

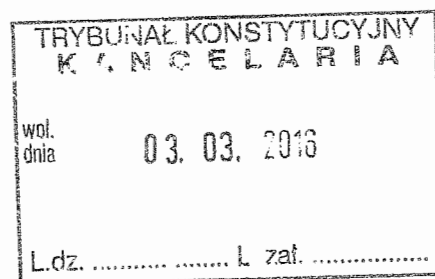


Warszawa, dnia 2 marca 2016 r.

Rzeczpospolita Polska
PROKURATOR GENERALNY

PG VIII TK 148/15

K 46/15



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich „o stwierdzenie niezgodności:

I.

1. Art. 93b § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.) - w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości - z art. 42 ust. 1, z art. 47, z art. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, oraz z art. 30 Konstytucji.
2. Art. 93g ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny - w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości - z art. 42 ust. 1, z art. 47, art. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, oraz z art. 30 Konstytucji.

II.

1. Art. 93d § 5 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny - w zakresie w jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po

odbyciu kary - z art. 42 ust. 1, z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, z art. 2 i art. 30 Konstytucji.

2. Art. 202a § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 90, poz. 557, ze zm.) - w zakresie w jakim przewiduje, że orzeczonego środek zabezpieczający pobytu w zakładzie psychiatrycznym stosuje się po odbyciu kary - z art. 42 ust. 1, z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, z art. 2 i art. 30 Konstytucji.
- III. Art. 374 § 1 zd. 1 w zw. z art. 380 w zw. z art. 354 pkt 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) - w zakresie, w jakim nie przewiduje na rozprawie obowiązku wysłuchania przez sąd podejrzanego przed orzeczeniem względem niego środka zabezpieczającego, o którym mowa w art. 93a § 1 Kodeksu karnego - z art. 45 ust. 1 Konstytucji.
- IV. Art. 244b ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny - z art. 2, z art. 30 i art. 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.”

- na podstawie art. 82 ust. 2 w związku z art. 56 pkt 5 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1064 ze zm.) -

przedstawiam następujące stanowisko:

- 1) art. 93b § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.) - w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości - jest zgodny z art. 2, art. 30 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 oraz nie jest niezgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

- 2) art. 93g ustawy powołanej w pkt 1 - w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości - jest zgodny z art. 2, art. 30 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 oraz nie jest niezgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji;
- 3) art. 93d § 5 ustawy powołanej w pkt 1 - w zakresie, w jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary - jest zgodny z art. 30 i art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz nie jest niezgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji;
- 4) art. 202a § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 ze zm.) - w zakresie, w jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający pobytu w zakładzie psychiatrycznym stosuje się po odbyciu kary pozbawienia wolności - jest zgodny z art. 30 i art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz nie jest niezgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji;
- 5) art. 374 § 1 zdanie pierwsze w związku z art. 380 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) - w zakresie, w jakim nie przewiduje na rozprawie obowiązku wysłuchania przez sąd podejrzanego przed orzeczeniem względem niego środka zabezpieczającego, o którym mowa w art. 93a § 1 ustawy powołanej w pkt 1 - jest zgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji;
- 6) art. 244b § 1 ustawy powołanej w pkt 1:
 - a) jest niezgodny z art. 30 i art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,
 - b) nie jest niezgodny z zasadą *ne bis in idem*, wynikającą z art. 2 Konstytucji;

- 7) w pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 104 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

UZASADNIENIE

Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej również: Wnioskodawca lub Rzecznik) wniósł do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności art. 93b § 3, art. 93d § 5, art. 93g i art. 244b ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.) [dalej Kodeks karny lub k.k.], art. 202a § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 ze zm.) [dalej: Kodeks karny wykonawczy lub k.k.w.] oraz art. 374 § 1 zdanie pierwsze w związku z art. 380 w związku z art. 354 pkt 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) [dalej: Kodeks postępowania karnego lub k.p.k.] z powołanymi w *petitum* wniosku wzorcami konstytucyjnej kontroli.

Przedmiotem zaskarżenia Rzecznik uczynił przepisy Kodeksu karnego oraz Kodeksu karnego wykonawczego w brzmieniu, które zostało im nadane przez ustawę z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396) [dalej: ustawa zmieniająca z 2015 r.], która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r.

Rzecznik zaskarżył również normę wynikającą z art. 374 § 1 zdanie pierwsze w związku z art. 380 w związku z art. 354 pkt 2 Kodeksu postępowania karnego - wobec nowego brzmienia art. 374 § 1 zdanie pierwsze k.p.k., nadanego przez ustawę z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247 ze zm.) [dalej: ustawa zmieniająca z 2013 r.].

Jednocześnie Rzecznik Praw Obywatelskich, „w przypadku, gdyby Trybunał Konstytucyjny podzielił zarzuty podniesione we wniosku”, na zasadzie

art. 190 ust. 3 Konstytucji, wniósł o odroczenie utraty mocy obowiązującej zakwestionowanych przepisów o 18 miesięcy, „tak by ustawodawca miał możliwość dokonania stosownych zmian prawa, zapewniając jednocześnie cele, jakim służyć mają środki zabezpieczające” (uzasadnienie wniosku, s. 51).

Ocena zgodności art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. z art. 42 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 2 i art. 30 Konstytucji.

Art. 93b k.k. brzmi:

„Art. 93b. § 1. Sąd może orzec środek zabezpieczający, gdy jest to konieczne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego, a inne środki prawne określone w tym kodeksie lub orzeczone na podstawie innych ustaw nie są wystarczające. Środek zabezpieczający, o którym mowa w art. 93a § 1 pkt 4 (pobyt w zakładzie psychiatrycznym - przyp. wł.), można orzec jedynie, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości.

§ 2. Sąd uchyla środek zabezpieczający, gdy dalsze jego stosowanie nie jest już konieczne.

§ 3. Środek zabezpieczający i sposób jego wykonywania powinien być odpowiedni do stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia, a także uwzględniać potrzeby i postępy w terapii lub terapii uzależnień. Sąd może zmienić orzeczony wobec sprawcy środek zabezpieczający lub sposób jego wykonywania, jeżeli poprzednio orzeczony środek stał się nieodpowiedni lub jego wykonywanie nie jest możliwe (podkr. wł.).

§ 4. Wobec tego samego sprawcy można orzec więcej niż jeden środek zabezpieczający; przepisy § 1 i 3 stosuje się, biorąc pod uwagę wszystkie orzekane środki zabezpieczające.

§ 5. Sąd orzeka pobyt w zakładzie psychiatrycznym tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi.”.

Art. 93g k.k. ma następujące brzmienie:

„Art. 93g. § 1. Sąd orzeka pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym wobec sprawcy określonego w art. 93c pkt 1, jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że popełni on ponownie czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym.

§ 2. Skazując sprawcę określonego w art. 93c pkt 2 na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd orzeka pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że popełni on czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym.

§ 3. Skazując sprawcę określonego w art. 93c pkt 3 na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd orzeka pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że skazany popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych.”.

Kategorie sprawców, do których nawiązuje art. 93g k.k., określa art. 93c pkt 1-3 k.k., który brzmi:

„Art. 93c. Środki zabezpieczające można orzec wobec sprawcy:

- 1) co do którego umorzono postępowanie o czyn zabroniony popełniony w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1,
- 2) w razie skazania za przestępstwo popełnione w stanie ograniczonej poczytalności określonej w art. 31 § 2,
- 3) w razie skazania za przestępstwo określone w art. 148, art. 156, art. 197, art. 198, art. 199 § 2 lub art. 200 § 1, popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, (...)”.

Rzecznik Praw Obywatelskich niezgodności art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. z powołanymi w *petitum* wniosku, w obu przypadkach tymi samymi, wzorcami konstytucyjnej kontroli upatruje w nałożeniu na sąd obowiązku określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości. Zdaniem Rzecznika, są to wymogi niemożliwe do spełnienia przez sąd, ponieważ ustawodawca, po pierwsze, „posługuje się terminem społecznej szkodliwości czynu, który, w odniesieniu do omawianego problemu, ma charakter niejasny, nieprecyzyjny, pozwalając na arbitralność organów stosowania prawa w podejmowaniu decyzji o stosowaniu środków zabezpieczających i sposobie ich wykonania” i, po drugie, „zobowiązuje organy stosowania prawa do rekonstruowania zdarzeń przyszłych niepewnych i, w oparciu o tak poczynione ustalenia, nakazuje podejmowanie decyzji dotyczących stosowania środków zabezpieczających”.

Dodatkowo Rzecznik zarzuca ustawodawcy, że przesłanki orzekania środków zabezpieczających ukształtował w taki sposób, który prowadzi do wyboru środka i ustalenia sposobu jego wykonania nie w odniesieniu do czynu, który miał miejsce, został przez sprawcę popełniony, ale w odniesieniu do czynu zabronionego, który nie został jeszcze popełniony i nie wiadomo, czy w ogóle zostanie popełniony.

Biorąc pod uwagę treść art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k., zakres ich zaskarżenia oraz przedstawione wyżej odpowiednie fragmenty uzasadnienia wniosku, zarzuty Rzecznika sformułowane pod adresem tych dwóch przepisów należało rozpatrzyć łącznie.

Przepis art. 93b k.k. reguluje podstawy i zasady orzekania wszystkich środków zabezpieczających, wymienionych w art. 93a k.k. (elektronicznej kontroli miejsca pobytu, terapii, terapii uzależnień, pobytu w zakładzie psychiatrycznym oraz, jeżeli ustawa tak stanowi, nakazu i zakazów określonych w art. 39 pkt 2-3 k.k.). W § 1 i § 3 art. 93b k.k. sformułowano ogólne przesłanki orzekania środków zabezpieczających w postaci: zasady konieczności (§ 1) i

zasady proporcjonalności (§ 3), zaś w § 4 tego przepisu - klauzulę dopuszczalności orzeczenia wielu środków wobec tego samego sprawcy.

Dodatkowo w art. 93b § 5 k.k. wprowadzono szczególną regułę gwarancyjną dotyczącą najsurowszego (izolacyjnego) środka zabezpieczającego, która wyłącza pobyt w zakładzie psychiatrycznym spod działania zasady, że każdy ze środków zabezpieczających może być orzekany wobec wszystkich kategorii sprawców wymienionych w art. 93c k.k. (*vide* - J. Majewski, komentarz do zmiany art. 93(b) Kodeksu karnego, [w:] *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1453813458792_1183606229).

J. Długosz, w komentarzu do art. 93b § 3 k.k., wskazała, że przepis ten „statuuje **zasadę proporcjonalności** i stanowi, że **środek zabezpieczający i sposób jego wykonywania** powinien:

- 1) być **odpowiedni do stopnia społecznej szkodliwości** czynu zabronionego, który sprawca **może** popełnić oraz
- 2) być **odpowiedni do prawdopodobieństwa jego popełnienia** oraz
- 3) **uwzględniać potrzeby i postępy w terapii lub terapii uzależnień**, a także
- 4) być **możliwym do wykonania**.

(...) Doprecyzowaniem zasady proporcjonalności jest wskazanie, że w przypadku, gdy orzeczony **środek lub sposób jego wykonywania** stał się **nieodpowiedni** lub **wykonywanie środka nie jest możliwe**, sąd może **zmienić ten środek** na inny, bądź też zmienić **sposób wykonywania** orzeczonego środka” (*Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 32-116*, Tom II, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2015, s. 568).

Zdaniem tej Autorki, „[n]ależy przyjąć, że zasada proporcjonalności ma stanowić **przeszkodę** zwłaszcza dla stosowania środka zabezpieczającego polegającego na pobycie w zakładzie psychiatrycznym wobec sprawców drobnych, czy nawet średnich czynów zabronionych, bądź też w wypadku, gdy prawdopodobieństwo ponownego popełnienia czynu zabronionego o znacznej

społecznej szkodliwości nie jest wysokie lub może być zredukowane w inny sposób niż poprzez zastosowanie izolacyjnego środka zabezpieczającego (*ultima ratio* pozbawienia wolności) [...]. Oznacza to, że zastosowanie środka o charakterze **nieizolacyjnym** stanowi (...) skuteczny sposób zapobiegnięcia ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego związanego z jego chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym, innym zakłóceniem czynności psychicznych, zaburzeniem preferencji seksualnych, zaburzeniem osobowości o takim charakterze lub nasileniu, że sprzyja ono popełnianiu czynów łączących się z przemocą lub groźbą jej użycia, bądź też z uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka. Natomiast w przypadku zastosowania środka o charakterze **izolacyjnym** jego skuteczność musi prowadzić do zapobiegnięcia ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości związanego z jego chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym, zaburzeniem preferencji seksualnych lub uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka.

Orzeczenie środka zabezpieczającego wymaga zatem szczególnej rozważenia oraz wyważenia, że w określonym przypadku nie istnieją żadne inne środki prawne, które mogłyby skutecznie zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości. W tym kontekście warto wskazać na postulat wyrażany w orzecznictwie na gruncie poprzedniego stanu prawnego, by zwłaszcza przed podjęciem decyzji w przedmiocie zastosowania środka izolacyjnego przeprowadzić swoisty <**test proporcjonalności**>, polegający na rozważeniu, jaka kara mogłaby zostać wymierzona sprawcy, gdyby nie zaistniały okoliczności związane z jego niesprawnością psychiczną lub uzależnieniem, uniemożliwiające jej wymierzenie. (...)

Dodatkowo należy podkreślić, że zarówno **czyn popełniony**, jak i **czyn objęty prognozowaniem** muszą pozostawać w związku z co najmniej jedną z

dysfunkcji psychicznych sprawcy, tj. chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym, innym zakłóceniem czynności psychicznych, zaburzeniem preferencji seksualnych, zaburzeniem osobowości o takim charakterze lub nasileniu, że sprzyja ono popełnianiu czynów łączących się z przemocą lub groźbą jej użycia, bądź też z uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka; przy czym - na co już wskazywano powyżej (Nb 11) - orzeczenie środka izolacyjnego jest wyłączone w sytuacji, gdy niesprawność sprawcy polega na innym zakłóceniu czynności psychicznych w rozumieniu art. 31 § 1 lub na zaburzeniu osobowości o takim charakterze lub nasileniu, że sprzyja ono popełnianiu czynów łączących się z przemocą lub groźbą jej użycia.

Podsumowując, dla spełnienia przesłanek stosowania środka zabezpieczającego konieczne jest zatem zaistnienie **związku przyczynowego** zarówno **między niezdolnością psychiczną sprawcy** w jednej z wymienionych powyżej postaci a **popełnionym przez niego czynem**, jak **między niezdolnością psychiczną sprawcy** w jednej z wymienionych powyżej postaci a **czynem, który może on popełnić**. Poza zakresem tej regulacji pozostają więc wszystkie te sytuacje, w których sprawca, mimo wykazywania wymaganej niezdolności psychicznej, popełnił czyn zabroniony, jednakże bez związku z tą niezdolnością” (*ibidem*, s. 568-569).

Z kolei art. 93g k.k. doprecyzowuje reguły stosowania izolacyjnego środka zabezpieczającego w postaci pobytu w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, stanowiące jednocześnie, o czym wcześniej była mowa, wyjątek od zasady, która pozwala na orzeczenie każdego środka zabezpieczającego, określonego w art. 93a k.k., wobec każdego sprawcy, o którym mowa w art. 93c k.k. Z uwagi na to, że izolacyjny środek zabezpieczający jest najsurowszy i jednocześnie najbardziej ogranicza prawa obywatelskie, ustawodawca przesądził, że stosuje się go wyłącznie w wypadkach określonych w ustawie (art. 93b § 5 k.k.).

W § 1 art. 93b § k.k. określone zostały przesłanki internacji sprawcy niepoczytalnego, w § 2 - przesłanki internacji sprawcy o ograniczonej poczytalności, zaś w § 3 - przesłanki internacji sprawcy z zaburzeniem preferencji seksualnych.

W art. 93g k.k. ustawodawca różnicuje okoliczności orzekania pobytu w zakładzie psychiatrycznym ze względu na kategorię reprezentowaną przez sprawcę (art. 93c). W stosunku do sprawców określonych w § 1-3 tego przepisu orzeczenie internacji w zakładzie psychiatrycznym jest - przy spełnieniu wskazanych przesłanek - obligatoryjne.

Art. 93g § 1 k.k. „nakłada na sąd **obowiązek** orzeczenia środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym wobec **sprawcy niepoczytalnego (...)**, jeżeli spełnione są **łącznie** następujące warunki:

- 1) sprawca popełnił - znajdując się w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1 i wynikającej z **choroby psychicznej** lub **upośledzenia umysłowego** - czyn zabroniony o **znacznej społecznej szkodliwości (...)**;
- 2) istnieje **wysokie prawdopodobieństwo**, że popełni on **ponownie** czyn zabroniony o **znacznej społecznej szkodliwości** w związku ze swoją niepoczytalnością wynikającą z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego;
- 3) jest to **konieczne**, aby **zapobiec ponownemu popełnieniu** przez tego sprawcę **czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości** w związku z jego niepoczytalnością wynikającą z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego, **a inne dostępne środki prawne nie są wystarczające** (por. art. 93b *in fine* i § 2);
- 4) środek ten jest **odpowiedni do stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego**, który sprawca **może** popełnić w związku z jego niepoczytalnością wynikającą z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego, oraz do **prawdopodobieństwa jego popełnienia** (por. art. 93b § 3);

- 5) środek ten uwzględnia **potrzeby i postępy w terapii** sprawcy (por. art. 93b § 3);
- 6) przed wydaniem orzeczenia sąd ma obowiązek wysłuchania opinii **psychologa** oraz co najmniej dwóch **lekarzy psychiatrów** (art. 324a § 1 KPK; [...]).

(...) Brzmienie komentowanego przepisu nie pozostawia zatem wątpliwości, że **kategoria sprawców niepoczytalnych**, w stosunku do których można orzec pobyt w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym na podstawie § 1 obejmuje wyłącznie osoby, których **niepoczytalność** wynika z **choroby psychicznej** lub **upośledzenia umysłowego**. Prawodawca **nie wprowadził** tym samym możliwości orzekania komentowanego izolacyjnego środka zabezpieczającego wobec sprawców, których niepoczytalność w chwili popełnienia czynu wynikała z **innego zakłócenia czynności psychicznych**” (komentarz J. Długosz do art. 93g k.k., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 32-116*, Tom II, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, op. cit., s. 592-593).

Zgodnie z art. 93g § 2 k.k., sąd ma obowiązek orzeczenia pobytu w zakładzie psychiatrycznym wobec sprawcy o ograniczonej poczytalności, „jeżeli spełnione są **łącznie** następujące warunki:

- 1) sprawca popełnił - znajdując się w stanie ograniczonej poczytalności określonej w art. 31 § 2 - przestępstwo o **znacznej społecznej szkodliwości** (por. art. 93b § 1 *in fine*), za które został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności;
- 2) istnieje **wysokie prawdopodobieństwo**, że popełni on czyn zabroniony o **znacznej społecznej szkodliwości** w związku z jego ograniczoną poczytalnością wynikającą z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego;
- 3) jest to **konieczne**, aby **zapobiec popełnieniu** przez tego sprawcę **czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości** w związku z jego

ograniczoną poczytalnością wynikającą z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego, **a inne dostępne środki prawne nie są wystarczające** (por. art. 93b § 1 *in fine* i § 2);

4) środek ten jest **odpowiedni do stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego**, który sprawca **może popełnić** w związku z jego ograniczoną poczytalnością wynikającą z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego, oraz do **prawdopodobieństwa jego popełnienia** (por. art. 93b § 3);

5) środek ten uwzględnia **potrzeby i postępy w terapii lub terapii uzależnień** sprawcy (por. art. 93b § 3);

6) przed wydaniem orzeczenia sąd ma obowiązek wysłuchania opinii **psychologa** oraz co najmniej dwóch **lekarzy psychiatrów** (art. 324a § 1 KPK; [...]).

