
- Raport Pew Research Center's Forum on Religion and Public Life, *Mapping the global Muslim population: A Report on the size and distribution of the world's Muslim population*, <http://www.pewforum.org/Mapping-the-Global-Muslim-Population.aspx>, dostęp: 25 lipca 2010.
- Pędziwiatr K., *Szariat arcybiskupa, czyli jak pogodzić prawo muzułmańskie z nowoczesnością*, <http://www.arabia.pl/content/view/291483/159>, dostęp: 25 lipca 2010.
- Pruszkowska K., *Kamienowanie w Koranie*, <http://facet.interia.pl/news/kamienowanie-w-koranie,1509004,2717>, dostęp: 25 lipca 2010.
- ps, *Internetowy sex-shop dla muzułmanów hitem*, http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80587,7720687,Internetowy_sex_shop_dla_muzulmanow_hitem.html, dostęp: 29 lipca 2010.
- Rik, *Kobieta sądzona za noszenie spodni*, http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80708,6873595,Kobieta_sadzona_za_noszenie_spodni.html, dostęp: 25 lipca 2010.
- Schacht J., *Problems of modern Islamic legislation*, „Studia Islamica”, vol. XII, London 1960.
- Sójka-Zielińska K., *Historia prawa*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1993.
- Szczerek Z., *Powrót talibów. Obcinanie kończyn, palenie szkół*, http://fakty.interia.pl/tylko_u_nas/news/powrot-talibow-obcinanie-konczyn-palenie-szkol,1280113,3439, dostęp: 25 lipca 2010.
- Thoraval Y., *Słownik cywilizacji muzułmańskiej*, Książnica, Katowice 2002.
- Tokarczyk R., *Współczesne kultury prawne*, Zakamycze, Kraków 2000.
- Walther W., *Historia literatury arabskiej*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2008.
- Wójcik J., *Sądy szariackie w Wielkiej Brytanii bezprawne*, <http://www.euroislam.pl/index.php/2009/07/sady-szariackie-w-wielkiej-brytanii-bezprawne>, dostęp: 25 lipca 2010.

Akty prawne

- Kodeks karny z 12 lipca 1982 r., <http://www.iranrights.org/english/document-139.php>.

Konstytucja Islamskiej Republiki Iranu z dnia 24 października 1979 r., www.iran-online.com/iran/iran-info/Government/constitution.html.

Summary

Criminal Law as a Component of Sharia in Muslim Countries and European

There is no doubt that, sharia is a creation extraneous for European culture. Islāmic law is therefore the expression of Allāh's command for Muslim society and, in application, constitutes a system of duties that are incumbent upon a Muslim by virtue of his religious belief. Known as the sharia (literally, "the path leading to the watering place"), the law constitutes a divinely ordained path of conduct that guides the Muslim toward a practical expression of his religious conviction in this world and the goal of divine favor in the world to come. There are many ways of interpretation of sharia which implies fairly political system, executive, legislature and justice in each country of Muslim area. As well as character of their relations with international entourage. Sharia and Islamic ethics are inextricably linked to Islam as a religion and they have got common sanction and source in God's will expressed in Koran and tradition. Most of contemporaries Muslim countries established dualistic justice: religious based on sharia and secular modeled on European law. Tunisia and Turkey seem to establish the most secularized law (including penal law). The Saudi Arabia employs the most conservative interpretation of Koran while political and law system in Iran is an unique compilation of democracy and theocracy. In the age of globalization the cultural differences, which affected also the law systems, collide in the law sphere. For instance, the question of application of sharia in Europe becomes more and more important because of large number of Muslims immigrants and their descendants. United Kingdom as the first European country allowed for application of sharia on her territory by arbitration tribunals (officially in 2007) but only in civil disputes between Muslims. It's hard to explicitly state the implications of legalization of sharia arbitration in UK and Europe. It may increase a level of religious toleration. On the other hand, it may stimulate Muslims appetite for expand their powers (f. ex. in punitive penal law), as well as may contribute to the creation of parallel society.

