

Marian Filar

W sprawie pewnej polemiki

Palestra 38/1-2(433-434), 81-84

1994

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Marian Filar

■ W sprawie pewnej polemiki

Dyskusja nad projektem nowego kodeksu karnego rozwija się dość niemrawo. Z satysfakcją odnotować więc należy wszelkie podejmowane w tym zakresie inicjatywy. Satysfakcja ta jednak znacznie maleje, gdy uświadomimy sobie, iż część prowadzonych polemik zamiast koncentrować się na kwestiach o zasadniczym dla przyszłej kodyfikacji znaczeniu, przybiera postać osobistych polajanek. Niestety, z ciężkim sercem powiedzieć muszę, iż takie symptomy wystąpiły w prezentowanej na łamach „Palestry” polemice między prof. Lechem Gardockim (*Uszanować tradycję*, „Pal.” 3–4/93) a prof. Kazimierzem Buchalą (*W sprawie szanowania tradycji (dobrej) i rzeczowej dyskusji*, „Pal.” 11/93).

Nie mam zamiaru wystawiać uczestnikom owego starcia cenzurek, opowiadać się po czyjejś stronie, słowem dolewać oliwy do ognia. Intelktualny komfort w tej sprawie zapewnia mi ponadto fakt, iż nie będąc członkiem Komisji Kodyfikacyjnej nie mam stosunku emocjonalnego do owocu jej działalności, skromna zaś prowincjonalna toruńska afiliacja chroni mnie przed warszawsko-krakowskimi wichrami. Nie zamierzam też oceniać, czy przedsięwzięcie w postaci projektu k.k. generalnie powiodło się, czy też nie, bo to sprawa na odrębne opracowanie. Dawałem już niejednokrotnie publicznie wyraz przekonaniu, iż opracowany projekt k.k. jet poważnym dziełem kompetentnych osób, co nie oznacza oczywiście, bym pozostał bezkrytyczny wobec określonych jego rozwiązań.

Przejdźmy jednak do konkretów zaczynając „od kuchni”. Głównym fatum zawisłym nad projektem był fakt, iż w trakcie przyrządzania owego „dania” nie tylko zbyt często zmieniali się kucharze, ale także sama jego koncepcja i inspiracja. Wszystko zaczęło się od początku lat osiemdziesiątych. Przygotowane wówczas z pewnym pośpiechem projekty (tak tzw. społeczny, jak i „ministerialny”) były po prostu przejawem rewolucyjnej kontestacji dawnego systemu.

W okresie „pogrudniowym” nadszedł czas na filozofię „dalszego doskonalenia” w duchu „procesów socjalistycznej odnowy”. Zapowiadające się więc początkowo jako bardzo pikantne danie zastąpione miało być dość mdłą zupką w tradycjonalistycznym nieco stylu. Przemiany po roku 1989 przerywające tę filozofię spowodowały, że dawne jakobińskie nakrycie głowy zastąpione zostało wykrochmaloną kucharską czapą poniekąd już oficjalnych „rządowych” kucharzy. Nie mogło to nie odbić się na jakości dania.

A teraz kwestia następną – sprowadzenie polemiki do wymiaru starcia między

„szkołą warszawską” a „szkołą krakowską” (z całym szacunkiem dla kolegów z obu tych ośrodków) i odgrzewanie animozji sprzed przeszło pół wieku (sugerujących ponadto, iż poza tymi ośrodkami rozciągają się w Polsce penalistyczne „dzikie pola”), musi budzić pewne rozbawienie. Kolej teraz na „szefów kuchni”. Każdy, kto miał do czynienia z pracami legislacyjnymi wie doskonale, iż twory kodyfikacyjne rangi kodeksowej nie powstają jako prosta wypadkowa poglądów poszczególnych członków komisji legislacyjnej, gdyż podstawą deliberacji każdej takiej komisji jest mniej lub bardziej zindywidualizowany „autorski” projekt wstępny, za którym stoją oczywiście konkretne osoby. Dla nikogo zorientowanego nie jest tajemnicą, iż osobami tymi w przypadku projektu k.k. byli profesorowie Buchała i Zoll. Jeśli nawet powielany w polskich kołach prawniczych żarcik, iż miejscem poczęcia wielu instytucji projektu był ekspres relacji Kraków–Warszawa, potraktujemy wyłącznie jako anegdotę, nikt nie wątpi, iż uczeni Ci odcisnęli na projekcie piętno swych intelektualnych osobowości. Nie bardzo rozumiem opory prof. K. Buchały w potwierdzeniu tego faktu. Nie ma się przecież czego wstydić!