(...) Treść komentowanego przepisu uwidacznia pewne odmienności w stosunku do kategorii sprawców z § 1. Należy bowiem przyjąć, że krąg osób, wobec których można orzec pobyt w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym na podstawie § 2, obejmuje każdą osobę, która - w stanie **ograniczonej poczytalności**, określonej w art. 31 § 2 - popełniła przestępstwo o znacznej społecznej szkodliwości, za które została skazana na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności. Przyczyną stanu ograniczonej poczytalności, istniejącego w chwili popełnienia tego przestępstwa, może być zatem **każda** z dysfunkcji wymienionych w art. 31 § 2, tj. zarówno **choroba psychiczna** czy **upośledzenie umysłowe**, jak i inne **zakłócenia czynności psychicznych**.

W tym wypadku orzeczenie izolacyjnego środka zabezpieczającego determinuje natomiast istnienie **wysokiego prawdopodobieństwa**, że osoba ta popełni - znajdując się w stanie ograniczonej poczytalności, aczkolwiek wynikającej już **wyłącznie** z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego - czyn zabroniony o **znacznej społecznej szkodliwości**, a pobyt w zakładzie

psychiatrycznym jest jedynym środkiem prawnym, który może temu zapobiec” (*ibidem*, s. 596).

Wreszcie art. 93g § 3 k.k. nakłada na sąd obowiązek orzeczenia środka zabezpieczającego w postaci pobytu w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym „wobec sprawcy wykazującego **zaburzenie preferencji seksualnych** (por. art. 93c § 3), jeżeli spełnione są **łącznie** następujące warunki:

- 1) sprawca popełnił - w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych - przestępstwo o **znacznej społecznej szkodliwości** (por. art. 93b § 1 *in fine*), określone w art. 148, 156, 197, 198, 199 § 2 lub art. 200 § 1, za które został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności;
- 2) istnieje **wysokie prawdopodobieństwo**, że popełni on - w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych - przestępstwo o **znacznej społecznej szkodliwości** (por. art. 93b § 1 *in fine*), skierowane przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej;
- 3) jest to **konieczne**, aby **zapobiec popełnieniu** przez tego sprawcę **przestępstwa o znacznej społecznej szkodliwości**, skierowanego przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, **a inne dostępne środki prawne nie są wystarczające** (por. art. 93b § 1 *in fine* i § 2);
- 4) środek ten jest **odpowiedni do stopnia społecznej szkodliwości przestępstwa**, skierowanego przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, które sprawca **może** popełnić w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, oraz do **prawdopodobieństwa jego popełnienia** (por. art. 93b § 3);
- 5) środek ten uwzględnia **potrzeby i postępy w terapii lub terapii uzależnień** sprawcy (por. art. 93b § 3);

6) przed wydaniem orzeczenia sąd ma obowiązek wysłuchania opinii **psychologa** oraz co najmniej dwóch **lekarzy psychiatrów**, jak również **lekarza seksuologa** lub **psychologa seksuologa** (art. 324a § 1 KPK; [...]).

(...) Treść komentowanego przepisu nakazuje przyjąć, że **kategoria sprawców**, w stosunku do których można orzec pobyt w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym na podstawie § 3 obejmuje każdą osobę, która popełniła - w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych - przestępstwo o **znacznej społecznej szkodliwości** (por. art. 93b § 1 *in fine*), określone w art. 148, 156, 197, 198, 199 § 2 lub art. 200 § 1, za które została skazana na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności. W tym wypadku orzeczenie izolacyjnego środka zabezpieczającego determinuje natomiast istnienie wysokiego prawdopodobieństwa, że osoba ta popełni - w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych - przestępstwo o **znacznej społecznej szkodliwości**, skierowane przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, a pobyt w zakładzie psychiatrycznym jest jedynym środkiem prawnym, który może temu zapobiec” (*ibidem*, s. 597-598).

Jako podstawowy (wymieniony jako pierwszy) wzorzec kontroli zaskarżonych przepisów Wnioskodawca wskazał art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Zgodnie z tym przepisem ustawy zasadniczej, „[o]dpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego.”.

W wyroku z dnia 12 marca 2014 r. (wydanym w pełnym składzie Trybunału), w sprawie o sygn. akt P 27/13, Trybunał Konstytucyjny przypomniał, iż „wielokrotnie stwierdzał, że art. 42 ust. 1 Konstytucji wyraża fundamentalną zasadę *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*. Poszanowanie

przez ustawodawcę tej zasady wynika nie tylko z Konstytucji, ale także z prawa narodów i wiążących nasze państwo aktów prawa międzynarodowego: Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 10 grudnia 1948 r. w Paryżu; Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.; dalej: Konwencja); Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167) oraz Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz.UE.C 303 z 14.12.2007, s. 1).

Zasadę nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori wyrażały również wszystkie obowiązujące w Polsce w XX w. kodeksy karne: rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. - Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571, z późn. zm.) i ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. - Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94, z późn. zm.). Zasada ta jest również fundamentem obowiązującej ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.; dalej: k.k.).

W myśl zasady nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori człowiek może ponieść odpowiedzialność karną tylko za czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Brak ustawowego zakazu określonego zachowania się oznacza, że jednostka nie musi się obawiać pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za ten czyn. Zasada nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori ogranicza zatem możliwość pociągania do odpowiedzialności karnej tylko do przypadków wyraźnie określonych w ustawie. Jedynym wyjątkiem od tej zasady jest możliwość ukarania jednostki za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego” (OTK ZU seria A nr 3/2014, poz. 30).

Komentując art. 42 ust. 1 Konstytucji, P. Sarnecki podniósł, że przepis ten „zajmuje się odpowiedzialnością karną, tj. taką odpowiedzialnością prawną za

czyny ludzkie (działania i zaniechania), która polega na wymierzaniu **kary**. Kara jest szczególnego rodzaju sankcją prawną, różną np. od obowiązku naprawienia szkody (sankcja cywilnoprawna) czy też od dolegliwości, poprzez którą zapewnia się realizację postanowień organów władzy publicznej (sankcja administracyjnoprawna, sankcja dyscyplinarna). <Kara> *sensu stricto*, o którą chodzi w komentowanym przepisie, jest dolegliwością wymierzoną w dobra osobiste (wolność, własność, w niektórych państwach także życie, w rozwoju historycznym także nienaruszalność i integralność cielesna) i jej celem nie jest usunięcie skutków naruszenia prawa, a samo poddanie jednostki pewnej dolegliwości. Nawet bowiem gdy taka prosta restytucja *status quo ante* jest możliwa, do czego naturalnie zawsze należy dążyć (np. uwolnienie osoby zatrzymywanej przez innego człowieka), to nie znosi ona wymogu wymierzenia kary.

W konsekwencji należy przyjąć, że ani postępowanie cywilne (rozpoznawcze i egzekucyjne), ani postępowanie administracyjne (decyzyjne i egzekucyjne), ani postępowanie karne wykonawcze, ani postępowanie dyscyplinarne (dotyczące czy to pracowników, czy to użytkowników pewnego zakładu), bez względu na to, jakie sankcje mogą być tu wymierzane, nie jest objęte zakresem komentowanego artykułu.

Komentowany artykuł zajmuje się *prima facie* każdą odpowiedzialnością karną, w przyjętym powyżej rozumieniu. Szczególną jednak uwagę przywiązuje do odpowiedzialności karnej za <przestępstwa> (por. ust. 1 zd. 2), przez co, tradycyjnie, rozumieć należy takie czyny zabronione pod groźbą kary, które zawierają wysoki ładunek społecznej dezaprobaty, w wysokim stopniu szkodliwe, przy których wymierzane dolegliwości winny być w sposób szczególny odczuwalne. W konsekwencji jednak, o ile do odpowiedzialności karnej za przestępstwa pełne zastosowanie mają wszystkie zasady odpowiedzialności karnej ustalone w komentowanym artykule, to w odpowiedzialności karnej za inne czyny niż przestępstwa, na ogół nazywane <wykroczeniami>, dopuszczalne

są od tych zasad pewne wyjątki, naturalnie tylko wówczas, o ile ujęte zostaną przez ustawę (w znaczeniu formalnym).

Pierwszym warunkiem uruchomienia odpowiedzialności karnej jest popełnienie czynu zabronionego przez ustawę, połączone z zagrożeniem <karą> w przyjętym powyżej rozumieniu. Konstytucja daje tu wyraz fundamentalnym zasadom, dotyczącym odpowiedzialności karnej w państwach cywilizowanych, zasadom *nullum crimen sine lege* oraz *nulla poena sine lege*. I chociaż z czysto logicznego punktu widzenia, obie te zasady mieszczą się już w ogólnej regule, zawartej w art. 31 ust. 3 konstytucji, deklarującej konieczność ustawowej podstawy do jakichkolwiek ograniczeń i ingerencji w sferę każdej z wolności jednostki, to jednak z uwagi na względy tradycji konstytucyjnej (...) oraz względy społeczno-edukacyjne, odrębne ich ujęcie w konstytucji spełnia istotną rolę jako element zasady państwa prawnego. Obie zasady w świetle komentowanego artykułu posiadają wymiar absolutny i nie mogą doznawać żadnych wyjątków” (komentarz P. Sarneckiego do art. 42 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, s. 2).

Na gruncie Kodeksu karnego odpowiednikiem wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji zasady *nullum crimen sine lege* jest art. 1.

Jak wskazuje J. Giezek, „[z] art. 1 k.k. wyinterpretować można - wprost oraz pośrednio - istotne **elementy struktury przestępstwa** stwarzające ustawową podstawę do sformułowania jego definicji. W strukturze tej - przy uwzględnieniu treści art. 1 oraz art. 115 § 1 k.k. zawierającego objaśnienie wyrażenia "czyn zabroniony" - dałoby się na różnych poziomach owej struktury wyodrębnić takie pojęcia, jak czyn, ustawowa określoność, bezprawność, społeczna szkodliwość oraz wina. Z tego punktu widzenia przestępstwo można więc zdefiniować jako zachowanie się człowieka będące **czynem**:

a) **realizującym znamiona** określone w ustawie karnej,

b) naruszającym - przy braku jakichkolwiek okoliczności usprawiedliwiających - normę sankcjonowaną, czyli formalnie **bezprawnym**,

c) **społecznie szkodliwym** w stopniu wyższym niż znikomy, a zatem **karygodnym**,

d) **zawinionym**,

e) **zagrożonym karą w ustawie**” i podkreśla, że „[p]rzestępstwem jest tylko czyn zabroniony, czyli - zgodnie z art. 115 § 1 k.k. - zachowanie się człowieka o znamionach określonych w ustawie karnej” oraz że „[w]iążąca się z popełnieniem czynu zabronionego bezprawność ujmowana jest jako sąd wyrażający sprzeczność między konkretnym społecznie ujemnym zachowaniem się człowieka a należącą do porządku prawnego normą sankcjonowaną, w której ustawodawca określił, jak z punktu widzenia chronionego systemu wartości należało się zachować. W zasadzie należy się zgodzić z poglądem, iż sprzeczny z normą sankcjonowaną będzie tylko taki czyn, który narusza lub co najmniej naraża na niebezpieczeństwo dobro prawne, a jednocześnie narusza wykształconą przez wiedzę i doświadczenie regułę postępowania z tym dobrem” (komentarz J. Giełka do art. 1 Kodeksu karnego, <http://lex/lex/content.rpc?reqId=139755551504472&nro=587328055>).

Trzeba do tego dodać, że oparcie odpowiedzialności karnej na zasadzie winy oznacza, iż sprawca ponosi odpowiedzialność karną za popełniony czyn tylko na tyle, na ile można mu postawić zarzut, przy czym skalę tego zarzutu, a więc i zakres odpowiedzialności, wyznaczają zasady subiektywizacji i indywidualizacji (*vide* - wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2002 r., w sprawie o sygn. akt III KK 58/02, LEX nr 56846).

Biorąc pod uwagę powołane wyżej orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz poglądy doktryny prawa konstytucyjnego i prawa karnego, należy zauważyć, że - z punktu widzenia wzorca kontroli z art. 42 ust. 1 Konstytucji - kluczowe znaczenie w niniejszej sprawie ma **ustalenie charakteru środków zabezpieczających**.

W przekonaniu Rzecznika Praw Obywatelskich do środków zabezpieczających ma zastosowanie wzorzec kontroli z art. 42 ust. 1 Konstytucji, dlatego że środki te mają charakter karny. Ów karny charakter środków zabezpieczających wynika przy tym, jak twierdzi Rzecznik, z następujących okoliczności:

- „w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka coraz częściej wskazuje się, że pojęcie <kary> należy rozumieć nie tyle formalnie, co materialne”, a sprawami karnymi „są wszystkie sprawy należące (...) do przedmiotu prawa karnego”;

- z orzecznictwa EPTCz wynika, że „[o]ceniając <karny> charakter sankcji bierze się pod uwagę przede wszystkim charakter czynu, na który stanowi reakcję, rodzaj i surowość sankcji, a także cel, któremu ma ona służyć”;

- stosowanie środków zabezpieczających „ma in concreto zawsze swoje źródło w zachowaniu sprawcy wypełniającym znamiona typu czynu zabronionego”;

- środki zabezpieczające stanowią „reakcję na zaistniały czyn zabroniony” (uzasadnienie wniosku, s. 9-11).

Na wstępie tej części rozważań należy podnieść, że w wyroku z dnia 18 lipca 2013 r., w sprawie o sygn. akt SK 18/09, Trybunał Konstytucyjny przypomniał, iż „w licznych orzeczeniach dokonywał materialnoprawnej oceny różnych regulacji w celu stwierdzenia, czy mają one charakter represyjny (quasi-karny) oraz czy i w jakim zakresie należy do nich odnosić konstytucyjne gwarancje przewidziane dla odpowiedzialności karnej (szczególnie te wynikające z art. 42 Konstytucji). Można tu wskazać liczne orzeczenia, np. wyroki: z 8 grudnia 1998 r., sygn. K 41/97 (OTK ZU nr 7/1998, poz. 117), z 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05 (OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27), z 17 lutego 2009 r., sygn. SK 10/07 (OTK ZU nr 2/A/2009, poz. 8), z 12 maja 2009 r., sygn. P 66/07 (OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 65), z 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02 (OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 62), z 19 lutego 2008 r., sygn. P 48/06 (OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 4), z 3

listopada 2004 r., sygn. K 18/03 (OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 103), z 18 listopada 2010 r., sygn. P 29/09 (OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 104). W przytoczonych wypowiedziach Trybunał Konstytucyjny zwracał uwagę, że <dla określenia charakteru konkretnej instytucji prawnej istotne znaczenie ma nie sama jej nazwa, lecz treść, którą ustawodawca z nią wiąże> (wyrok z 10 grudnia 2002 r., sygn. P 6/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 91). Z punktu widzenia Konstytucji zasadnicze znaczenie ma nie tyle <nazwa> danego postępowania, ile stwierdzenie, czy ze względu na charakter norm prawnych, regulujących to postępowanie, istnieje konieczność zastosowania do nich konstytucyjnych gwarancji dotyczących odpowiedzialności karnej (por. powołany wyrok o sygn. K 18/03). Rozumienie pojęcia <odpowiedzialność karna> na poziomie konstytucyjnym jest niezależne od treści przypisywanych mu w ustawodawstwie zwykłym. Definiując to pojęcie na płaszczyźnie konstytucyjnej, nie można zatem odwoływać się wprost do elementów wyróżniających ten rodzaj odpowiedzialności na płaszczyźnie ustawowej. Taki zabieg umożliwiałby bowiem omijanie gwarancji konstytucyjnych odnoszących się do odpowiedzialności represyjnej przez formalne kwalifikowanie jej w ustawie jako inny niż karna rodzaj odpowiedzialności. **W konsekwencji Trybunał Konstytucyjny przyjmuje, że przez przepisy represyjne należy rozumieć nie tylko przepisy karne sensu stricto, ale wszelkie przepisy o charakterze represyjnym, a więc te, których celem jest poddanie obywatela jakiejś formie ukarania** (podkr. wł.)” [OTK ZU seria A nr 6/2013, poz. 80].

W tym samym wyroku Trybunał Konstytucyjny, porównując karę administracyjną z karą za wykroczenie, stwierdził, iż „[p]owszechnie przyjmuje się, że istotą sankcji karnych jest represja i prewencja, natomiast kar administracyjnych - oprócz celu restytucyjnego - także prewencja. Nie znaczy to oczywiście, że dane typy sankcji powinny spełniać tylko i wyłącznie te funkcje. To właśnie spełnianie wspomnianych funkcji przesądza jednakże o tym, czy dana sankcja jest ze swej istoty karna, czy administracyjna. Kara administracyjna nie

jest, w myśl wskazanej koncepcji, odpłatą za popełniony czyn, lecz stanowi jedynie środek przymusu służący zapewnieniu realizacji wykonawczo-zarządzających zadań administracji. Cel wprowadzenia i funkcje, jakie pełni określona norma, stają się więc ważnym wyróżnikiem dającym odpowiedź na pytanie, z jaką normą mamy do czynienia” (podkr. wł.)” (op. cit.).

J. Długosz, określając cel i istotę środków zabezpieczających, wskazała, że „[ś]rodki zabezpieczające - podobnie jak kary oraz środki karne - stanowią **instytucję prawa karnego stosowaną wobec sprawców czynów zabronionych**. Mimo iż zaliczane są do środków reakcji prawnokarnej (...), ich zasadniczy charakter - w przeciwieństwie do charakteru kar i środków karnych - sprowadza się do tego, że **nie stanowią represji** za popełniony czyn, lecz **zabezpieczenie społeczeństwa przed niepożądanymi zachowaniami sprawcy** czynu zabronionego, tj. przed powodowanym przez niego zagrożeniem dla porządku prawnego. Z tego względu środki zabezpieczające stosowane są tradycyjnie wobec ściśle wyodrębnionych, szczególnych kategorii sprawców, tj. takich osób:

- 1) których nie można ukarać, gdyż z powodu ich niepoczytalności nie można im przypisać winy;
- 2) wobec których zachodzi uzasadniona obawa, że pomimo ukarania i odbycia przez nie kary w dalszym ciągu będą popełniać przestępstwa;
- 3) których nie można ukarać dostatecznie surowo ze względu na granicę stopnia winy, a zachodzi potrzeba realizacji względów izolacyjnych lub prewencyjnych (...). [...]

