**KOMISJA KODYFIKACYJNA**

 **PRAWA KARNEGO**

5 listopada 2024 r.

Opinia

w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny (UD29)

wraz z autopoprawką dotyczącego rozszerzenia zakresu penalizacji

tzw. „mowy nienawiści”.

1. Przedmiotem opinii jest projekt ustawy, który modyfikuje brzmienie art. 119 § 1, art. 256 § 1 oraz art. 257 Kodeksu karnego. We wszystkich tych regulacjach projektodawcy rozszerzają dotychczasowy zakres penalizacji zachowań motywowanych określonymi cechami osób lub grup osób. W szczególności chodzi o wprowadzenie do wyżej wymienionych przepisów kryterium niepełnosprawności, wieku, płci, orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej. Projekt konsekwentnie przewiduje także modyfikację treści art. 53 § 2a pkt 6 Kodeksu karnego, poprzez rozszerzenie nagannej motywacji, traktowanej jako okoliczność obciążającą przy wymiarze kary, także na przypadki popełnienia przestępstwa motywowanego nienawiścią z powodu niepełnosprawności, wieku, płci, orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej pokrzywdzonego.

Do projektu tego przewidziano autopoprawkę, w której w miejsce kryterium „płci” i „tożsamości” płciowej użyto szerszego znaczeniowo terminu „w związku z płcią” lub „ze względu na płeć”.

2. Należy zwrócić uwagę, że stosowanie przemocy lub groźby bezprawnej wobec innej osoby, co stanowi karalną czynność wykonawczą w art. 119 § 1 k.k., stanowi przestępstwo o charakterze powszechnym bez względu na motyw działania oraz bez względu na to, jakiej osoby dotyczy. Podobnie jest w przypadku publicznego znieważenia lub naruszenia nietykalności cielesnej innej osoby. Swoistym typem czynu zabronionego jest nawoływanie do nienawiści wobec innych osób (osoby) z uwagi na określoną ich przynależność lub charakterystykę. W odniesieniu do typu z art. 256 § 1 k.k. brak jest „powszechnego” odpowiednika czynu zabronionego określonego w tym przepisie w postaci „nawoływania do nienawiści” na jakimkolwiek tle (np. poglądów politycznych). Podobnie w przypadku znieważenia skierowanego do grupy osób, art. 27 k.k. stanowi samoistną podstawę penalizacji, art. 216 k.k. odnosi się bowiem wyłącznie do znieważenia indywidualnej osoby.

3. Powodem wprowadzenia do Kodeksu karnego typów czynów zabronionych przewidujących wyższą karalność za stosowanie przemocy, groźby bezprawnej, znieważanie lub naruszenie nietykalności cielesnej z uwagi na określoną charakterystykę pokrzywdzonych tymi zachowaniami i specyficzny motyw sprawcy, jest wyższy stopień społecznej szkodliwości tych zachowań (co równocześnie powoduje ich objęcie ściganiem z urzędu), bowiem godzą one, poza dobrami indywidualnymi, także w spokój publiczny oraz łączą się z niebezpieczeństwem podejmowania na szerszą skalę zachowań charakteryzujących się przemocą słowną i fizyczną, a także dyskryminacją wobec osób fizycznych lub grup osób, które mają charakter mniejszościowy, a często są społecznie stygmatyzowane. Zwiększony stopień społecznej szkodliwości zachowań ujętych w art. 119 § 1 k.k. oraz 257 k.k. (odpowiednio także art. 256 § 1 k.k.) nie tyle jest więc uzasadniony faktem, skierowania agresji słownej lub fizycznej z uwagi na posiadanie przez pokrzywdzonych cech niezależnych od wyboru tych osób, ale odwoływanie się przez sprawców do takich zobiektywizowanych cech „wrażliwych”, które były historycznie lub są aktualnie wykorzystywane do stygmatyzacji i (lub) negatywnych ocen, czy postaw wobec osób je posiadających.

Należy w tym kontekście podkreślić, że owa stygmatyzacja związana jest z określonymi ideologiami czy subkulturami, w których określone cechy łączą się z negatywną oceną, stanowią podstawę do poniżania i naruszania godności. Nie można tego utożsamiać z klauzulami antydyskryminacyjnymi. Kryteria przyjmowane w tych klauzulach odnoszą się nie tylko do cech będących podstawą do stygmatyzacji, czy negatywnych ocen występujących na szerszą skalę w danej społeczności, ale także braku przestrzegania zasady równości w oparciu o cechy irrelewantne dla danego uprawnienia, obowiązku czy przywileju. Ograniczanie praw danej kategorii osób z uwagi na takie niedopuszczalne kryteria nie musi się łączyć z negatywną, czy poniżającą, oceną tych osób.

Dlatego nie można w sposób automatyczny przenosić cech (czy charakterystyk) z klauzul antydyskryminacyjnych na przepisy prawa karnego dotyczące szeroko rozumianej mowy nienawiści.

4. W tej pespektywie pozytywnie należy ocenić wprowadzenie do modyfikowanych regulacji karnych kryterium „orientacji seksualnej”, które historycznie łączyło się ze stygmatyzacją społeczną oraz współcześnie stanowi motyw podejmowania wielu działań naruszających nietykalność fizyczną i dobra osobiste innych osób.