I może tylko jeszcze jedna drobna uwaga co do wpływu tzw. woli zbiorowej komisji kodyfikacyjnej na ostateczny kształt projektu. Na zlecenie komisji przygotowałem a następnie referowałem przed jej gremium propozycję skodyfikowania tzw. przestępstw seksualnych. Większość zgłoszonych przeze mnie propozycji została przez nią przegłosowana i przyjęta. Tym większe było me zdziwienie, gdy treść kolejnej publikowanej wersji projektu odbiegała w tym zakresie w niektórych kwestiach w sposób istotny od tych ostatecznych, jak sądziłem, ustaleń (patrz M. Filar: *W sprawie reformy przepisów dotyczących tzw. przestępstw seksualnych*, „PiP” 7/91). Mimo wysiłków do dziś nie udało mi się ustalić, komu zawdzięczam ową modyfikację i w jakim nastąpiła ona trybie.

Kolejne pytanie: Czy zaserwowane nam danie to tradycyjna „kuchnia polska” czy też „kuchnia francuska” (a właściwie niemiecka)? Każdy, kto w swym naukowym życiu odwiedzał czołowe niemieckie ośrodki karnistyczne, wskazałby bez wahania biblioteczne półki z umieszczonymi opracowaniami, z których zaczerpnięto inspirację dla niektórych rozwiązań proponowanych przez projekt (niektórzy byliby w stanie wymienić nawet i imię bibliotekarki). Cóż jednak z tego? W końcu w wielu sprawach sięgamy dziś do różnorodnych rozwiązań występujących w świecie, w omawianym zaś przypadku są to z pewnością rozwiązania z najwyższym znakiem jakości. Nie istnieje więc dylemat „tradycjonowatorstwo”, lecz dylemat „konstruktywne nowatorstwo-ornamentalne nowinkarstwo”. Rozstrzygnięcie tych problemów w kontekście postawionych przez prof. Gardockiego zarzutów wymagałoby szczegółowego wywodu i dowodu w każdym indywidualnym przypadku, co przekracza ramy niniejszego opracowania. Taki dowód trudno byłoby chyba przeprowadzić w zakresie kategorycznej tezy L. Gardockiego, iż „projekt wprowadza nowe sformułowania wszędzie tam, gdzie to było możliwe, a nie tam gdzie to było konieczne”. Można by się jednak poważnie zastanowić nad zasadnością jego złagodzonej

wersji: „Czy wszelkie nowe sformułowania wprowadzone przez projekt były aby na pewno konieczne”?!)

Ograniczmy się jedynie do egzemplifikacji zawartej w omawianej polemice (pomijającej z konieczności problemy moim zdaniem ważniejsze, np. fundamentalnej zmiany przepisów dot. problematyki winy – patrz M. Filar: *Zasady odpowiedzialności karnej w projekcie k.k.*, „PiP” 4/91). Słuszne są wywody prof. K. Buchały na temat ogólnie mniejszej karygodności usiłowania niż dokonania przestępstwa. Ma on rację pisząc, iż wiele ustawodawstw zawiera tu *expressis verbis* stosowną regulację ustawowego wymiaru kary utrzymaną w duchu tej konstatacji. W orzecznictwie sądowym w Polsce nie budziło to kiedykolwiek jakiegokolwiek wątpliwości (co słusznie zauważa prof. L. Gardocki). Rozumiem dążność legislatorów do precyzyjnego określenia reguł ustawowych wymiaru kary; kodeks karny to jednak nie regulamin służby garnizonowej i trzeba coś zostawić także dla obszaru sędziowskiego wymiaru kary, wierząc w potęgę ludzkiego rozumu, nawet gdy ukształtowany został w niezbyt szczęśliwym politycznie okresie.