Innymi słowy, środki zabezpieczające należą, obok kar i środków karnych, do **środków karnoprawnej reakcji na popełniony czyn zabroniony**. Różnią się od nich jednak ze względu na realizowaną **funkcję** oraz **cel ich stosowania**. Przede wszystkim należy wskazać, że w przeciwieństwie do orzekania kar i środków karnych, orzekanie środków zabezpieczających, jako alternatywnej wobec kary kryminalnej reakcji na popełnienie czynu zabronionego, nie opiera się na przesłance winy, co oznacza, że **brak jest**

zawinienia popełnionego przez sprawcę czynu zabronionego, a tym samym brak powiązanego z tym zawinieniem zagrożenia dla porządku prawnego (...). Zagrożenie dla porządku prawnego wynikające z zachowania sprawcy, któremu można wymierzyć środki zabezpieczające nie wynika zatem z zawinienia popełnionego czynu zabronionego, lecz faktu niezdolności psychicznej w jednej z postaci wymienionych w przepisach art. 93-96 (...). Środki zabezpieczające nie mają zatem na celu wymierzania sprawiedliwości i nie spełniają funkcji kary za popełnione czyny zabronione. Ich stosowanie nie stanowi więc kary będącej reakcją na popełniony czyn” (komentarz J. Długosz do art. 93 Kodeksu karnego, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 32-116*, Tom II, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, op. cit., s. 554-555).

Określając cele i funkcje kryminalnopolityczne środków zabezpieczających oraz cel karnowykonawczy tych środków, J. Długosz stwierdziła, że „[ś]rodki zabezpieczające są elementem polityki kryminalnej i stosuje się je według **kryterium stanu niebezpieczeństwa sprawcy**. Ich **celem** jest **zabezpieczenie społeczeństwa przed niebezpieczeństwem grożącym ze strony sprawcy czynu zabronionego** poprzez zapobieżenie ponownemu popełnieniu przez tego sprawcę czynu związanego z jego stanem niezdolności psychicznej. Celem stosowania oraz wykonywania środków zabezpieczających nie jest zatem realizacja idei wymiaru sprawiedliwości, lecz **funkcji ochronnej** wobec społeczeństwa przed osobami niebezpiecznymi dla porządku prawnego, jak również wobec samego porządku prawnego. Przy czym owa funkcja ochronna realizowana jest na dwóch płaszczyznach, tj. w odniesieniu do ogółu społeczeństwa oraz w stosunku do samego sprawcy, tworząc ochronę jego samego przed jego własnym niebezpiecznym zachowaniem. W zakresie środków leczniczo-izolacyjnych nie bez znaczenia pozostaje także **funkcja izolacyjna** oraz **funkcja lecznicza**. Odnosząc się do pojawiających się w doktrynie kontrowersji w zakresie ustalenia, która z wymienionych funkcji pełni rolę nadrzędną, należy opowiedzieć się za poglądem eksponującym znaczenie funkcji

ochronnej, a izolację oraz podejmowane w trakcie jej trwania leczenie uznającym za środki służące osiągnięciu celu, jakim jest zabezpieczenie społeczeństwa przed niebezpiecznym zachowaniem sprawcy” oraz że „[p]rawodawca formułuje *expressis verbis* zasadniczy cel stosowania środków zabezpieczających, stanowiąc w art. 202 KK W, iż wykonywanie tych środków, polegające na objęciu sprawcy odpowiednim **postępowaniem leczniczym, psychoterapeutycznym, rehabilitacyjnym lub resocjalizacyjnym** ma na celu:

- 1) poprawę stanu jego zdrowia i zachowania w stopniu umożliwiającym funkcjonowanie w społeczeństwie w sposób niestwarzający zagrożenia porządku prawnego;
- 2) dalsze leczenie w warunkach poza zamkniętym zakładem psychiatrycznym - w wypadku sprawcy umieszczonego w tym zakładzie” (*ibidem*, s. 555).

Oceniając art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. z perspektywy powołanych wyroków Trybunału Konstytucyjnego oraz poglądów doktryny, należy przede wszystkim zauważyć, iż zastosowanie środków zabezpieczających **nie stanowi represji** za popełniony czyn, lecz **zabezpieczenie społeczeństwa przed niepożądanymi zachowaniami sprawcy**. W wypadku środków zabezpieczających **głównym** celem ustawodawcy **nie jest zatem odpłata za popełniony w przeszłości czyn**, lecz objęcie sprawców przestępstw **postępowaniem „leczniczym, psychoterapeutycznym, rehabilitacyjnym lub resocjalizacyjnym”** (dominująca jest funkcja lecznicza tych środków) - **niezależnie od warunków, w jakich owo postępowanie jest prowadzone** (w warunkach izolacji czy na wolności).

- Przesłanką zastosowania wobec sprawcy czynu zabronionego środka zabezpieczającego **nie jest** bowiem uprzednie popełnienie przez tę osobę tego samego bądź podobnego czynu zabronionego, za który właśnie odbywa ona (bądź już odbyła) karę (w przypadku środka polegającego na umieszczeniu sprawcy w zakładzie psychiatrycznym - warunkiem jest skazanie na bezwzględną karę

pozbawienia wolności i odbycie tej kary, z wyjątkiem, co oczywiste, sprawców całkowicie niepoczytalnych, którzy, skoro nie popełniają przestępstwa [*vide* - art. 31 § 1 k.k.], to nie mogą zostać za nie skazani), lecz prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przez sprawcę jakiegokolwiek czynu zabronionego wówczas, gdy inne środki prawne są niewystarczające (w przypadku środka polegającego na umieszczeniu sprawcy w zakładzie psychiatrycznym chodzi o wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości).

Przesłanki, w oparciu o które wobec sprawców czynów zabronionych stosuje się środki zabezpieczające, wskazują zatem, że środki te nie mogą być kwalifikowane jako represyjne. Wszak ich celem **nie jest odpłata za czyn podlegający ukaraniu.**

W tym kontekście ów czyn zabroniony, za który sprawca poniósł odpowiedzialność karną (nastąpiła „odpłata”) bądź - z uwagi na całkowitą niepoczytalność - odpowiedzialności takiej ponieść nie mógł (*vide* - sprawca określony w art. 31 § 1 k.k.), stanowi tylko punkt odniesienia, bez którego niebezpieczeństwo grożące społeczeństwu ze strony sprawcy nie zostałoby ujawnione, a przeciwdziałać temu niebezpieczeństwu ma właśnie zastosowanie środka zabezpieczającego, którego zasadniczym celem jest, o czym wcześniej była mowa, przeprowadzenie także w interesie sprawcy (dla jego dobra) odpowiedniego leczenia, terapii, rehabilitacji czy też resocjalizacji.

Reasumując tę część rozważań, należy stwierdzić, że skoro art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. nie mogą być kwalifikowane jako przepisy o charakterze represyjnym (w rozumieniu konstytucyjnym), to art. 42 ust. 1 Konstytucji **nie jest adekwatnym wzorcem ich kontroli w jakimkolwiek zakresie.**

Wzorcem kontroli art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. Rzecznik Praw Obywatelskich ustanowił również art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Rzecznik zwrócił uwagę, że stosowanie środków zabezpieczających ogranicza „w stopniu istotnym” prawo jednostki do decydowania o swoim życiu osobistym.

Zdaniem Wnioskodawcy, „konstrukcja z art. 93b § 3 k.k. (oraz art. 93g k.k. - przyp. wł.) nie spełnia wymogu konieczności. (...) cel projektodawcy mógł zostać zrealizowany w inny sposób, nie odwołujący się do społecznej szkodliwości czynu, który nie został zrealizowany i nie wiadomo czy zostanie zrealizowany, a więc do warunku przyszłego niepewnego. (...)”

Dobór środków zabezpieczających oraz sposób ich wykonania powinien być ustalany na podstawie okoliczności czynu zabronionego, który sprawca popełnił, biorąc pod uwagę społeczną szkodliwość tego czynu i niebezpieczeństwo wynikające z dysfunkcji sprawcy, nie zaś odwoływania się do warunku przyszłego niepewnego. Niesie to za sobą duże ryzyko dalej idącego, niekoniecznego naruszenia praw i wolności sprawcy” (uzasadnienie wniosku, s. 25-26).

Przepis art. 47 Konstytucji proklamuje prawo do prywatności, które obejmuje prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, a także rodzinnego, do ochrony czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 4 listopada 2014 r., w sprawie o sygn. akt SK 55/13, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „*[p]rywatność, rozumiana jako prawo <do życia własnym życiem, układanym według własnej woli z ograniczeniem do niezbędnego minimum wszelkiej ingerencji zewnętrznej>, odnosi się między innymi do życia osobistego (a więc także zdrowia jednostki) i bywa nazywana prawem do pozostawienia w spokoju. (...). Konstytucja, mówiąc o prawie do ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz decydowania o swoim życiu osobistym, ustanawia zakaz ingerencji państwa w życie prywatne jednostki, ale nakłada też na państwo obowiązki pozytywne.*

W wyroku z 11 października 2011 r., sygn. K 16/10, OTK ZU nr 8/A/2011, poz. 80, Trybunał Konstytucyjny przypomniał, że ochrona prawa do prywatności

i do decydowania o sobie samym nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom, jeżeli przemawia za tym inna norma, zasada lub wartość konstytucyjna, a stopień tego ograniczenia pozostaje w odpowiedniej proporcji do rangi interesu, któremu ograniczenie ma służyć (...).

Ramy dopuszczalnych ograniczeń prawa do prywatności określa wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada proporcjonalności. Przepis ten wyznacza także formalne warunki ewentualnej ingerencji ustawodawcy i jej maksymalny, dozwolony zasięg” (OTK ZU seria A nr 10/2014, poz. 111).

Pośród licznych wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, odnoszących się do wzorca kontroli z art. 31 ust. 3 Konstytucji, za reprezentatywną uznać można tę, która została zawarta w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 września 2008 r., w sprawie o sygn. akt SK 52/05, gdzie Trybunał stwierdził, że „[z]awarta w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada proporcjonalności w aspekcie formalnym wymaga, aby ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw wprowadzane były w formie ustawy, co wyklucza wprowadzanie ich w aktach niższej rangi. Zasada ta w aspekcie materialnym dopuszcza ustanawianie tylko takich ograniczeń, które nie naruszają istoty danej wolności lub prawa podmiotowego, i tylko wtedy, gdy istnieje konieczność ich wprowadzenia w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Zakres wprowadzanych ograniczeń powinien być proporcjonalny, tzn. konieczny dla realizacji określonego celu (...). W związku z tym wprowadza się trzy kryteria: przydatności, konieczności i proporcjonalności przyjmowanych ograniczeń (...). Ingerencja taka jest zatem dopuszczalna, jeżeli jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, a jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela” (OTK ZU seria A nr 7/2008, poz. 125).

Podsumowując wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt SK 52/05, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że ograniczenia wolności i praw jednostki ze względu na ochronę wartości wyliczonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji bądź wskazanych w szczegółowych przepisach ustawy zasadniczej „muszą (...) czynić zadość zasadzie proporcjonalności. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny we wcześniejszym orzecznictwie <przesłanka «konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie» z jednej strony stawia przed prawodawcą każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania ingerencji w danym stanie faktycznym, z drugiej zaś - winna być rozumiana jako wymóg stosowania środków prawnych skutecznych (rzeczywiście służących realizacji zamierzonych celów), ale tylko tych niezbędnych (chroniących określone wartości w sposób bądź w stopniu nieosiągalnym przy zastosowaniu innych środków). Owa niezbędność oznacza również nakaz stosowania środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu, bo ingerencja w sferę statusu jednostki musi pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie (...). Wprowadzenie ograniczeń wymaga ponadto ich uzasadnienia, przede wszystkim wskazania innej wartości konstytucyjnej, dla której prawo zostało «poświęcone» lub ograniczone (...). Podsumowując, z naruszeniem kryterium «konieczności» zastosowania ograniczenia mamy do czynienia gdy osiągnięcie danego celu było możliwe poprzez zastosowanie innego środka, nakładającego mniejsze ograniczenia na prawa i wolności jednostki, tymczasem sięgnięto po środek bardziej uciążliwy (...)» (op. cit.).

W wyroku z dnia 10 grudnia 2013 r., w sprawie o sygn. akt U 5/13, Sąd Konstytucyjny, formułując ponownie wymogi zasady proporcjonalności, przypomniał, że zasada ta „jest rozumiana przez Trybunał Konstytucyjny jako suma trzech zasad składowych: zasady przydatności, zasady konieczności oraz zasady proporcjonalności sensu stricto, tzn. zakazu nadmiernej ingerencji (por. wyrok z 11 kwietnia 2000 r., sygn. K. 15/98, OTK ZU nr 3/2000, poz. 86 i wiele

innych). Zasada przydatności polega na przeprowadzeniu testu racjonalności instrumentalnej, tzn. ustaleniu, czy według dostępnego stanu wiedzy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków. Zasada konieczności wymaga oceny, czy badane przepisy są niezbędne dla ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (pięciu dóbr ogólnospołecznych lub indywidualnych <wolności i praw innych osób>), a ponadto czy spośród środków skutecznie chroniących te wartości zostały wybrane środki najmniej uciążliwe. Zasada proporcjonalności sensu stricto wymaga zaś ustalenia, czy efekty zaskarżonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela” (OTK ZU seria A nr 9/2013, poz. 136).

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, wymóg „konieczności” wprowadzonych ograniczeń praw i wolności konstytucyjnych - jako element testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji - nie jest spełniony, ponieważ określoną w zaskarżonych przepisach przesłanką, na podstawie której środki zabezpieczające mogą być stosowane (dotyczy to także ich doboru i sposobu wykonywania), jest stopień społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić w przyszłości, oraz prawdopodobieństwo jego popełnienia, zamiast, spełniającej - w ocenie Rzecznika - wymogi konstytucyjne, **przesłanki czynu zabronionego, który sprawca już popełnił, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości.**

To, który czyn zabroniony - popełniony czy dopiero (i tylko) prognozowany - będzie stanowił rzeczywistą przesłankę stosowania (także doboru oraz sposobu wykonywania) środka zabezpieczającego względem konkretnego sprawcy, w kontekście zarzutu Wnioskodawcy (niespełnienie wymogu „konieczności”) nie może mieć jednak znaczenia.

Zarówno przyjęcie przesłanki materialnej w postaci popełnienia czynu zabronionego (czynu zabronionego już dokonanego), jak i przesłanki materialnej w postaci spełnienia warunków pozwalających na przyjęcie prawdopodobieństwa

(wysokiego prawdopodobieństwa) ponownego popełnienia w przyszłości czynu zabronionego o określonej społecznej szkodliwości (w tym przypadku popełniony już czyn zabroniony stanowi jedynie przesłankę formalną zastosowania środka zabezpieczającego) może bowiem doprowadzić do zastosowania wobec sprawcy środka zabezpieczającego (jeżeli sąd tak orzeknie). W obu zatem przypadkach, pomimo przyjęcia odmiennych przesłanek materialnych, stopień ingerencji w prawo gwarantowane w art. 47 Konstytucji będzie taki sam.

Inaczej mówiąc, stopień ingerencji środków zabezpieczających w prawa i wolności konstytucyjne nie zmniejszy się tylko przez to, że jedną materialną przesłankę zastosowania tych środków zastąpimy drugą (inną) materialną przesłanką.

Należy przy tym podkreślić, że warunki pozwalające sądowi na prognozowanie prawdopodobieństwa (wysokiego prawdopodobieństwa) popełnienia przez sprawcę w przyszłości ponownie czynu zabronionego społecznie szkodliwego zostały szczegółowo określone w ustawie i jako takie nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych (o czym szerzej w dalszej części niniejszego stanowiska).

Ponadto, orzekanie w przedmiocie środków zabezpieczających na podstawie czynu zabronionego, który sprawca już popełnił i za który wymierzono mu karę, a zatem uznanie środków zabezpieczających za reakcję na zaistniały i osądzony już czyn zabroniony (uznawanie środków zabezpieczających za środki o charakterze karnym) [*vide* - argumenty Rzecznika uzasadniające niezgodność art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. z art. 42 ust. 1 Konstytucji], rodzi uzasadnione wątpliwości pod kątem respektowania zasady *ne bis in idem*. W tej sytuacji zastosowanie środka zabezpieczającego musiałoby bowiem być interpretowane jako dwukrotne ukaranie sprawcy za ten sam czyn zabroniony (jeden raz - karą czy karami z katalogu kar, określonego w art. 32 k.k., i drugi raz - środkiem zabezpieczającym czy środkami zabezpieczającymi z katalogu tych środków, określonego w art. 93a k.k.).

Biorąc powyższe pod uwagę, należy dojść do wniosku, że stosowanie środków zabezpieczających (także ich dobór i sposób wykonania) w oparciu o przesłankę prawdopodobieństwa (albo wysokiego prawdopodobieństwa) ponownego popełnienia przez sprawcę w przyszłości czynu zabronionego (społecznie szkodliwego w stopniu wyższym od znikomego albo o znacznej społecznej szkodliwości) nie ogranicza prawa do prywatności jednostki w stopniu konstytucyjnie nieakceptowanym.

Zaskarżone przepisy nie wprowadzają bowiem nadmiernego ograniczenia prawa gwarantowanego w art. 47 Konstytucji. Ograniczenie to spełnia wymóg „konieczności”, wywodzony z art. 31 ust. 3 Konstytucji przez to, że realizuje cel, jakim jest zabezpieczenie społeczeństwa przed niebezpieczeństwem grożącym ze strony sprawcy czynu zabronionego, wynikającym z możliwości ponownego popełnienia przez tego sprawcę czynu związanego z jego stanem niezdolności psychicznej, a jednocześnie stanowi ograniczenie najmniej uciążliwe dla sprawcy, co orzekający w danej sprawie sąd ma obowiązek wykazać.

Reasumując tę część rozważań, należy stwierdzić, że art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k., w zaskarżonych zakresach, są zgodne z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Jako kolejny wzorzec kontroli art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k., w zakresie, w jakim przepisy te nakładają na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości, Wnioskodawca wskazał art. 30 Konstytucji.

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, „w kontekście problematyki art. 93b § 3 k.k. oraz art. 93g k.k. (...) szczególnie istotne wydaje się rekonstruowane z godności człowieka prawo do ochrony jego podmiotowości, a tym samym jego autonomia” (uzasadnienie wniosku, s. 20).

Rzecznik Praw Obywatelskich podkreślił, że nie uważa, iż „do naruszenia zasady godności człowieka dochodzi przez sam fakt wprowadzenia środków zabezpieczających do systemu prawa karnego. Izolacja, a także podejmowanie oddziaływań psychiatryczno-terapeutycznych względem sprawcy czynu zabronionego może być unormowana w taki sposób, który nie naruszy godności człowieka” (*ibidem*).

Rzecznik, powołując się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (zwłaszcza wyrok Trybunału z dnia 30 października 2006 r., w sprawie o sygn. akt P 10/06, OTK ZU seria A nr 9/2006, poz. 128), stwierdził, że nie można przyjąć, iż „zawarta w zaskarżonych przepisach regulacja czyniąca z warunku przyszłego niepewnego kryterium zastosowania środka bliskiego granicy naruszenia zasady godności człowieka, jest ograniczona do minimum i szczegółowo uzasadniona” stąd też, w Jego ocenie, przepisy te są niezgodne z art. 30 Konstytucji, ponieważ nie pozwalają na to, aby podstawą orzekania środków zabezpieczających (decydowania o ich rodzaju oraz sposobie wykonania) w celu zabezpieczenia sprawcy i społeczeństwa przed zdarzeniami przyszłymi, było zdarzenie przeszłe, a więc czyn popełniony już przez sprawcę oraz prawdopodobieństwo popełniania kolejnych czynów zabronionych w przyszłości, nie zaś okoliczności czynu, „który nie został jeszcze popełniony i nie wiadomo czy zostanie popełniony” (*ibidem*, s. 19 i 22).