5. W pierwotnej wersji projektu zaproponowano ponadto kryterium „tożsamości płciowej”. **Trafnie jednak w autopoprawce zastąpiono je bardziej elastycznym określeniem „w związku z płcią”.** Ten ostatni zwrot ma bowiem szerszy zakres znaczeniowy, obejmuje jakiekolwiek motywacje odnoszące się do ludzkiej płciowości, bez względu na to, czy chodzi w tym przypadku o płciowość w rozumieniu biologicznym, czy społecznym. Pierwotnie użyty termin „tożsamość płciowa” wskazywał na element jakiejkolwiek subiektywnej identyfikacji w odniesieniu do płci, W uzasadnieniach projektowanych zmian wskazywano, że stanowią one realizację wymagań wynikających z Konwencji stambulskiej. Problem polega wszakże na tym, że używany na gruncie tej Konwencji termin „gender”, tłumaczony w języku polskim niekiedy jako „płeć społeczno–kulturowa”, nie oznacza subiektywnie pojmowanej identyfikacji (tożsamości) płciowej, ale zobiektywizowaną rolę społeczną. Nawet więc jeżeli termin ten swoim zakresem znaczeniowym obejmuje szersze spektrum niż płeć biologiczna (męska i żeńska), nadal chodzi o obiektywizujące definiowanie płciowości człowieka w różnych formach społeczno–kulturowych. Podkreślenie owego społeczno–kulturowego znaczenia oznacza, że nie chodzi wyłącznie o subiektywne przekonania jednostki, ale o w miarę trwałe społeczno–kulturowe klasyfikacje tych form.

Gdyby przyjąć, że współcześnie właśnie przynależność do tych szczególnych społeczno–kulturowych form płciowości jest podstawą zachowań poniżających i stygmatyzujących na szerszą skalę, to w znamionach stosownych typów czynów zabronionych powinno się znaleźć odpowiednie znamię obiektywne wskazujące na owe formy.

Co do zasady sam termin płeć – wykładany tak jak rozumie go Konwencja stambulska, powinien być w tym zakresie wystarczający. I – jak wynika ze wstępnej opinii prawnoporównawczej zleconej na potrzeby Komisji Kodyfikacyjnej – w wielu krajach nie wprowadza się innego terminu, uzyskując odpowiednią, prokonwencyjną wykładnię w drodze orzecznictwa. Jeżeli taki mechanizm okazałby się nieskuteczny w przypadku praktyki odrzucającej prokonwencyjną wykładnię i koncentrującej się na tradycyjnym rozumieniu terminu „płeć” w kontekście wyłącznie płci biologicznej, to wydaje się, że bardziej zasadnym jest przyjęcie rozwiązania zaproponowanego w autopoprawce, nawiązującego do regulacji niemieckiego Kodeksu karnego. Polega on na rezygnacji z terminu „z powodu płci” jako kryterium tradycyjnie kojarzącego się z dualistycznym podziałem na „mężczyznę” i „kobietę” i zastąpieniu go określeniem „w związku z płcią”. To ostatnie określenie jest szersze, bowiem obejmuje także działania, dla których płeć jest tylko kontekstem. W tym sensie nie chodzi już tylko o zachowania np. znieważające z uwagi na to, że inna osoba jest kobietą (albo mężczyzną), lecz także wszystkie inne zachowania, dla których kwestia płci, w tym znaczeniu społeczno–kulturowym, ma znaczenie istotne.

Należy przy tym pamiętać, że subiektywne postrzeganie własnej osoby (samoidentyfikacji) w odniesieniu do płci może być przedmiotem ochrony prawnej, ale z regulacji ogólnych dotyczących ochrony czci (przepis o poniżeniu – art. 212 k.k. oraz przepis o zniewadze, art. 216 oraz odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego o ochronie dóbr osobistych).

6. Mając na względzie wskazane wcześniej powody, dla których art. 119 § 1 oraz 257 k.k. obejmują zachowania o zwiększonym stopniu społecznej szkodliwości a przez to zagrożone są surowszą karą, nie jest zrozumiałe wprowadzenie do projektowanego brzmienia art. 119 § 1, 256 § 1 lub 257 k.k. kategorii „wieku”, która ma oczywiste uzasadnienie w przepisach antydyskryminacyjnych, ale trudno ją powiązać z jakimiś wydarzeniami czy to z przeszłości, czy współczesnymi, w których ta właśnie cecha wyróżniająca podstawę do zachowań lub wypowiedzi o charakterze stygmatyzacyjnym, czy poniżającym opisanych w tych przepisach, a podejmowanymi na szerszą skalę.

Negatywnie natomiast należy ocenić brak w projektowanych regulacjach zupełnie innej kategorii, która współcześnie stanowi kryterium wyodrębnienia grup i indywidualnych osób narażonych na stygmatyzację i poniżenie w szerszej skali – to jest statusu imigranta lub uchodźcy (kategoria ta pojawia się współcześnie w ustawach karnych innych państw).

opr. prof. dr hab. Włodzimierz Wróbel