Liczne doświadczenia politycznokryminalne zdają się bowiem wskazywać, iż tam, gdzie idzie o tak czuły instrument jak wymiar kary, lepiej postawić na doprecyzowanie dyrektyw sędziowskiego wymiaru, niżli na sztywne reguły wymiaru ustawowego.

Nie podzielam natomiast zastrzeżeń prof. Gardockiego co do depenalizacji usiłowania występków zagrożonych karami do 2 lat pozbawienia wolności (chyba że ustawa stanowi inaczej). Nie widzę bowiem kryminalnopolitycznego powodu, dla którego należałoby pociągnąć do odpowiedzialności karnej osobę, która po wypiciu kilku piw, wyprowadziła z piwnicy rower zamierzając udać się nim w drogę (art. 160 § 2 proj.). Jeśli nawet zdarzy się, iż „zdybie” ją na tym policjant, wystarcza całkowicie, jeśli „wybije” (w sensie przenośnym oczywiście) jej on ten pomysł z głowy. Nie wierzę zresztą, by w praktyce jakimkolwiek policjantowi chciało się po prostu w takim przypadku wszczynać oficjalną procedurę karną. Dziwię się tu jedynie, iż przy okazji tego słusznego posunięcia depenalizacyjnego nie „rozstano się” nareszcie z całkowicie akademicką instytucją usiłowania nieudolnego. Kryminalnopolitycznym „wentylem bezpieczeństwa” w tych kwestiach jest znany fakt, iż często usiłowanie jednego przestępstwa stanowi równocześnie dokonanie innego, co pozwala na reakcję prawnokarną.

Trudno natomiast nie zgodzić się z wątpliwościami Gardockiego co do zbędności zmian redakcyjnych dotyczących tzw. zasady terytorialnej, oraz zrozumieć argumentację Buchały, iż chodziło tu o podkreślenie, że statek wodny lub powietrzny nie jest terytorium Polski. Obecna treść art. 3 k.k. do takiego uznania przecież nie skłania, używając sformułowania „... jak również...”. Używane w akademickich podręcznikach pojęcie tzw. terytorium fikcyjnego jest przecież jedynie retoryczną figurą dydaktyczną. Fałszywym tropem podąża też, moim zdaniem, polemika dotycząca wyższości konstrukcji zbiegu kumulatywnego nad eliminacyjnym (czy też na odwrót). Istota problemu nie tkwi bowiem w tym,

która z tych konstrukcji oddaje lepiej kryminologiczny obraz czynu (nie ulega wątpliwości, iż zbieg kumulatywny), ani też która jest „łatwiejsza” (nie ulega wątpliwości, iż zbieg eliminacyjny), lecz jaką funkcję politycznokryminalną pełnią obie te konstrukcje i jakie skutki politycznokryminalne przynoszą. Tu zaś sprawa jest też jasna, zbieg kumulatywny poszerza potencjalne pole recydywy (z jej ustawowymi konsekwencjami), zbieg eliminacyjny zaś je zwęża, a więc jest rozwiązaniem depenalizacyjnym. Trzeba się więc zdecydować, które z tych rozwiązań lepiej realizuje politycznokryminalne gusty legislatorów i potrzeby wymiaru sprawiedliwości.

I na zakończenie jeszcze jedna uwaga. W zakresie dostępności kolejnych wersji projektu prof. Buchała wykazuje chyba nieco nadmierny optymizm. Będąc profesorem prawa i kierownikiem uniwersyteckiej katedry prawa karnego nigdy nie otrzymałem „normalną” drogą żadnego z kolejnych wersji projektu. To, iż niektóre z nich udało mi się „zdobyć”, zawdzięczam jedynie własnym, skomplikowanym często zabiegom. I to także część prawdy o pracach legislacyjnych. A może to dobrze? Rzeczy trudno dostępne cenimy bowiem najbardziej.