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, zaskarżone przepisy naruszają konstytucyjną gwarancję godności człowieka, ponieważ zawierają przesłankę, na podstawie której środki zabezpieczające mogą być stosowane (dotyczy to także ich doboru i sposobu wykonywania) w postaci stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić w przyszłości, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia, zamiast - w ocenie Rzecznika - spełniającej wymogi konstytucyjne, **przesłanki czynu zabronionego, który sprawca już popełnił, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości.**

Podobnie jednak jak w przypadku wzorca kontroli z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, to, jaki czyn zabroniony - popełniony czy dopiero (i tylko) prognozowany - będzie stanowił rzeczywistą przesłankę stosowania (także doboru oraz sposobu wykonywania) środka zabezpieczającego względem konkretnego sprawcy, w kontekście wzorca kontroli z art. 30 Konstytucji nie może mieć znaczenia.

Zarówno popełnienie już czynu zabronionego, jak i spełnienie warunków pozwalających na przyjęcie prawdopodobieństwa (wysokiego prawdopodobieństwa) popełnienia czynu zabronionego w przyszłości, może bowiem doprowadzić do orzeczenia wobec sprawcy środka zabezpieczającego, a to właśnie ów środek może - potencjalnie - naruszać godność człowieka (zdaniem Rzecznika).

Należy przy tym podkreślić, o czym wcześniej była już mowa, że warunki pozwalające sądowi na prognozowanie prawdopodobieństwa (wysokiego prawdopodobieństwa) popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego w przyszłości zostały szczegółowo określone w ustawie i jako takie nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych (o czym szerzej w dalszej części niniejszego stanowiska).

Podobnie też jak w przypadku rozważań dotyczących wzorca kontroli z art. 47 w związku z art. 31 Konstytucji, należy zwrócić uwagę, że orzekanie w przedmiocie środków zabezpieczających na podstawie czynu zabronionego, który sprawca już popełnił i za który wymierzono mu sprawiedliwość, a zatem uznanie środków zabezpieczających za reakcję na zaistniały i już osądzony czyn zabroniony, przy jednoczesnym uznawaniu środków zabezpieczających za środki o charakterze karnym (represyjnym) [*vide* - argumenty Rzecznika uzasadniające niezgodność art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. z art. 42 ust. 1 Konstytucji], rodzi uzasadnione wątpliwości co do respektowania zasady *ne bis in idem*.

Tymczasem dwukrotne orzeczenie o karze za ten sam czyn zabroniony w sposób najbardziej oczywisty narusza konstytucyjną gwarancję godności

człowieka, i to w każdym jej aspekcie, w szczególności w aspekcie godności rozumianej jako „godność osobowa” (naruszenia tego aspektu godności człowieka zdaje się upatrywać w zaskarżonych przepisach Rzecznik Praw Obywatelskich).

Trzeba dodać, że w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 lipca 2007 r., w sprawie o sygn. akt SK 50/06, Trybunał Konstytucyjny przypomniał, iż „godność osobowa” jest *„najbliższa temu, co może być określane prawem osobistości, obejmującym wartości życia psychicznego każdego człowieka oraz te wszystkie wartości, które określają podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które składają się, według powszechnej opinii, na szacunek należny każdej osobie”*, po czym zauważył, że *„nie każda forma pozbawienia wolności jednostki jest równoznaczna z naruszeniem jej godności osobowej, a ściślej praw, które z tej godności wynikają. Przyjęcie innego stanowiska prowadziłoby do zanegowania treści art. 41 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym wolność osobista - mająca swe źródło w godności człowieka - może podlegać daleko idącym ograniczeniom stosownie do kryteriów określonych przez zasadę proporcjonalności. Godność człowieka może zostać uznana za naruszoną dopiero przez taką formę pozbawienia go wolności, która nie będzie konieczna w demokratycznym państwie dla ochrony jednej z wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a zatem, która będzie stanowiła przejaw uprzedmiotowienia jednostki poprzez bezzasadne pozbawienie jej możliwości swobodnego określania swego zachowania i postępowania”* (OTK ZU seria A nr 7/2007, poz. 75).

Skoro zatem wolność osobista - mająca swe źródło w godności człowieka - może podlegać daleko idącym ograniczeniom stosownie do kryteriów określonych przez zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji), zaś art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. - w zaskarżonym zakresie - o czym wcześniej była mowa, spełniając kryterium „konieczności” (respektowania pozostałych kryteriów składających się na test proporcjonalności Rzecznik nie kwestionował), to zaskarżone regulacje nie są „przejawem uprzedmiotowienia jednostki poprzez

bezzasadne pozbawienie jej możliwości swobodnego określania swego zachowania i postępowania”.

Reasumując tę część rozważań, należy stwierdzić, że art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k., w zaskarżonym zakresie, są zgodne z art. 30 Konstytucji.

Ostatnim wzorcem kontroli art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. - w zakresie, w jakim przepisy te nakładają na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości - Wnioskodawca uczynił art. 2 Konstytucji.

Zdaniem Rzecznika, powołane przepisy w zaskarżonym zakresie naruszają „przynajmniej trzy zasady wyprowadzane z art. 2 Konstytucji RP: zasadę zaufania obywatela do państwa, zasadę dostatecznej określoności, zasadę poprawnej legislacji”, w dwóch aspektach.

Po pierwsze - dlatego że zawierają termin „społeczna szkodliwość czynu”, który „w odniesieniu do omawianego problemu ma charakter niejasny, nieprecyzyjny, pozwalając na arbitralność organów stosowania prawa w podejmowaniu decyzji o stosowaniu środków zabezpieczających i sposobie ich wykonania” (uzasadnienie wniosku, s. 16).

Po drugie - dlatego że tego rodzaju regulacje umożliwiają sądowi wybór środka zabezpieczającego i sposobu jego wykonania „w sposób całkowicie wolny od zachowania zrealizowanego już przez sprawcę, a odnoszący się jedynie do czynu, który sprawca może popełnić. Ustawodawca zobowiązuje zatem organy stosowania prawa do rekonstruowania zdarzeń przyszłych niepewnych i, w oparciu o tak poczynione ustalenia, nakazuje podejmowanie decyzji dotyczących stosowania środków zabezpieczających” (*ibidem*, s. 17-18).

Zdaniem Rzecznika, są to wymogi niemożliwe do spełnienia przez sąd.

Wynikająca z, określonej w art. 2 Konstytucji, zasady demokratycznego państwa prawnego reguła poprawnej legislacji oraz, wywodzona z tej reguły, zasada określoności prawa stanowiły przedmiot licznych wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 25 lutego 2014 r., w sprawie o sygn. akt SK 65/12, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „[z]godnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału z konstytucyjnej zasady państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) wynika nakaz przestrzegania przez ustawodawcę zasad poprawnej legislacji. Nakaz ten jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochroną zaufania do państwa i prawa. Naruszeniem wymagań konstytucyjnych dotyczących poprawnej legislacji jest w szczególności niejasny i nieprecyzyjny tekst przepisu (...). Niejasny i nieprecyzyjny przepis rodzi bowiem niepewność jego adresatów co do ich praw i obowiązków, a także stwarza organom stosującym prawo pole dowolności działania, co istotnie zwiększa ryzyko bezpodstawnego stosowania sankcji.

W wyroku z 28 października 2009 r., sygn. Kp 3/09 (OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 138, cz. III, pkt 6.2.) Trybunał, orzekając w pełnym składzie, stwierdził, że <norma konstytucyjna nakazująca zachowanie odpowiedniej określoności regulacji prawnych ma charakter zasady prawa. Nakłada to na ustawodawcę obowiązek jej optymalizacji w procesie stanowienia prawa. Ustawodawca powinien dążyć do możliwie maksymalnej realizacji wymogów składających się na tę zasadę. Tym samym stopień określoności konkretnych regulacji podlega każdorazowej relatywizacji w odniesieniu do okoliczności faktycznych i prawnych, jakie towarzyszą podejmowanej regulacji. Relatywizacja ta stanowi naturalną konsekwencję nieostrości języka, w którym redagowane są teksty prawne oraz różnorodności materii podlegającej normowaniu>.

Ponadto Trybunał stwierdził, że kontrola konstytucyjności kwestionowanego przepisu z powodu jego niedookreśloności wymaga przeprowadzenia testu określoności prawa, na który składają się trzy kryteria: 1)

precyzyjność regulacji prawnej, 2) jasność przepisu oraz 3) jego legislacyjna poprawność. Precyzyjność przepisu przejawia się w konkretności regulacji praw i obowiązków, tak by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie. Jasność przepisu oznacza nakaz tworzenia przepisów zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego prawodawcy mają prawo oczekiwać stanowienia norm niebudzących wątpliwości co do nakładanych obowiązków lub przyznawanych praw. Z kolei poprawność przepisu wiąże się z wymogami co do technicznej strony legislacji i ma wtórny charakter wobec dwóch pierwszych kryteriów (tamże)” [OTK ZU seria A nr 2/2014, poz. 14).

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 lipca 2010 r., w sprawie o sygn. akt Kp 9/09, Trybunał Konstytucyjny, orzekając w pełnym składzie, stwierdził, że „w swoim dotychczasowym orzecznictwie kładł szczególny nacisk na wymóg jasności i precyzji językowej w procesie stanowienia prawa. Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wywieść można trzy zasadnicze założenia istotne dla oceny zgodności treści określonego przepisu prawa z wymaganiami poprawnej legislacji. Po pierwsze - każdy przepis prawa, a zwłaszcza ograniczający konstytucyjne wolności lub prawa, powinien być sformułowany w sposób pozwalający jednoznacznie ustalić, kto i w jakiej sytuacji podlega ograniczeniom. Po drugie - przepis ten powinien być na tyle precyzyjny, aby zapewniona była jego jednolita wykładnia i stosowanie. Po trzecie - przepis taki powinien być tak sformułowany, aby zakres jego zastosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca istotnie zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw (...). W wyroku z 29 października 2003 r., sygn. K 53/02, Trybunał Konstytucyjny przypomina, że konsekwentnie reprezentuje stanowisko, iż z wyrażonej w art. 2 Konstytucji zasady państwa prawnego wynika nakaz przestrzegania przez ustawodawcę zasad poprawnej legislacji. Nakaz ten jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Zasady te nakazują, aby przepisy prawa

były formułowane w sposób precyzyjny i jasny oraz poprawny pod względem językowym. Wymóg jasności oznacza obowiązek tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy oczekiwać mogą stanowienia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw (OTK ZU nr 8/A/2003, poz. 83; por też m.in. wyrok z 11 stycznia 2000 r., sygn. K. 7/99, OTK ZU nr 1/2000, poz. 2).

Ważnym elementem zasady poprawnej legislacji jest także przestrzeganie wymogów spójności logicznej i aksjologicznej systemu prawnego. Z tego względu, <poprawność legislacyjna to także stanowienie przepisów prawa w sposób logiczny i konsekwentny, z poszanowaniem zasad ogólnosystemowych oraz z zachowaniem należytych aksjologicznych standardów. Niezgodne z tą zasadą byłoby więc wprowadzanie do obrotu prawnego przepisów (nawet jeśli celowość takich przepisów mogłaby się wydawać słuszną), które tworzą regulacje prawne niekonsekwentne i niedające się wytłumaczyć w zgodzie z innymi przepisami prawa. Celowość i ewentualna zasadność wprowadzania w życie danych regulacji prawnych nie może być wytłumaczeniem dla tworzenia prawa w sposób chaotyczny i przypadkowy. Dowolność i przypadkowość wprowadzanych w życie przepisów prawnych jest zatem złamaniem zasady poprawnej legislacji, które stanowi naruszenie art. 2 Konstytucji> (wyrok z 21 lutego 2006 r., sygn. K 1/05, OTK ZU nr 2/A/2006, poz. 18; podobnie m.in. wyrok z 23 października 2007 r., sygn. P 28/07, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 106).

Kolejnym ważnym elementem zasady przyzwoitej legislacji jest wymóg przestrzegania zasad racjonalności. W świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału racjonalność stanowionego prawa musi zostać uznana za składową przyzwoitej legislacji. Innymi słowy: legislacja nieracjonalna nie może być w demokratycznym państwie prawnym uznana za <przyzwoitą>, choćby nawet spełniała wszelkie formalne kryteria poprawności, na przykład w zakresie formy aktu czy trybu jego uchwalenia i ogłoszenia (...).

Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny zwracał konsekwentnie uwagę, że nie każde naruszenie zasad prawidłowej legislacji formułowanych przez doktrynę prawa stanowi jednocześnie naruszenie Konstytucji. Z dotychczasowych wypowiedzi Trybunału wynika, że przesłanką stwierdzenia niekonstytucyjności przepisu może być takie uchybienie rudymentalnym kanonom techniki prawodawczej, ujmowanym w postaci zasad przyzwoitej legislacji, które powoduje dowolność albo brak możliwości poprawnej logicznie i funkcjonalnie oraz spójnej systemowo interpretacji” (OTK ZU seria A nr 6/2010, poz. 59).

Biorąc pod uwagę treść zarzutów sformułowanych przez Rzecznika Praw Obywatelskich pod adresem art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. oraz powołane wyżej orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, konieczne należy ustalić znaczenie terminów „społeczna szkodliwość czynu” (w tym „znaczna społeczna szkodliwość”) oraz „prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego” (w tym „wysokie prawdopodobieństwo” popełnienia takiego czynu). Istotne będzie również przedstawienie metodologii procedowania sądu w postępowaniu w przedmiocie orzeczenia środka zabezpieczającego (jego wyboru i określenia sposobu wykonania).

Na wstępie należy podnieść, że do obligatoryjnych przesłanek orzeczenia środków zabezpieczających należy także przesłanka formalna - obowiązek wysłuchania przez sąd biegłego lub biegłych określonych specjalności. Wysłuchanie to musi nastąpić przed orzeczeniem wszystkich środków zabezpieczających, które zostały wymienione w art. 93a § 1 k.k., jak również nakazu lub zakazów z art. 39 pkt 2-3 k.k. W obowiązującym stanie prawnym wymóg ten „został określony w przepisach karnoprocesowych (art. 354a § 1 KPK). Nie budzi bowiem wątpliwości że zawiera **normę procesową** (...), a jednocześnie stanowi podstawę prawną **trybu powołania biegłych**” (komentarz J. Długosz do art. 93b k.k., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 32-116*, Tom II, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, op. cit., s. 571).

Opinia biegłych ma zatem istotne znaczenie w postępowaniu o zastosowanie środków zabezpieczających.

W doktrynie oraz zachowującym aktualność orzecznictwie sądowym na gruncie poprzedniego stanu prawnego (o czym szerzej w dalszej części niniejszego stanowiska) podkreśla się, że przedmiot takiej opinii jest ograniczony.

J. Długosz wskazuje, że „[o]pinia biegłych psychiatrów **zawierać ma medyczną ocenę określającą prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego lub czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości** (por. art. 93b § 1 *in fine*) w związku z niesprawnością psychiczną w jednej z postaci wymienionych w art. 93c, tj. chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym, innym zakłóceniem czynności psychicznych, zaburzeniem preferencji seksualnych, zaburzeniem osobowości o takim charakterze lub nasileniu, że sprzyja ono popełnianiu czynów łączących się z przemocą lub groźbą jej użycia, bądź też uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka. Dodatkową prognozę w zakresie oceny stanu zdrowia sprawcy określa - we wskazanych wypadkach (por. art. 354a § 1 pkt 3) - **biegły lekarz seksuolog** bądź **psycholog seksuolog**, a dotyczy ona prawdopodobieństwa ponownego popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych. Natomiast, jeśli prognozą objęte jest ponowne popełnienie czynu zabronionego w związku z uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka, to dodatkową opinię może sformułować **biegły w przedmiocie uzależnienia** (por. art. 354a § 1 *in fine*). Natomiast do **psychologa** należy określenie **prognozy społeczno-kryminologicznej** w oparciu o szeroką diagnozę osobowości sprawcy (...), która dotyczy przewidywanej poprawy zachowania sprawcy w stopniu umożliwiającym funkcjonowanie w społeczeństwie w sposób niestwarzający zagrożenia dla porządku prawnego. W tym kontekście wskazać także należy na postanowienie SA w Katowicach z 18.4.2001r. (II AKz 180/01, OSA 2001, Nr 10, poz. 64), w myśl którego

<zawężenie oceny stopnia prawdopodobieństwa ponownego popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego wyłącznie do oceny dokonywanej przez lekarzy psychiatrów nie jest pełną oceną istniejącej prognozy, na którą - poza stanem zdrowia sprawcy - nakładają się także inne czynniki życiowe i społeczne>” (*ibidem*, s. 571-572).

Jednocześnie w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że „[d]opuszczalność orzeczenia wobec sprawcy środka zabezpieczającego nie jest uzależniona od złożenia przez biegłych - na rozprawie lub posiedzeniu - zeznań określonej treści, gdyż **opinia biegłych nie wiąże sądu** (zob. wyr. SN z 7.11.2007 r., V KK 317/07, niepubl.). Jednakże każde orzeczenie sądu w przedmiocie zastosowania takiego środka powinno znaleźć swoje uzasadnienie oraz wynikać z treści opinii biegłych specjalistów z określonej dziedziny. Decyzja co do zasadności zastosowania danego środka zabezpieczającego należy jednak **wyłącznie do sądu** (zob. post. SN z 18.4.1996 r., V KKN 35/96, Prok. i Pr. - wkł. 1997, Nr 2, poz. 4), który podejmuje ją, korzystając z zasady swobodnej oceny dowodów. Opinia biegłych, choć obligatoryjna, jest bowiem tylko jednym z dowodów w sprawie i **podlega swobodnej ocenie organu procesowego**.

Jeżeli jednak sąd ma wątpliwości lub też nie zgadza się z oceną biegłego lub biegłych, leżącą w granicach wyłącznej kompetencji specjalistów danej dziedziny, to nie może on przyjąć w to miejsce własnej oceny, gdyż w ten sposób wstępowałby w rolę biegłego, do czego nie posiada kompetencji. Trafnie zwrócił na to uwagę SN w wyroku z 5.2.1969 r. (IV KR 218/68, OSNKW 1969, Nr 10, poz. 129), podnosząc, że <sąd (...) nie może odrzucić wszystkich opinii specjalistycznych i przyjąć w danej sprawie własne (odmienne) stanowisko>. W takiej sytuacji sąd zobowiązany jest zwrócić się do tych samych biegłych o ponowne wydanie opinii z uwzględnieniem przedstawionych przez sąd wątpliwości lub też wezwać innych biegłych do wydania opinii w tej samej sprawie. Jeżeli opinia drugiego zespołu biegłych okaże się sprzeczna z pierwszą, to sąd powinien zwrócić się o dodatkową opinię do trzeciego zespołu biegłych.

Natomiast nie zasługuje na aprobatę pogląd, by w takiej sytuacji sąd mógł według własnego uznania wybrać jedną z wydanych opinii w całości i tylko na jej podstawie dokonywał swoich ustaleń” (*ibidem*, s. 572).

Istotną przesłanką zastosowania środka zabezpieczającego jest nadto występowanie pozytywnej prognozy dotyczącej powodzenia leczenia i poprawy zachowania sprawcy czynu zabronionego. W ocenie J. Długosz, stwierdzenie występowania tej przesłanki „powinno stanowić dla sądu **warunek konieczny** stosowania środka zabezpieczającego. A zatem, mimo że przesłanka ta nie została w sposób jednoznaczny sformułowana, sąd powinien ją uwzględnić w oparciu o **ogólne dyrektywy wymiaru kary** (...). Natomiast w razie braku pozytywnych rokowań co do przyszłego procesu leczenia i poprawy zachowania zasadne wydaje się nieorzekanie stosowania tego środka. Jest to uzasadnione przekonaniem o niemożliwości zrealizowania **funkcji leczniczo-rehabilitacyjnej** związanej ze stosowaniem środka zabezpieczającego w sytuacji, gdy sprawca nie wyraża gotowości do podjęcia leczenia, odmawiając uczestniczenia w postępowaniu terapeutycznym, a nie jest możliwe - w drodze wysiłków terapeutycznych - pozytywne wpłynięcie na jego decyzję” (*ibidem*).

Stosując środek zabezpieczający w postaci umieszczenia sprawcy w zakładzie psychiatrycznym (art. 93g k.k.), sąd ustala, czy czyn sprawcy cechuje się znaczną społeczną szkodliwością, przy czym w doktrynie nie ma sporu co do tego, że, podobnie jak w poprzednim stanie prawnym, **istotne znaczenie dla tych rozważań ma treść art. 115 § 2 k.k.** (*vide* - komentarz J. Długosz do art. 93b k.k., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 32-116*, Tom II, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, op. cit., s. 567-568; komentarz A. Wilkowskiej-Płóciennik do art. 93g k.k., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. R. A. Stefańskiego, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2015, s. 589 i komentarz F. Ciepłego do art. 93g k.k., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. A. Grześkowiak i K. Wiaka, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2015, s. 618).

J. K. Gierowski i L. K. Paprzycki, komentując użyte w art. 94 § 1 k.k. wyrażenie „czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości” (obecnie art. 94 k.k. jest uchylony), który w poprzednim stanie prawnym brzmiał: „Art. 94. § 1. Jeżeli sprawca, w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1, popełnił czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości i zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że popełni taki czyn ponownie, sąd orzeka umieszczenie sprawcy w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym”, podnosili, że „[k]wantyfikatory stopnia społecznej szkodliwości określone zostały w art. 115 § 2 KK, pomieszczonym w rozdziale XIV, zawierającym objaśnienie wyrażeń ustawowych, przez stwierdzenie, że przy ocenie społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia” (*System Prawa Karnego. Środki zabezpieczające*, Tom 7, pod red. L. K. Paprzyckiego, Wydawnictwo C. H. BECK i Instytutu Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2012, s. 213-214).

Wskazując natomiast to, co decyduje o „znacznej” społecznej szkodliwości czynu zabronionego, powołani Autorzy wskazali, że „[o]dwołując się tylko do unormowań kodeksu i wykładni językowej, trzeba uznać, bez obawy popełnienia błędu, że <znaczna> społeczna szkodliwość jest wyższa niż <znikoma> społeczna szkodliwość, która decyduje, że taki czyn zabroniony nie stanowi przestępstwa (art. 1 § 2 KK), wyższa niż społeczna szkodliwość, którą ustawodawca określa w art. 59 § 1 KK oraz w art. 66 § 1 KK jako taką, która <nie jest znaczna> i pozwala odpowiednio odstąpić od wymierzenia kary albo warunkowo umorzyć postępowanie. W tych ostatnich wypadkach kolejne unormowania stanowią, że odstąpienia od wymierzenia kary oraz warunkowego umorzenia nie stosuje się wobec sprawcy przestępstwa zagrożonego karą przekraczającą 3 lata pozbawienia wolności. Zatem zakładając, co jest nie tylko konieczne, ale także na gruncie

obowiązującego Kodeksu karnego uzasadnione, racjonalność ustawodawcy, który nie posługuje się już innymi <iłościowymi> określeniami stopnia społecznej szkodliwości, że za czyn zabroniony, w tym wypadku niezawiniony, o <znacznej> szkodliwości społecznej, można uznać tylko taki czyn tego rodzaju, który jako przestępstwo zagrożony jest karą powyżej 3 lat pozbawienia wolności. Jednakże także w tej grupie czynów, zagrożonych nawet najsurowszą karą pozbawienia wolności, mogą być takie, których społeczna szkodliwość, wobec szczególnego wystąpienia kształtujących ją czynników w okolicznościach konkretnej sprawy, będzie niższa niż znaczna, co nie pozwoli orzec tego środka zabezpieczającego. Z drugiej jednak strony nie sposób wykluczyć oceny społecznej szkodliwości jako znacznej, na przykład w sytuacji, gdy sąd ocenia fakt popełnienia kilku albo większej liczby czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej 3 lat, gdy jednocześnie zachodzi wymagane przez ustawę prawdopodobieństwo popełnienia takiej samej albo większej liczby takich czynów w przyszłości. W tym ostatnim wypadku ocenie z punktu widzenia stopnia społecznej szkodliwości podlegają, oddzielnie, wszystkie dokonane i prawdopodobne czyny zabronione, z których każdy musi się odznaczać znacznym stopniem społecznej szkodliwości.

W orzecznictwie mówi się wówczas o znacznej wadze czynu, którego dotyczy rozpoznawana sprawa, z odniesieniem takiej oceny do przestępstwa określonego rodzaju, z czym wiąże się konkretna kwalifikacja prawna. Co więcej, przyjmowane jest szczególne kryterium, jakim jest ustalenie, że tego rodzaju środek zabezpieczający można orzec tylko wtedy, gdy sąd ustali zasadność wymierzenia za ten konkretny czyn bezwzględnej kary pozbawienia wolności, gdyby jego sprawca nie był niepoczytalny. Jeżeli to kryterium nie zostanie spełnione, to przymusowe umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym może nastąpić tylko na podstawie przepisów ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego” (*ibidem*, s. 214-215).

J. Długosz odnotowuje, że „Kodeks karny nie zawiera (...) ustawowej definicji, która wskazywałaby, kiedy stopień społecznej szkodliwości czynu należy uznać za <znaczny>” i wyraża pogląd, że „[w] celu oceny tego stopnia należy (...) posłużyć się kryteriami przewidzianymi w art. 115 § 2 (...). Ów szczególny stopień społecznej szkodliwości popełnionego przez sprawcę czynu należy więc każdorazowo wykazać, uzasadniając, dlaczego w konkretnej sytuacji uznaje się, że jest on <znaczny>, tzn. wyższy niż w przypadku <zwykłego> przestępstwa, gdzie wystarczające jest, aby stopień społecznej szkodliwości był wyższy niż znikomy. Ustalenie stopnia społecznej szkodliwości czynu jest istotne przede wszystkim ze względu na możliwe konsekwencje, tzn. potwierdzenie jego znaczości skutkuje - przy spełnieniu pozostałych przesłanek - faktycznym pozbawieniem wolności sprawcy poprzez przymusowe i bezterminowe umieszczenie go w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym (zob. także post. SA w Krakowie z 12.11.2002 r., II AKz 448/02, KZS 2002, Nr 11, poz. 9).

W orzecznictwie podnosi się, że celem wprowadzenia wymogu znacznego stopnia społecznej szkodliwości czynu jest wyeliminowanie sytuacji, w których dochodziłoby do stosowania powyższych środków wobec sprawców czynów o mniejszej szkodliwości społecznej, choćby rokowali oni powrót do takich czynów w przyszłości. Nie ma natomiast przeszkód, by wobec sprawców takich czynów stosować inne środki zabezpieczające, wymienione w art. 93a. Warto przy tym podkreślić, że czyn o znacznej społecznej szkodliwości nie musi koniecznie stanowić zbrodni, ponieważ istnieją także występki, które spełniają ten szczególny warunek w odniesieniu do indywidualnych okoliczności zdarzenia (zob. wyr. SA w Krakowie z 27.9.2001 r., II AKa 212/01, KZS 2001, Nr 10, poz. 21). Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie także w doktrynie, w której przyjmuje się, że katalog czynów, których społeczna szkodliwość jest znaczna, tworzą czyny zabronione charakteryzujące się poważnym charakterem, który nie może być uznany za błahy i drobny, a zatem zarówno poważniejsze występki, jak i zbrodnie, niekoniecznie jednak wyłącznie czyny o dużej dolegliwości dla

pokrzywdzonego (zob. Z Ćwiakalski, [w:] A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 1205 i n.).

Brzmienie komentowanego przepisu wyklucza natomiast możliwość orzekania pobytu w zakładzie psychiatrycznym sprawcy, który popełnił kilka drobnych czynów zabronionych, nawet jeśli wzięte razem mogłyby przesądzać o uznaniu go za niebezpiecznego” (komentarz J. Długosz do art. 93b k.k., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 32-116*, Tom II, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, op. cit., s. 567-568).

Nie jest też nowa kategoria „prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego”.

J. Majewski przypomina, że „posługiwały się nią uchylone przepisy art. 94 § 1 i art. 96 § 1, wprowadzie w nieco innym kontekście - nie jako jedna z miar odpowiedniości środka zabezpieczającego, lecz w opisie przesłanek orzekania określonych w nich środków zabezpieczających - ale nie zmienia to w niczym sposobu jej rozumienia. W obrębie art. 93b § 3 termin <prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego> należy wyklądać tak samo, jak należało go wyklądać na gruncie tamtych przepisów” (J. Majewski, komentarz do zmiany art. 93(b) Kodeksu karnego, [w:] *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1453813458792_1183606229).

Zdaniem J. K. Gierowskiego i L. K. Paprzyckiego, którzy komentowali art. 94 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym poprzednio, choć ustawodawca nie definiuje zawartego w tym przepisie wyrażenia „prawdopodobieństwo popełnienia ponownie czynu zabronionego jest wysokie”, to wykładnia językowa pozwala przyjąć, że „nie chodzi tu o niewielkie, a nawet przeciętne prawdopodobieństwo, które można by było określić jako sięgające 50%. <Wysokie> prawdopodobieństwo, a więc na pewno większe niż <przeciętne>. Zwracając uwagę na konsekwencje prawne takiej oceny, należy przyjąć, posługując się procentami, że nie powinno być ono niższe niż 75%, choć nie musi graniczyć z pewnością. Te rachunkowe odniesienia mają niewielką wartość

praktyczną a wyrażają jedynie pewną sugestię, którą powinni mieć na uwadze opiniujący - wysłuchiwanie biegli psychiatrzy i psycholodzy, a przede wszystkim orzekające w tym przedmiocie sądy.

Ten środek zabezpieczający (umieszczenie sprawcy w zakładzie psychiatrycznym - przyp. wł.) orzeka się tylko wtedy, gdy prawdopodobieństwo ponownego popełnienia dotyczy <takiego czynu>, jaki został popełniony w stanie niepoczytalności. Można by z tego wyprowadzić wniosek, że z jednej strony ten prawdopodobny czyn powinien należeć do czynów zabronionych stanowiących przestępstwo tego samego rodzaju, nawet skierowane przeciwko temu samemu lub podobnemu rodzajowo dobru chronionemu prawem, a z drugiej - jego społeczna szkodliwość powinna być co najmniej znaczna.

Za takim rozumieniem tego unormowania przemawiają względy gwarancyjne i wówczas, jeżeli chodzi o pozostałe czyny o znacznym stopniu społecznej szkodliwości, miałyby zastosowanie ustawa z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (art. 21) [chodzi o ustawę dnia z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, tekst jednolity - Dz. U. z 2011 r. Nr 231, poz. 1375 ze zm., dalej: ustawa o ochronie zdrowia psychicznego - przyp. wł.). Zgodzić się jednak trzeba z poglądem, powszechnym w orzecznictwie i piśmiennictwie, że <taki czyn> to czyn każdego rodzaju o co najmniej znacznej społecznej szkodliwości społecznej” (*System Prawa Karnego. Środki zabezpieczające*, Tom 7, pod red. L. K. Paprzyckiego, op. cit., s. 216-217).

Z kolei J. Długosz, komentując użyte w art. 93g § 1 k.k. wyrażenie „wysokie prawdopodobieństwo ponownego popełnienia czynu”, stwierdziła, że „sąd podejmując decyzję o zastosowaniu izolacyjnego środka zabezpieczającego wobec sprawcy niepoczytalnego, musi rozważyć, czy prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przez tego sprawcę czynu zabronionego o znacznej szkodliwości społecznej, związanego z jego niesprawnością psychiczną w postaci choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego, jest na tyle wysokie, że tylko zastosowanie środka o charakterze izolacyjnym może temu zapobiec. Warto

zauważyć, że zastosowany termin jest tożsamy z określeniem, jakim prawodawca posługiwał się w poprzednim stanie prawnym (por. art. 94 § 1, art. 96 § 1). Warto przy tym wskazać, że prawdopodobieństwo definiowane jest jako: <możliwość, szansa wydarzenia się czegoś> (por. *E. Sobol* (red.), Nowy słownik języka polskiego, Warszawa 2002, s. 646; *E. Sobol* (red.), Słownik wyrazów obcych. Wydanie nowe, Warszawa 1997 s. 985; *E. Sobol* (red.), Wielki słownik wyrazów obcych. PWN, Warszawa 2003, s. 114). Wykładnia językowa tego pojęcia zdaje się zatem nie budzić wątpliwości. (...)

Podkreślenia wymaga, że ocena **<wysokiego prawdopodobieństwa>** musi wynikać z **całokształtu okoliczności** towarzyszących popełnieniu czynu zabronionego i jest dokonywana przez **sąd** w toku postępowania, a nie przez biegłych. Oznacza to, że sąd nie może opierać się jedynie na opinii biegłych lekarzy psychiatrów oraz biegłego psychologa, analizujących stan zdrowia psychicznego sprawcy i formułujących medyczną prognozę dotyczącą prawdopodobieństwa ponownego popełnienia przez sprawcę określonego czynu, lecz musi uwzględniać dotychczasową linię życia sprawcy, jego uprzednią karalność oraz obecną sytuację życiową, połączoną z prognozowaniem odnośnie do ewentualności ponownego popełnienia takiego czynu zabronionego (zob. post. SA w Krakowie z 12.11.2002 r., II AKz 448/02, KZS 2002, Nr 11, poz. 9; post. SA w Katowicach z 18.4.2001 r., II AKz 180/01, OSA 2001, Nr 10, poz. 64). Przesłanka ta ma więc **charakter stricte ocenny**, tzn. z oceny konkretnej sytuacji musi wynikać, że pozostawanie sprawcy na wolności uzasadnia wysokie prawdopodobieństwo ponownego popełnienia czynu zabronionego o znacznej szkodliwości społecznej, związanego z jego niepoczytalnością powodowaną chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym. Orzeczenie sądu w przedmiocie internowania sprawcy w odpowiednim zakładzie musi zatem zapaść w rezultacie przyjęcia, że zarówno stan zdrowia sprawcy, jak i dotyczące go okoliczności przeszłe, obecne i przyszłe jednoznacznie wskazują na wysokie prawdopodobieństwo ponownego popełnienia takiego czynu (w odniesieniu do

poprzedniego stanu prawnego Z. *Ćwiąkowski* określa je jako **<praktyczną pewność>**, zob. Z. *Ćwiąkowski*, [w:] A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 1212). W podobny sposób przesłankę tę na gruncie poprzedniej regulacji interpretuje B. *Kolasiński*, który przyjmuje, że ocena stopnia prawdopodobieństwa jest w istocie **prognozą** dotyczącą zachowania sprawcy czynu zabronionego w przyszłości, opierającą się zarówno na ustaleniach dotyczących postawionego mu zarzutu, jak i dotyczących stanu zdrowia psychicznego, a więc na wyczerpująco zebranym materiale osobopoznawczym (zob. B. *Kolasiński*, Glosa do post. SN z 11.12.1998 r., III KKN 219/97, Prok. i Pr. 2000, Nr 11, s. 100 i n.). W tym kontekście należy także wskazać na trafne stanowisko wyrażone przez SN, w którym podnosi się, że pozbawienie człowieka wolności poprzez umieszczenie go w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym na leczenie powinno być zawsze poprzedzone dogłębną analizą okoliczności uzasadniających konieczność sięgania po ten środek zabezpieczający i przede wszystkim ustaleniami wskazującymi na jego niezbędność (zob. post. SN z 3.11.1999 r., V KKN 421/99, Prok. i Pr. - wkł. 2000, Nr 2, poz. 4).

Prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości musi być **realne**, tzn. musi wynikać ze znacznego stopnia możliwości jego urzeczywistnienia.

W charakterze przykładu można przywołać tu postanowienie SA w Krakowie, który przyjął, że bezkrytyczna postawa sprawcy w odniesieniu do własnych wcześniejszych doznań psychotycznych, niedostrzeganie potrzeby leczenia się i brak zamiaru podjęcia leczenia po zwolnieniu ze szpitala statuuja - choćby ze względu na możliwość nawrotu jego choroby i płynących z niej zachowań agresywnych - wysokie prawdopodobieństwo popełnienia przezeń czynu podobnego do tego, który jest podstawą internowania go (zob. post. SA w Krakowie z 6.12.2000 r., II AKz 460/00, KZS 2000, Nr 12, poz. 26).

Sytuacja, w której stopień społecznej szkodliwości czynu jest wprawdzie znaczny, lecz nie ma podstaw, by sądzić, że prawdopodobieństwo popełnienia

takiego czynu ponownie jest realne, **wyklucza** zatem możliwość zastosowania wobec sprawcy środka zabezpieczającego polegającego na internowaniu go w zakładzie psychiatrycznym” (komentarz J. Długosz do art. 93g k.k., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 32-116*, Tom II, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, op. cit., s. 594-595).

Biorąc pod uwagę powołane wyżej orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz orzecznictwo sądowe, a także poglądy doktryny, należy dojść do wniosku, że wywiązanie się przez sąd z obowiązku określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia, w procedurze stosowania prawa jest możliwe i w praktyce miało i ma miejsce.

Znaczenie pojęć: „stopień społecznej szkodliwości czynu zabronionego” oraz „prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego o określonej społecznej szkodliwości” zostało bowiem ukształtowane w doktrynie oraz zachowującym aktualność orzecznictwie sądowym ukształtowanym w poprzednim stanie prawnym.

Przede wszystkim - na gruncie obowiązujących od dnia 1 lipca 2015 r. przepisów o środkach zabezpieczających nie trzeba reinterpretować pojęcia „społeczna szkodliwość czynu zabronionego”, czego obawia się Rzecznik Praw Obywatelskich.

W dalszym ciągu istotne znaczenie dla określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu (w tym szkodliwości znacznej) ma bowiem treść art. 115 § 2 k.k.

Nie uległ też zmianie sposób rozumienia przesłanki „prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego”. Ocena stopnia prawdopodobieństwa jest w istocie prognozą dotyczącą zachowania sprawcy czynu zabronionego w przyszłości, opierającą się zarówno na ustaleniach dotyczących postawionego mu zarzutu, jak i dotyczących stanu zdrowia

psychicznego, a więc na wyczerpująco zebranych materiale osobopoznawczym (*vide* - powołany wcześniej komentarz J. Długosz do art. 93g k.k., w którym Autorka przypomniała interpretację przesłanki „stopnia prawdopodobieństwa” przyjmowaną przez B. Kolasińskiego).

Istotne jest również i to, że każdy środek zabezpieczający (nie tylko umieszczenie sprawcy w zakładzie psychiatrycznym - *vide* cytowany wcześniej komentarz J. K. Gierowskiego i L. K. Paprzyckiego do art. 94 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed 1 lipca 2015 r.) orzeka się tylko wtedy, gdy prawdopodobieństwo ponownego popełnienia dotyczy „takiego czynu”, jaki został popełniony w stanie niepoczytalności, zaś „taki czyn” to czyn każdego rodzaju, którego stopień społecznej szkodliwości jest wyższy niż znikomy (art. 93b § 3 k.k.) albo czyn każdego rodzaju o co najmniej znacznej społecznej szkodliwości (art. 93g k.k.)

Niemniej najważniejsze dla oceny zgodności art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k., w zaskarżonym zakresie, z zasadą określoności przepisów prawa, a w konsekwencji także z zasadą poprawnej legislacji oraz zasadą zaufania obywatela do państwa i stanowionego prawa, są warunki, w jakich sąd orzeka w przedmiocie zastosowania (wyboru, określenia sposobu wykonania) środka zabezpieczającego.

Na wstępie należy podkreślić, że istotne znaczenia przy orzekaniu sądu w przedmiocie środków zabezpieczających (ich doboru i określenia sposobu wykonania) ma opinia biegłych określonych specjalności, **ograniczona jednak** (co jest zrozumiałe) tylko do medycznej oceny wskazującej na prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego lub czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości w związku z niesprawnością psychiczną sprawcy w jednej z postaci tej niesprawności, wymienionych w art. 93c k.k.

Dodatkowo w doktrynie zwraca się uwagę (*vide* - cytowany wcześniej - komentarz J. Długosz do art. 93b k.k.) na znaczenie dla tego rodzaju rozstrzygnięć

sądu opinii biegłego psychologa, do którego należy prognoza społeczno-kryminologiczna w oparciu o szeroką diagnozę osobowości sprawcy, która dotyczy przewidywanej poprawy jego zachowania w stopniu umożliwiającym funkcjonowanie w społeczeństwie w sposób niestwarzający zagrożenia porządku prawnego.

Mimo iż sąd nie jest związany opinią (opiniami) biegłych, to zastosowanie środka zabezpieczającego (jego dobór oraz sposób wykonania) powinien wynikać z treści opinii biegłych (znaleźć w niej swoje uzasadnienie). Własne, odmienne od zawartego w opinii biegłych, stanowisko sądu jest niedopuszczalne.

Reasumując tę część rozważań, należy stwierdzić, że użyte w treści art. 93b § 3 k.k. oraz art. 93g k.k. sformułowania w postaci stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia są na tyle precyzyjne i jasne, że umożliwiają sądowi, korzystającemu z opinii biegłych odpowiednich specjalności, właściwe rozstrzygnięcie w przedmiocie środka zabezpieczającego w konkretnej sprawie, co jednocześnie oznacza, że powołane wyżej przepisy w zakresie, w jakim nakładają na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości, są zgodne z art. 2 Konstytucji.

Reasumując całość rozważań, dotyczących art. 93b § 3 k.k. oraz art. 93g k.k., w zaskarżonym przez Rzecznika Praw Obywatelskich zakresie, należy stwierdzić, że w tym zakresie przepisy te są zgodne z art. 2, art. 30 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 oraz nie są niezgodne z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Ocena zgodności art. 93d § 5 k.k. - w zakresie, w jakim przepis ten przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary

- z art. 42 ust. 1, art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 2 i art. 30 Konstytucji.

Art. 93d k.k. ma następujące brzmienie:

„Art. 93d. § 1. Czasu stosowania środka zabezpieczającego nie określa się z góry.

§ 2. Uchylając środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, sąd może orzec jeden lub więcej ze środków zabezpieczających, o których mowa w art. 93a § 1 pkt 1-3.

§ 3. Sąd ustala potrzebę i możliwości wykonania orzeczonego środka zabezpieczającego nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności.

§ 4. Jeżeli wobec sprawcy wykonywana jest kara pozbawienia wolności, środki zabezpieczające, o których mowa w art. 93a § 1 pkt 1-3, można orzec również do czasu wykonania tej kary, jednak nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności.

§ 5. Jeżeli sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary lub warunkowym zwolnieniu, chyba że ustawa stanowi inaczej (podkr. wł.).

§ 6. Jeżeli zachowanie sprawcy po uchyleniu środka zabezpieczającego wskazuje, że zachodzi konieczność stosowania środków zabezpieczających, sąd, nie później niż w ciągu 3 lat od uchylenia środka, może ponownie orzec ten sam środek zabezpieczający lub inny środek, o którym mowa w art. 93a § 1 pkt 1-3.”.

Niniejszy przepis szczegółowo określa reguły dotyczące czasu orzekania i stosowania środków zabezpieczających wymienionych w art. 93a.

Komentując art. 93d k.k., J. Majewski wyjaśnił, że „[p]rzepis art. 93d § 1 normuje czas stosowania środków zabezpieczających, stanowiąc, że nie określa

się go z góry. Utrzymuje zatem w pełnym zakresie dotychczasową regułę, że środki te orzeka się bezterminowo (...)

Zgodnie z art. 93b § 2 sąd ma obowiązek uchylić środek zabezpieczający, gdy dalsze jego stosowanie nie jest już konieczne. Dotyczy to również pobytu w zakładzie psychiatrycznym. (...)

Przepis art. 93d § 5 ustanawia zasadę, że w razie skazania sprawcy na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania albo karę izolacyjną surowszego rodzaju, orzeczony wobec niego środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary lub warunkowym zwolnieniu, zastrzegając jednocześnie, że od zasady tej mogą być wyjątki (<chyba że ustawa stanowi inaczej>). *De lege lata* jedyny taki wyjątek, gdy chodzi o kodeksowe środki zabezpieczające, ustanawia art. 202a § 1 k.k.w., dodany przez nowelę z dnia 20 lutego 2015 r., w odniesieniu do środka w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym orzeczonego wobec sprawców, o których mowa w art. 93c pkt 2. (...)

Z zasadą, że w razie skazania sprawcy na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania albo na karę izolacyjną surowszego rodzaju orzeczony wobec niego środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary lub warunkowym zwolnieniu, **związane jest unormowanie art. 93d § 3** (podkr. wł.). Wymieniony przepis nakłada obowiązek, by sąd nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności ustalił potrzebę i możliwości wykonania orzeczonego środka zabezpieczającego. Chodzi naturalnie o środek zabezpieczający orzeczony w wyroku skazującym. *Ratio legis* analizowanego unormowania nietrudno uchwycić: w okresie między wydaniem wyroku skazującego a czasem bezpośrednio poprzedzającym przewidywane zakończenie odbywania przez sprawcę wymierzonej mu kary pozbawienia wolności lub warunkowe zwolnienie z odbycia reszty tej kary okoliczności, które rzutują na potrzebę i możliwości stosowania wobec sprawcy orzeczonego w wyroku skazującym środka

zabezpieczającego, mogą ulec zmianom, i to istotnym; szczególnie wtedy, gdy ów okres jest dłuższy.

Badając <potrzebę (...) wykonania orzeczonego środka zabezpieczającego>, sąd powinien przeprowadzić test konieczności (art. 93b § 1) oraz odpowiedniości (art. 93b § 3). Jeżeli w toku tego badania ustali on, że w świetle aktualnych okoliczności stosowanie orzeczonego środka zabezpieczającego nie jest konieczne, powinien go uchylić. Jeżeli z kolei okaże się, że orzeczony środek zabezpieczający przestał być odpowiedni, powinien zamienić go na inny. Tak samo powinien postąpić, jeżeli oceni, że wykonanie orzeczonego środka zabezpieczającego byłoby niemożliwe.

Przed 1 lipca 2015 r. obowiązywała bezwyjątkowa reguła, że wobec osób, które popełniły przestępstwo, środki zabezpieczające wolno orzec tylko w wyroku skazującym. Przepis art. 93d § 4 wprowadza w niej istotny wyłom, zezwalając w określonym zakresie na orzekanie takich środków po raz pierwszy dopiero w postępowaniu wykonawczym. Rzeczony przepis przewiduje mianowicie, że jeżeli wobec sprawcy wykonywana jest kara pozbawienia wolności, środki zabezpieczające, o których mowa w art. 93a § 1 pkt 1–3, można orzec również do czasu wykonania tej kary, jednak nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności. W motywach ustawodawczych uelastycznienie dotychczas stosowanych rozwiązań w zakresie środków zabezpieczających na rozważanym odcinku tłumaczy się dobrem sprawcy, wskazując że w świetle opinii psychologów <często w przypadku osób z niepsychotycznymi zaburzeniami psychicznymi, kończących odbywanie kary, (...) konieczne jest wprowadzenie dodatkowego czynnika umacniającego prawidłowe postępowanie danej osoby>. Komentowane unormowanie ma zawierać <paternalistyczny element nakierowany na przeciwdziałanie powrotowi do przestępstwa> (*Uzasadnienie rządowego projektu...*, pkt IV).

Wyraz <również>, użyty w zwrocie <można orzec również do czasu wykonania tej kary>, podkreśla, że także wobec sprawców, do których może mieć zastosowanie komentowany przepis (...), zasadą pozostaje orzekanie środków zabezpieczających w orzeczeniu kończącym postępowania karne o czyn zabroniony dający formalną podstawę do stosowania tych środków.

Warunek odbywania przez sprawcę kary pozbawienia wolności, jaki stawia się w art. 93d § 4, wyłącza stosowanie instytucji określonej w tym przepisie do sprawców określonych w art. 93c pkt 1. Wobec tej kategorii sprawców nowela z dnia 20 lutego 2015 r. utrzymała dotychczasową regułę, że orzeczenie środka zabezpieczającego po raz pierwszy może nastąpić tylko w orzeczeniu kończącym postępowania karne o czyn zabroniony, który stwarza formalną podstawę do jego stosowania.

W art. 93d § 4 jest mowa o sprawcy, wobec którego <wykonywana jest kara pozbawienia wolności>, nie zaś jak np. w art. 93d § 5 o sprawcy, który <został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania> i odbywa tę karę. Oznacza to, że przewidziana w nim możliwość orzeczenia środka zabezpieczającego po raz pierwszy w postępowaniu wykonawczym dotyczy nie tylko sprawców skazanych na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, lecz także sprawców, którym wymierzono karę tego rodzaju z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, ale aktualnie odbywają ją na skutek zarządzenia jej wykonania w związku z negatywnym wynikiem próby.

Na podstawie art. 93d § 4 wolno orzec jedynie <środki zabezpieczające, o których mowa w art. 93a § 1 pkt 1–3>, tj. elektroniczną kontrolę miejsca pobytu, terapię lub terapię uzależnień. Przewidziana w tym przepisie możliwość orzeczenia środka zabezpieczającego po raz pierwszy w postępowaniu wykonawczym nie dotyczy ani pobytu w zakładzie psychiatrycznym, ani nakazu i zakazów wymienionych w art. 39 pkt 2–3. W odniesieniu do tych środków nowela z dnia 20 lutego 2015 r. utrzymała dotychczasową regułę, że orzeczenie

środka zabezpieczającego po raz pierwszy może nastąpić tylko w orzeczeniu kończącym postępowania karne o czyn zabroniony, który stwarza formalną podstawę do jego stosowania.

Zezwalając na orzekanie środków zabezpieczających, o których mowa w art. 93a § 1 pkt 1–3, wobec sprawców, w stosunku do których wykonywana jest kara pozbawienia wolności, po raz pierwszy dopiero w postępowaniu wykonawczym, art. 93d § 4 zastrzega jednocześnie przedział czasu, w którym może to nastąpić. Cezurę końcową wyznacza tu wykonanie kary pozbawienia wolności (<...do czasu wykonania tej kary...>), natomiast cezurę początkową data, którą dzieli 6 miesięcy od daty przewidywanego warunkowego zwolnienia lub odbycia kary pozbawienia wolności (<...nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności>).

Orzeczenie wobec sprawcy środka zabezpieczającego na podstawie art. 93d § 4 już po odbyciu przez niego orzeczonej wobec niego kary pozbawienia wolności stanowiłoby rażące naruszenie tego przepisu.

Wyrażony w art. 93d § 4 warunek, by wobec sprawcy była wykonywana kara pozbawienia wolności, wyłącza orzekanie środka zabezpieczającego na podstawie tego przepisu wobec sprawców, którzy aktualnie korzystają z dobrodziejstwa warunkowego zwolnienia.

W razie orzekania środków zabezpieczających po raz pierwszy w postępowaniu wykonawczym, na podstawie art. 93d § 4, sąd jest związany zasadami konieczności i proporcjonalności (odpowiedniości), wyrażonymi odpowiednio w art. 93b § 1 i 3. Pełne zastosowanie znajduje tu również zasada dopuszczalności łączenia środków zabezpieczających, ustanowiona w art. 93b § 4” (J. Majewski, *Komentarz do zmiany art. 93(d) Kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, http://lex.lex/content.rpc?reqId=1453813497875_353838260).

Komentując ten przepis, J. Długosz podkreśliła, że „[o]дноśnie do czasu orzekania środków zabezpieczających komentowana regulacja przewiduje następujące zasady:

- 1) orzeczenie wolnościowych środków zabezpieczających (zob. art. 93a § 1 pkt 1-3) może nastąpić w wyroku skazującym bądź w trakcie wykonywania kary pozbawienia wolności, tj. przed ukończeniem jej wykonywania (...);
- 2) orzeczenie izolacyjnego środka zabezpieczającego (zob. art. 93a § 1 pkt 5) może nastąpić wyłącznie w wyroku skazującym (...). [...]

Istotne novum w porównaniu z poprzednim stanem prawnym stanowi (...) regulacja § 4. Stanowi on, że wolnościowe środki zabezpieczające, określone w art. 93a § 1 pkt 1-3, mogą być orzeczone także w trakcie odbywania kary pozbawienia wolności, tj. do czasu wykonania tej kary, a więc w toku postępowania wykonawczego. Jest to jednak możliwe nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności. Warunkiem jest tu rzecz jasna uprzednie orzeczenie kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Jak podkreśla prawodawca, ratio legis tej instytucji wynika z faktu, że - w przeciwieństwie do obowiązującego poprzednio stanu prawnego, który ustanawiał prymat środków izolacyjnych nad wolnościowymi - obecna regulacja daje sądowi do dyspozycji znacznie więcej środków wolnościowych, które można orzekać zarówno w wyroku skazującym, jak też - wobec sprawców, w stosunku do których orzeczono karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania - do czasu wykonania tej kary, a zatem w postępowaniu wykonawczym. Rozwiązanie to jest zatem istotne z perspektywy sprawcy, ma bowiem na celu przeciwdziałanie powrotowi do przestępstwa. Ma to znaczenie terapeutyczne, zwłaszcza wobec osób z zaburzeniami osobowości, kończących odbywanie kary pozbawienia wolności, w przypadku których istnieje przekonanie o konieczności <wprowadzenia dodatkowego czynnika umacniającego prawidłowe postępowanie danej osoby> (por. uzasadnienie projektu, s. 35). [...]

W § 2 komentowanego przepisu określono szczegółową zasadę dotyczącą środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, określonego w art. 93 a § 1 pkt 5 (...). Brzmienie tej regulacji nie pozostawia wątpliwości co do tego, że środek w postaci umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym można orzec wyłącznie w wyroku skazującym. Nie ma zatem możliwości orzeczenia go w postępowaniu wykonawczym, tj. po prawomocnym zakończeniu postępowania karnego” (komentarz J. Długosz do art. 93d k.k., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 32-116*, Tom II, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, op. cit., s. 584-585).

Jako wzorce kontroli zaskarżonej regulacji Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał art. 42 ust. 1, art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 2 i art. 30 Konstytucji.

W zakresie wzorca kontroli z art. 42 ust. 1 Konstytucji zachowują aktualność argumenty i wnioski zawarte w poprzednim fragmencie niniejszego stanowiska, odnoszące się do kontroli zgodności z Konstytucją art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k.

Jako podstawowy wzorzec kontroli zaskarżonej regulacji Rzecznik wskazał art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W uzasadnieniu tej części wniosku Rzecznik Praw Obywatelskich stwierdził, że „nie można odnaleźć argumentów z perspektywy kryterium konieczności, które usprawiedliwiałyby wprowadzenie zasady polegającej na stosowaniu środków zabezpieczających dopiero po odbyciu kary pozbawienia wolności. Być może inaczej należałoby ten problem oceniać, gdyby ustawodawca taką konstrukcję wprowadził na zasadzie wyjątku” i wyraził pogląd, że „okres pozbawienia wolności jest czasem, kiedy skazany pozostaje w dyspozycji władzy publicznej. Jak się wydaje, jest to najlepszy czas, w którym można stosować wobec niego środki zabezpieczające, nie przedłużając mu faktycznego pozbawienia lub ograniczenia wolności. Nawet, jeżeli nie ma możliwości

skutecznego oddziaływania na sprawcę w warunkach pozbawienia wolności, można przenieść sprawcę do warunków właściwych środkom zabezpieczającym i zaliczyć ten czas na poczet odbywanej kary (np. na zasadzie art. 202a § 2 k.k.w.)” [uzasadnienie wniosku, s. 34].

Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy zasadniczej, „[k]ażdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie.”.

W wyroku z dnia 26 marca 2013 r., w sprawie o sygn. akt K 11/12, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „*[n]ietykalność osobista i wolność osobista należą do katalogu najbardziej fundamentalnych praw człowieka i są silnie powiązane z prawem do bezpieczeństwa osobistego, statutowanego w licznych aktach prawnomiędzynarodowych: Powszechnej deklaracji praw człowieka uchwalonej 10 grudnia 1948 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ (art. 3), Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm. - art. 5 ust. 1 zdanie pierwsze) oraz Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych, otwartym do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 - art. 9 ust. 1 zdanie pierwsze). Nietykalność osobistą i wolność osobistą w kontekście prawa do bezpieczeństwa osobistego należy rozumieć jako wolność każdego od arbitralności organów władzy publicznej, chroniącą każdego od strachu przed własnym państwem (por. wyrok z 1 marca 2011 r., sygn. P 21/09, OTK ZU nr 2/A/2011, poz. 7, cz. III, pkt 4.2.2.5).*

W wyrokach w sprawach o sygn. U 5/07 i K 10/11 Trybunał stwierdził, że z art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji wynika nakaz skierowany do ustawodawcy, aby pozbawienie lub ograniczenie wolności osobistej było regulowane tylko na zasadach i w trybie określonym w ustawie. Do podstaw legalnej ingerencji w wolność osobistą, zgodnej z art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji, należą wszystkie przesłanki bezpośrednio określające ingerencję w tę wolność, a w szczególności: określenie podmiotu, który podejmuje decyzję o

ograniczeniu wolności osobistej, określenie osób, w stosunku do których decyzja o ograniczeniu wolności osobistej może być podejmowana, oraz zdefiniowanie istotnych cech tych osób, w tym ich statusu prawnego, ich zachowania, sytuacje, w której się znajdują (podkr. wł.). Z kolei przez tryb ograniczania wolności osobistej, o którym mowa w art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji, należy rozumieć regulowany ustawowo sposób postępowania (procedurę) podmiotu upoważnionego ustawowo do decydowania o ograniczaniu wolności osobistej” (OTK ZU seria A nr 3/2013, poz. 28).

W wyroku z dnia 11 października 2011 r., w sprawie o sygn. akt K 16/10, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „art. 41 ust. 1 Konstytucji gwarantuje każdemu nietykalność osobistą i wolność osobistą, zastrzegając, że pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonym w ustawie. Odczytanie treści normatywnej tego przepisu należy rozpocząć od przybliżenia pojęcia wolności osobistej. Charakteryzuje się ją jako możliwość podejmowania przez jednostkę decyzji zgodnie z własną wolą, dokonywania swobodnego wyboru postępowania w życiu publicznym i prywatnym, nieograniczonego przez inne osoby (podkr. wł.). Wolność jednostki - w świetle obowiązujących standardów konstytucyjnych - postrzegana jest jako fundamentalna wartość społeczeństwa demokratycznego, przysługująca jednostce z natury, niepodważalna i niezbywalna, będąca źródłem rozwoju jej osobowości, pomyślności osobistej i postępu społecznego (...). Również SN podkreślił, odwołując się do art. 17 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167) oraz art. 8 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.), że w demokratycznym państwie prawnym wolność jest chroniona w sposób szczególny, w tym także wolność życia prywatnego oraz autonomia dokonywanych wyborów, jako jedna z fundamentalnych zasad współczesnej doktryny praw człowieka, powierzona specjalnej opiece państwa także przez Konstytucję w art. 41 ust. 1 i art. 47 (...).

*Nietykalność osobistą w rozumieniu art. 41 ust. 1 Konstytucji określa się z kolei jako <zagwarantowaną możliwość utrzymywania przez jednostkę swej tożsamości i integralności tak fizycznej, jak i psychicznej oraz zakaz jakiegokolwiek, bezpośredniej i pośredniej ingerencji z zewnątrz, naruszającej tę integralność> (komentarz P. Sarneckiego do art. 41, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003 - przyp. wł.). (...) nietykalność osobista ma wymiar cielesny i duchowy, ponieważ tożsamość istoty ludzkiej definiują łącznie ciało i psychika. Wartość ta wiązana jest z ideą godności człowieka, o której stanowi art. 30 Konstytucji.*

Analizowane pojęcia pozostają ze sobą w ścisłym związku, do istnienia którego Trybunał odnosił się już we wcześniejszych orzeczeniach, odróżniając aspekt pozytywny i negatywny wolności jednostki. Ten pierwszy polega na swobodzie kształtowania swoich zachowań w dowolnej sferze - prawie wyboru takich form aktywności, które danej osobie najbardziej odpowiadają, oraz na swobodzie decyzji o niepodejmowaniu jakiegokolwiek działalności. Aspekt negatywny wolności jednostki polega na prawnym obowiązku powstrzymania się - przez kogokolwiek - od ingerencji w sferę dla niej zastrzeżoną. Obowiązek taki ciąży na państwie i na innych podmiotach. Przy takim rozumieniu wolności, pojęcie <wolności osobistej> pokrywa się z jej aspektem pozytywnym, chroniącym najszerzej ujmowaną możliwość realizacji woli człowieka i swobody wyboru sposobu postępowania. Natomiast nietykalność osobista stanowi jej aspekt negatywny, gwarantujący <wolność od> wkraczania w sferę integralności wewnętrznej i zewnętrznej każdego człowieka. W świetle zaprezentowanej wykładni art. 41 ust. 1 Konstytucji poszanowanie nietykalności osobistej jest gwarancją realizacji wolności osobistej. Mając to na uwadze, Trybunał doszedł do przekonania, że ustawodawca może ograniczyć wolność osobistą, pod warunkiem dochowania nie tylko wszystkich wymagań art. 31 ust. 3 Konstytucji, odnoszących się do ograniczania każdego prawa lub wolności konstytucyjnej, lecz

ponadto - pod szczególnym warunkiem, wynikającym z art. 41 ust. 1 Konstytucji - respektowania nietykalności osobistej” (OTK ZU seria A nr 8/2011, poz. 80).

Jednocześnie w swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że wolność osobista nie ma wymiaru absolutnego.

Pogląd ten Trybunał zawarł choćby w wyroku z dnia 6 października 2009 r., w sprawie o sygn. akt SK 46/07, gdzie dodatkowo stwierdził, że „*[j]ak słusznie zauważono w doktrynie prawa konstytucyjnego, <możliwość określania swego zachowania i postępowania istnieje jedynie w granicach powszechnie obowiązujących norm prawnych>. W tych granicach <jednostka nie potrzebuje już dalszych, szczegółowych upoważnień do działania i jest prawnie swobodna w wyborze swej drogi życiowej i codziennego postępowania, jak i zachowania się we wszelkich przejawach swego życia (prywatnego i publicznego)>* (komentarz P. Sarneckiego do art. 41, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003 - przyp. wł.). *Stąd, zgodnie ze zdaniem drugim art. 41 ust. 1, pozbawienie lub ograniczenie wolności osobistej może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie*” (OTK ZU seria A nr 9/2009, poz. 132).

Mając na uwadze powołane orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz komentarze przedstawicieli doktryny do art. 93d k.k., należy dojść do następujących wniosków.

Treść zarzutu Wnioskodawcy pod adresem art. 93d § 5 k.k. wskazuje, że zarzut ów wynika z przekonania, iż środki zabezpieczające są środkami o charakterze karnym (represyjnym). Stąd zapewne postulat Rzecznika, aby okres przebywania sprawcy w zakładzie psychiatrycznym mógł być zaliczany na poczet kary pozbawienia wolności, podobnie jak ma to miejsce w przypadku sprawcy, o którym mowa w art. 93c pkt 2 k.k. (*vide* - art. 202a § 1 i 2 k.k.w.) [wydaje się, że w tej regulacji zakradł się błąd, popełniony przez Ustawodawcę, polegający na

odwołaniu do art. 93c pkt 2 k.k. zamiast do art. 93c pkt 5 k.k., o czym szerzej w dalszej części niniejszego stanowiska].

Tymczasem środki zabezpieczające, w tym również środki o charakterze izolacyjnym, nie mają charakteru represyjnego (art. 42 ust. 1 Konstytucji, o czym wcześniej była mowa, nie ma do nich zastosowania), zaś przewidziana w art. 202a § 2 k.k.w. możliwość zaliczenia okresu pobytu skazanego w zakładzie psychiatrycznym dotyczy ściśle określonego podmiotu - sprawcy przestępstwa popełnionego w stanie ograniczonej poczytalności, o której mowa w art. 31 § 2 k.k. (i właśnie tego przypadku dotyczy zawarte w końcowym fragmencie art. 93d § 5 k.k. wyrażenie „chyba że ustawa stanowi inaczej”).

W art. 202a § 2 k.k.w. zachowano jednak możliwość wykonywania izolacyjnego środka zabezpieczającego także po wykonaniu kary pozbawienia wolności, z tym że w tym przypadku zaliczenie pobytu w zakładzie psychiatrycznym na poczet orzeczonej kary, co oczywiste, już nie nastąpi (karę w całości wykonano).

Przepis art. 93d § 5 k.k. dotyczy wykonywania wszystkich środków zabezpieczających, a nie tylko środka izolacyjnego, zatem również elektronicznej kontroli miejsca pobytu, terapii, terapii uzależnień oraz nakazu i zakazów określonych w art. 39 pkt 2-3 k.k. (zakazu zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej, zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi, zakazu przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu, zakazu wstępu na imprezę masową, zakazu wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych, nakazu okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, zakazu prowadzenia pojazdów).

Rzecznik Praw Obywatelskich niezgodności zaskarżonej regulacji z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji upatruje głównie w tym, że, jak przekonuje, „nie można odnaleźć argumentów z perspektywy kryterium konieczności, które usprawiedliwiłyby wprowadzenie zasady polegającej na stosowaniu środków zabezpieczających dopiero po odbyciu kary pozbawienia wolności”.

Tymczasem pośród kryteriów określonych przez zasadę proporcjonalności oprócz „konieczności” znajduje się również kryterium „przydatności” (trzecim kryterium jest proporcjonalność *sensu stricto*).

„Przydatność” to wykazanie, że ingerencja w prawa i wolności konstytucyjne jednostki jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków.

Tymczasem wykonywanie wobec sprawcy „wolnościowych” środków zabezpieczających przed albo w trakcie jednoczesnego wykonywania przez niego kary pozbawienia wolności nie prowadzi do osiągnięcia zamierzonych skutków. Zamierzony skutek wykonywania tego rodzaju środków zabezpieczających został bowiem osiągnięty już przez samą izolację sprawcy. Wszak osoba przebywająca w warunkach pozbawienia wolności nie uczestniczy w imprezach masowych ani też nie ma możliwości prowadzenia pojazdów.

Poza tym trudno sformułować *ratio legis* dla proponowanego przez Rzecznika rozwiązania (stosowanie środków zabezpieczających przed bądź w trakcie odbywania przez sprawcę kary pozbawienia wolności). Pomijając już nawet środki zabezpieczające wymienione w art. 39 pkt 2-3 k.k., to stosowanie, przykładowo, elektronicznej kontroli miejsca pobytu sprawcy zabójstwa (art. 93a § 1 pkt 1 k.k.) przed odbyciem przez niego orzeczonej kary przeważnie długoletniego pozbawienia wolności pozostaje w sprzeczności choćby z podstawową funkcją kary jako natychmiastowej odpłaty (represji) za czyn zabroniony.

Poza przypadkiem określonym w art. 202a § 1 k.k.w. (dotyczy sprawcy, wymienionego w art. 93c pkt 2 k.k.) trudno też doszukać się *ratio legis* dla realizacji przed bądź w trakcie wykonywania kary pozbawienia wolności izolacyjnego środka zabezpieczającego w postaci pobytu sprawcy w zakładzie psychiatrycznym.

Kontrolując zgodność art. 93d § 5 k.k. z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, w zaskarżonym zakresie, pod kątem zachowania kryterium „konieczności” nie sposób pominąć kontekstu normatywnego tej regulacji.

Brzmienie **§ 2 w tym samym art. 93d k.k.** nie pozostawia wątpliwości co do tego, że środek zabezpieczający w postaci umieszczenia sprawcy czynu zabronionego w zakładzie psychiatrycznym można orzec **wyłącznie w wyroku skazującym**.

Istotna jest również treść § 3 w art. 93d k.k.

Wskazuje ona bowiem, że jeżeli w wyroku skazującym na karę pozbawienia wolności orzeczono izolacyjny środek zabezpieczający (bądź jakikolwiek wolnościowy środek zabezpieczający), to wówczas sąd - nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem orzeczonej kary - **musi ustalić potrzebę i możliwość wykonania tego orzeczonego środka**. Sąd podejmuje wówczas decyzję o wykonaniu **lub uchyleniu orzeczonego środka**. Decyzję sądu w tym przedmiocie determinują w szczególności: aktualny stan zdrowia sprawcy; wyniki ewentualnej terapii sprawcy w okresie wykonywania kary pozbawienia wolności oraz inne okoliczności, które powstały po wydaniu wyroku skazującego. Jeżeli orzeczoną środkiem jest pobyt w zakładzie psychiatrycznym, to sąd, decydując o uchyleniu tego środka, może w jego miejsce orzec najmniej jeden środek wolnościowy określony w art. 93a § 1 pkt 1-3 (§ 2) k.k. (*vide* - komentarz J. Długosz do art. 93d k.k., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 32-116*, Tom II, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, op. cit., s. 586).

Skoro zatem brak *ratio legis* dla wykonywania wolnościowych środków zabezpieczających przed bądź w trakcie wykonywania kary pozbawienia wolności (z wyjątkiem przewidzianym w art. 202a § 1 k.k.w.), zaś wykonanie każdego środka zabezpieczającego po odbyciu kary pozbawienia wolności **wymaga dodatkowej uprzedniej decyzji sądu, który musi uwzględnić** cały szereg okoliczności związanych z osobą sprawcy czynu zabronionego, to zaskarżony art. 93d § 5 k.k. w zakresie, w jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary, nie wprowadza nadmiernego ograniczenia prawa gwarantowanego w art. 41 ust. 1 Konstytucji. Ograniczenie to spełnia bowiem, określone przez zasadę proporcjonalności, kryterium „konieczności” - przez to, że nadal realizuje cel, jakim jest zabezpieczenie społeczeństwa przed niebezpieczeństwem, grożącym ze strony sprawcy czynu zabronionego, polegającym na ponownym popełnieniu przez tego sprawcę czynu związanego z jego stanem niezdolności psychicznej, a jednocześnie czyni to w sposób najmniej uciążliwy dla sprawcy.

W oparciu o powołane wyżej przepisy możliwe jest nawet zaniechanie wykonania środka zabezpieczającego orzeczonego w wyroku skazującym. Jest bowiem wielce prawdopodobne, że w przypadku długoletniego wykonywania wobec sprawcy czynu zabronionego kary pozbawienia wolności wykonanie orzeczonego środka po odbyciu tej kary nie będzie już konieczne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego, ponieważ, przykładowo, inne dostępne środki prawne okażą się wystarczające albo stan psychiczny sprawcy ulegnie zdecydowanej i trwałej poprawie.

Reasumując, art. 93d § 5 k.k. - w zakresie, w jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary pozbawienia wolności - jest zgodny z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Kolejnym wzorcem kontroli zaskarżonej normy Rzecznik Praw Obywatelskich uczynił art. 30 Konstytucji.

Zdaniem Rzecznika, zaskarżony przepis jest niezgodny z art. 30 Konstytucji, dlatego że dopuszcza do wykonywania środka zabezpieczającego po wykonaniu kary pozbawienia wolności, czym powoduje faktyczne przedłużenie kary pozbawienia wolności, a przez to uniemożliwia sprawcy pełen powrót do życia społecznego.

Należy więc przypomnieć, że w, cytowanym już wcześniej, fragmencie uzasadnienia wyroku z dnia 10 lipca 2007 r., w sprawie o sygn. akt SK 50/06 (op. cit.), Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż *„nie każda forma pozbawienia wolności jednostki jest równoznaczna z naruszeniem jej godności osobowej, a ściślej praw, które z tej godności wynikają. Przyjęcie innego stanowiska prowadziłoby do zanegowania treści art. 41 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym wolność osobista - mająca swe źródło w godności człowieka - może podlegać daleko idącym ograniczeniom stosownie do kryteriów określonych przez zasadę proporcjonalności. Godność człowieka może zostać uznana za naruszoną dopiero przez taką formę pozbawienia go wolności, która nie będzie konieczna w demokratycznym państwie dla ochrony jednej z wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a zatem, która będzie stanowiła przejaw uprzedmiotowienia jednostki poprzez bezzasadne pozbawienie jej możliwości swobodnego określania swego zachowania i postępowania”*.

Wskazane w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt SK 50/06 wymagania pod adresem regulacji dopuszczającej pozbawienie wolności w równym stopniu dotyczą regulacji przewidującej ograniczenie wolności (*vide* - art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji).

Z przedstawionych wyżej względów zachowuje aktualność konkluzja, zawarta w ocenie zgodności z art. 30 Konstytucji art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k., w zaskarżonym zakresie - ta mianowicie, że skoro wolność osobista - mająca swe źródło w godności człowieka - może podlegać daleko idącym ograniczeniom

stosownie do kryteriów określonych przez zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji), zaś art. 93d § 5, w zaskarżonym zakresie, o czym wcześniej była mowa, spełnia kryterium „konieczności” (respektowania pozostałych kryteriów składających się na test proporcjonalności Rzecznik nie kwestionował), to zaskarżona norma nie jest „przejawem uprzedmiotowienia jednostki poprzez bezzasadne pozbawienie jej możliwości swobodnego określania swego zachowania i postępowania”.

Reasumując, art. 93d § 5 k.k. - w zakresie, w jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary pozbawienia wolności - jest zgodny z art. 30 Konstytucji.

Wzorcem kontroli art. 93d § 5 k.k., w zaskarżonym zakresie, Wnioskodawca uczynił również art. 2 Konstytucji.

W tej części Rzecznik Praw Obywatelskich podtrzymał tezy wskazane w uzasadnieniu zarzutu dotyczącego art. 93b § 3 k.k. oraz zauważył, iż „niezgodne z zasadą zaufania obywatela do państwa, zasadą dostatecznej określoności oraz zasadą poprawnej legislacji jest wprowadzenie do kodeksu karnego konstrukcji, która umożliwia władzy publicznej przedłużanie faktycznego pozbawienia lub ograniczenia wolności bez określenia górnej granicy tego przedłużenia. Określoność kar wynikająca z przepisów części szczególnej kodeksu karnego staje się w ten sposób swoistą fikcją” (uzasadnienie wniosku, s. 36).

Należy w związku z tym przypomnieć, że art. 93b § 3 k.k. (podobnie jak art. 93g k.k.) został zaskarżony przez Wnioskodawcę w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości.

Przypomnieć też trzeba, że, zdaniem Rzecznika, art. 93b § 3 k.k., w zaskarżonym zakresie, narusza „przynajmniej trzy zasady wyprowadzane z art. 2

Konstytucji RP: zasadę zaufania obywatela do państwa, zasadę dostatecznej określoności, zasadę poprawnej legislacji”, w dwóch aspektach.

Po pierwsze - dlatego że zawiera termin „społeczna szkodliwość czynu”, który „w odniesieniu do omawianego problemu ma charakter niejasny, nieprecyzyjny, pozwalając na arbitralność organów stosowania prawa w podejmowaniu decyzji o stosowaniu środków zabezpieczających i sposobie ich wykonania” (uzasadnienie wniosku, s. 16).

Po drugie - dlatego że umożliwia sądowi wybór środka zabezpieczającego i sposobu jego wykonania „w sposób całkowicie wolny od zachowania zrealizowanego już przez sprawcę, a odnoszący się jedynie do czynu, który sprawca może popełnić. Ustawodawca zobowiązuje zatem organy stosowania prawa do rekonstruowania zdarzeń przyszłych niepewnych i, w oparciu o tak poczynione ustalenia, nakazuje podejmowanie decyzji dotyczących stosowania środków zabezpieczających” (*ibidem*, s. 17-18).

Zdaniem Rzecznika, są to wymogi niemożliwe do spełnienia przez sąd.

Powyższe wskazuje, iż zarzut niezgodności z art. 2 Konstytucji, sformułowany pod adresem art. 93b § 3 k.k., w odniesieniu do art. 93d § 5 k.k. **nie jest aktualny.**

Oba te przepisy regulują bowiem odmienne materie, a ich treść jest różna.

Przepis art. 93b § 3 k.k. określa zasadę proporcjonalności jako jedną z ogólnych przesłanek stosowania i sposobu wykonywania środków zabezpieczających, podczas gdy art. 93d § 5 k.k. reguluje czas stosowania środków zabezpieczających wówczas, gdy sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności.

Powyższe powoduje, że w treści art. 93d § 5 k.k. brakuje „niejasnego, nieprecyzyjnego i pozwalającego na arbitralność organów stosowania prawa” sformułowania „społeczna szkodliwość czynu”, podobnie jak oparcia rozstrzygnięcia sądu w przedmiocie środka zabezpieczającego (sposobu jego

wykonania) o również niejasną prognozę co do popełniania przez sprawcę w przyszłości czynu zabronionego o określonym stopniu społecznej szkodliwości.

Do art. 93d § 5 k.k., w zaskarżonym zakresie, nie może też odnosić się zarzut, iż jest to regulacja, która faktycznie pozbawia lub ogranicza wolność bez określenia górnej granicy przedłużenia stosowania środka zabezpieczającego.

Samoistna norma, wprowadzająca jako zasadę nieograniczony czas stosowania środków zabezpieczających, wynika bowiem z treści art. 93d § 1 k.k., którego Rzecznik jednak nie zaskarżył. Przewidziane w art. 93d § 5 k.k. stosowanie środków zabezpieczających bez określonego z góry czasu ich stosowania po wykonaniu kary pozbawienia wolności stanowi jedynie konsekwencję normy zawartej w art. 93d § 1 k.k.

Jednocześnie Wnioskodawca nie przedstawił żadnego innego uzasadnienia dla, w Jego przekonaniu, wadliwej - z punktu widzenia art. 2 Konstytucji - treści zaskarżonej regulacji.

W konsekwencji, w odniesieniu do zarzutu niezgodności art. 93d § 5 k.k. - w zakresie, w jakim przepis ten przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary pozbawienia wolności - z art. 2 Konstytucji należy przyjąć, iż Wnioskodawca nie zadośćuczynił określonemu w art. 61 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym obowiązkowi uzasadnienia „zarzutu niezgodności przedmiotu kontroli ze wskazanym wzorcem kontroli, z powołaniem argumentów lub dowodów na jego poparcie”, co oznacza, że w tym zakresie postępowanie podlega umorzeniu, na podstawie art. 104 ust. 1 pkt 2 ustawy dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1064 ze zm.) [dalej: ustawa o Trybunale Konstytucyjnym] - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Reasumując całość rozważań, dotyczących art. 93d § 5 k.k., w zaskarżonym przez Rzecznika Praw Obywatelskich zakresie, należy stwierdzić,

że przepis ten jest zgodny z art. 30 i art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz nie jest niezgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Ocena zgodności art. 202a § 1 k.k.w. - w zakresie, w jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający pobytu w zakładzie psychiatrycznym stosuje się po odbyciu kary pozbawienia wolności - z art. 42 ust. 1, art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 2 i art. 30 Konstytucji.

Przepis art. 202a k.k.w. brzmi:

„Art. 202a. § 1. Pobyt w zakładzie psychiatrycznym orzeczony wobec sprawców, o których mowa w art. 93c pkt 2 Kodeksu karnego, następuje przed wykonaniem kary pozbawienia wolności, podczas przerwy w wykonywaniu tej kary lub po jej wykonaniu. O zwolnieniu z zakładu rozstrzyga sąd na podstawie wyników leczenia (podkr. wł.).

§ 2. Sąd zalicza na poczet kary okres pobytu skazanego w zakładzie. Skazanego można warunkowo zwolnić z odbycia reszty kary, jeżeli zostały spełnione warunki, o których mowa w art. 77-79 Kodeksu karnego, a wyniki leczenia za tym przemawiają; dozór jest obowiązkowy.”.

Powołany w art. 202a § 1 k.k.w. art. 93c k.k. ma następujące brzmienie:

„Art. 93c. Środki zabezpieczające można orzec wobec sprawcy:

- 1) co do którego umorzono postępowanie o czyn zabroniony popełniony w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1,
- 2) w razie skazania za przestępstwo popełnione w stanie ograniczonej poczytalności określonej w art. 31 § 2 (podkr. wł.),**
- 3) w razie skazania za przestępstwo określone w art. 148, art. 156, art. 197, art. 198, art. 199 § 2 lub art. 200 § 1, popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych,
- 4) w razie skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia za umyślne przestępstwo określone w rozdziale XIX, XXIII, XXV lub XXVI, popełnione w związku z zaburzeniem osobowości o takim charakterze

lub nasileniu, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia,

5) w razie skazania za przestępstwo popełnione w związku z uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka.”

W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw stwierdzono, że „[d]odawane w Kodeksie karnym wykonawczym przepisy art. 202a i 202b zawierają rozwiązania przeniesione z dotychczas obowiązujących art. 96 § 3 i 4 k.k., art. 97 k.k. i art. 98 k.k. Przepisy te mają bowiem charakter typowo wykonawczy. Ich funkcjonowanie w regulacji materialnoprawnej, jaką jest Kodeks karny, nie znajdowało uzasadnienia” (Sejm VII kadencji, druk nr 2393, s. 41).

W komentarzu do art. 93d k.k. J. Długosz stwierdziła, że wyjątki od zasady określonej w art. 93d § 5 k.k., „dopuszczające wykonywanie środków zabezpieczających także przed wykonaniem lub podczas wykonywania kary pozbawienia wolności, wymagają odrębnej regulacji ustawowej i dotyczą sytuacji, w której orzecznym środkiem jest pobyt w zakładzie psychiatrycznym wobec sprawcy określonego w art. 93c pkt 2 (por. art. 202a § 1 KKW). Uzasadnieniem tej szczególnej konstrukcji jest intencja prawodawcy do stworzenia możliwości usunięcia przyczyny kryminogenności sprawcy w drodze leczenia w podmiocie leczniczym przed stosowaniem represji w postaci wykonania kary pozbawienia wolności, jeżeli szczególne względy nie przemawiają za koniecznością jej wykonania” (*Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 32-116*, Tom II, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, op. cit., s. 586).

W obowiązujących do dnia 30 czerwca 2015 r. art. 96 § 3 i 4 k.k., art. 97 k.k. i art. 98 k.k. uregulowana była sytuacja sprawcy, skazanego na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, który popełnił przestępstwo w związku z uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego.

J. Długosz, komentując ówczesne brzmienie art. 96 k.k., stwierdziła, że „[u]mieszczenie sprawcy przestępstwa popełnionego w związku z uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego stanowi środek o charakterze leczniczo-izolacyjnym.

Jak wynika z treści art. 96, warunkiem orzeczenia tego środka zabezpieczającego **nie jest** popełnienie przestępstwa w związku z uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego w stanie ograniczonej poczytalności. Środek ten może być bowiem stosowany wyłącznie wobec **sprawcy poczytalnego**. Co więcej, okoliczność, że to właśnie poczytalny sprawca popełnia przestępstwo w związku ze swoim uzależnieniem, uzasadnia zmodyfikowanie <zwykłej> kary pozbawienia wolności grożącej za jego popełnienie. Jak bowiem trafnie podnosi się w doktrynie, uzasadnieniem takiej konstrukcji komentowanego środka zabezpieczającego jest intencja ustawodawcy do ustanowienia priorytetu usunięcia przyczyny kryminogenności sprawcy (tzn. uzależnienia) w drodze leczenia i rehabilitacji przed stosowaniem represji w postaci wykonania kary pozbawienia wolności, jeżeli szczególne względy nie przemawiają za koniecznością jej wykonania” (*Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 32-116*, Tom II pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2011, s. 865).

Powyższe może wskazywać na to, że zawarte w art. 202a § 1 k.k.w. odesłanie do art. 93c pkt 2 k.k. jest błędne (prawidłowe wydaje się odesłanie do art. 93c pkt 5 k.k.).

Niemniej ewentualny błąd ustawodawcy, o którym mowa wyżej, w przedmiotowej sprawie nie ma znaczenia. Rzecznik Praw Obywatelskich nie kwestionuje bowiem podmiotowego, lecz przedmiotowy zakres art. 202a § 1 k.k.w., niekonstytucyjności tej regulacji upatrując w tym, że umożliwia ona, aby orzeczony wobec sprawcy czynu zabronionego środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym był stosowany po odbyciu kary.

Wynik kontroli zgodności z Konstytucją art. 202a § 1 k.k.w. - w zakresie, w jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający pobytu w zakładzie psychiatrycznym stosuje się po odbyciu kary pozbawienia wolności - **nie może być jednak inny** od wyniku kontroli zgodności z Konstytucją art. 93d § 5 k.k. w zakresie, w jakim ten przepis przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary pozbawienia wolności.

Wynika to z trzech powodów.

Po pierwsze - zaskarżony zakres art. 95d § 5 k.k. i art. 202a § 1 k.k.w. jest podobny.

Po drugie - wskazane przez Wnioskodawcę wzorce konstytucyjnej kontroli obu tych przepisów są identyczne.

Po trzecie - tożsame jest również uzasadnienie zarzutów w odniesieniu do każdego ze wskazanych wzorców.

W tej sytuacji argumenty i wnioski, zawarte w części niniejszego stanowiska odnoszącej się do art. 93d § 5 k.k., mają zastosowanie również w odniesieniu do art. 202a § 1 k.k.w.

W konsekwencji, w odniesieniu do zarzutu niezgodności art. 202a § 1 k.k.w. - w zakresie, w jakim przepis ten przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający pobytu w zakładzie psychiatrycznym stosuje się po odbyciu kary pozbawienia wolności - z art. 2 Konstytucji należy przyjąć, podobnie jak w przypadku podobnego zarzutu odnoszącego się do art. 93d § 5 k.k., iż Wnioskodawca nie zadośćuczynił określonemu w art. 61 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym obowiązkowi uzasadnienia „zarzutu niezgodności przedmiotu kontroli ze wskazanym wzorcem kontroli, z powołaniem argumentów lub dowodów na jego poparcie”, co oznacza, że także w tym zakresie postępowanie podlega umorzeniu, na podstawie art. 104 ust. 1 pkt 2 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Natomiast w konkluzji, podobnie jak w przypadku art. 93d § 5 k.k., w zaskarżonym zakresie, należy stwierdzić, że art. 202a § 1 k.k.w. - w zakresie, w

jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający pobytu w zakładzie psychiatrycznym stosuje się po odbyciu kary pozbawienia wolności - jest zgodny z art. 30 i art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz nie jest niezgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Ocena zgodności art. 374 § 1 zdanie pierwsze w związku z art. 380 w związku z art. 354 pkt 2 k.p.k. - w zakresie, w jakim nie przewiduje na rozprawie obowiązku wysłuchania przez sąd podejrzanego przed orzeczeniem względem niego środka zabezpieczającego, o którym mowa w art. 93a § 1 Kodeksu karnego - z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Zarzut zawarty w tej części wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczy zasad udziału podejrzanego (sprawcy przestępstwa) w rozprawie, w sytuacji kiedy wniosek prokuratora o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i o zastosowanie środków zabezpieczających kierowany jest na rozprawę, a nie na posiedzenie.

Zasady te określa art. 374 § 1 k.p.k., który z dniem 1 lipca 2015 r. został zmieniony przez art. 1 pkt 120 lit. a ustawy zmieniającej z 2013 r. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 374 § 1 k.p.k. (w związku z art. 380 k.p.k.), podejrzany (sprawca przestępstwa) ma prawo brać udział w rozprawie, przy czym przewodniczący lub sąd mogą uznać jego obecność za obowiązkową.

Powołując się na uzasadnienie ustawy zmieniającej z 2013 r., Rzecznik stwierdził, że „przepis art. 374 § 1 zd. 1 k.p.k. wprowadza modelową zmianę w zakresie udziału oskarżonego (podejrzanego) w rozprawie głównej. Stanowi odwrócenie dotychczasowej podstawowej reguły i przewiduje prawo oskarżonego (podejrzanego) - a zatem brak obowiązku udziału w rozprawie. Wprowadzona zmiana jest konsekwencją rozszerzenia kontradyktoryjności postępowania sądowego, wyrazem rezygnacji z nadmiernie paternalistycznego podejścia do oskarżonego (podejrzanego), urealnieniem jednego z przejawów prawa do obrony. Poprzez eliminację totalnego obowiązku obecności

oskarżonego na rozprawie i związanych z tym obowiązków spoczywających na sędzie służyć ma też eliminacji kolejnego źródła przewlekłości postępowania sądowego (por. uzasadnienie do projektu ustawy zawartej w druku sejmowym nr 870, dostępne w Archiwum Sejmu VII kadencji, pkt 11)” [uzasadnienie wniosku, s. 38-39].

W ocenie Wnioskodawcy, brak bezwzględnego obowiązku wysłuchania przez sąd podejrzanego na rozprawie przed orzeczeniem względem niego środka zabezpieczającego narusza standard z art. 45 ust. 1 Konstytucji w zakresie prawa do sprawiedliwie ukształtowanej procedury sądowej.

Art. 374 § 1 k.p.k. brzmi:

„Art. 374. § 1. Oskarżony ma prawo brać udział w rozprawie (podkr. wł.). Przewodniczący lub sąd mogą uznać jego obecność za obowiązkową.”.

Art. 380 k.p.k. ma następujące brzmienie:

„Art. 380. Przepisy dotyczące oskarżonego stosuje się odpowiednio do osoby, której prokurator zarzuca popełnienie czynu zabronionego w stanie niepoczytalności i wnosi o umorzenie postępowania oraz o zastosowanie wobec niej środków zabezpieczających.”.

Art. 354 zawiera następującą treść:

Art. 354. W wypadku wniosku prokuratora o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i o zastosowanie środków zabezpieczających stosuje się odpowiednio przepisy niniejszego rozdziału z następującymi zmianami:

- 1) nie stosuje się przepisów o oskarżycielu posiłkowym,
- 2) wniosek kieruje się na rozprawę, chyba że w świetle materiałów postępowania przygotowawczego popełnienie czynu zabronionego przez podejrzanego i jego niepoczytalność w chwili czynu nie budzą wątpliwości, a prezes sądu uzna za celowe rozpoznanie sprawy na posiedzeniu z udziałem prokuratora, obrońcy i podejrzanego; podejrzanemu nie bierze udziału w posiedzeniu, jeżeli z opinii biegłych wynika, że byłoby to niewskazane, chyba

że sąd uzna jego udział za konieczny; pokrzywdzony ma prawo wziąć udział w posiedzeniu (podkr. wł.),

3) w razie umorzenia postępowania stosuje się art. 322 § 2 i 3.”.

T. Grzegorzcyk, komentując nowe brzmienie art. 374 k.p.k., wprowadzone przez ustawę zmieniającą z 2013 r., stwierdził, że „zrywa (ono - przyp. wł.) z obowiązkowym udziałem oskarżonego w rozprawie głównej, uznając ten udział jedynie za jego prawo, co dotąd miało miejsce jedynie w postępowaniu uproszczonym (art. 479), likwidowanym przez ten projekt, oraz w postępowaniu odwoławczym (art. 450 § 2 i art. 451), zaś w postępowaniu zwyczajnym w pierwszej instancji udział ten miał charakter obowiązku, choć względnego, z uwagi na rozwiązania z art. 376 i 377. Nowelizacja zakłada natomiast, że - **od 1 lipca 2015 r.** - nowy przepis § 1 art. 374 stanowić ma jedynie, iż <Oskarżony ma prawo brać udział w rozprawie>, ale też, że <Przewodniczący lub sąd mogą uznać jego obecność za obowiązkową>. Jednocześnie wszak zastrzega się także, że w sprawach o zbrodnie obecność oskarżonego jest jednak obowiązkowa, tyle że tylko <podczas czynności, o których mowa w art. 385 i 386> (art. 374 § 1a), tzn. przy rozpoczęciu przewodu sądowego i prezentacji zarzutów aktu oskarżenia oraz pouczeniu go następnie przez przewodniczącego o jego prawach i uprawnieniach oraz podczas ewentualnego przesłuchiwania go, gdy zgodzi się składać wyjaśnienia lub odpowiadać na pytania. Wspominano zaś już wcześniej (...), że przy doręczaniu oskarżonemu pozbawionemu wolności zawiadomienia o **terminie rozprawy, gdy jego udział w niej nie jest uznany przez ustawę za obowiązkowy ani sąd nie uznał go za takowy, byłby on pouczony o możliwości złożenia w terminie 7 dni wniosku o doprowadzenie go na taką rozprawę, który to wniosek musiałby zostać wówczas uwzględniony (podkr. wł.)**” [T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom I, Artykuły 1-467, Wydawnictwo a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014, s. 1260-1261].

Z kolei przepis art. 380 k.p.k. „wiąże się z przekazaniem sądowi kwestii umorzenia postępowania z uwagi na niepoczytalność sprawcy, gdy łączy się to ze stosowaniem wobec niego środków zabezpieczających wskazanych w art. 93 i 94 k.k. (zob. uwagi do art. 324 i 354).

Kodeks wychodzi z założenia, że wniosek prokuratora w tym przedmiocie powinien być rozpatrywany z zasady na rozprawie (art. 354 pkt 2 *in principio*). Wynikający z art. 380 nakaz stosowania odpowiednio norm dotyczących oskarżonego oznacza, między innymi, że oskarżony ma prawo brać udział w rozprawie, z tym, że przewodniczący lub sąd mogą uznać jego obecność za obowiązkową (art. 374 § 1 k.p.k.)” [T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom I, Artykuły 1-467, op. cit., s. 1278).

Wreszcie - wymieniony przez Wnioskodawcę jako pozostający w związku z art. 374 § 1 zdanie pierwsze k.p.k. i art. 380 k.p.k. - art. 354 pkt 2 k.p.k. normuje zasady rozpatrywania wniosku prokuratora o umorzenie postępowania z uwagi na niepoczytalność podejrzanego w chwili czynu i o zastosowanie wobec niego środka zabezpieczającego (środków zabezpieczających).

Jest zasadą, że wniosek taki kierowany jest na rozprawę, a wyjątkiem - skierowanie go do rozpoznania na posiedzeniu.

Przekazanie wniosku do rozpoznania na posiedzeniu „wymaga spełnienia dwojakiego rodzaju warunków: merytorycznych i formalnych. Warunkiem merytorycznym jest to, aby w świetle materiałów postępowania przygotowawczego nie budziły wątpliwości:

- a) popełnienie czynu przez podejrzanego oraz
- b) fakt jego niepoczytalności w chwili czynu.

Warunków tych nie można uznać za spełnione, jeżeli np. oskarżenie oparte jest na poszlakach niekoniecznie domykających ich krąg w świetle konkretnych dowodów z postępowania przygotowawczego (...), co wymaga bezpośredniego przeprowadzenia ich na rozprawie w celu rozstrzygnięcia kwestii sprawstwa danej osoby, czy gdy biegli psychiatrzy nie badali w ogóle

oskarżonego i nie opiniowali w kwestii jego poczytalności *tempore criminis*, lecz wypowiedzieli się tylko odnośnie do wyników badań przeprowadzonych w innej sprawie, dotyczącej innego czynu podejrzanego, popełnionego w innym czasie i w innych okolicznościach, a przy tym sugerowali umieszczenie go jedynie w domu pomocy społecznej (...).

Warunkiem formalnym jest uznanie przez prezesa sądu za celowe rozpatrzenia sprawy na posiedzeniu z udziałem prokuratora, obrońcy i podejrzanego, a nie na rozprawie; od nowelizacji z dnia 10 stycznia 2003 r. nie jest już natomiast potrzebny uprzedni wniosek obrońcy o wyznaczenie takiego posiedzenia” (*ibidem*, s. 1231).

Z punktu widzenia treści zakresowego zarzutu Wnioskodawcy (brak obowiązku wysłuchania podejrzanego przez sąd **na rozprawie**) norma zawarta w art. 354 pkt 2 k.p.k. jest jednak bez znaczenia. Określa ona bowiem warunki rozpatrzenia wniosku prokuratora o umorzenie postępowania z uwagi na niepoczytalność podejrzanego w chwili czynu i potrzebę zastosowania wobec niego środka zabezpieczającego **przez sąd, ale na posiedzeniu**.

W konsekwencji należy więc przyjąć, że w zakresie zarzutu zawartego w pkt III *petitum* wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich, obejmującego art. 354 pkt 2 k.p.k., postępowanie w niniejszej sprawie podlega umorzeniu, na podstawie art. 104 ust. 1 pkt 2 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Uzupełnieniem zaskarżonej normy interpretowanej z art. 374 § 1 zdanie pierwsze k.p.k. w związku z art. 380 k.p.k., której Rzecznik jednak nie uwzględnił, jest natomiast treść art. 353 k.p.k., a zwłaszcza treść § 3-5 tego przepisu.

Art. 353 k.p.k. ma następujące brzmienie:

„Art. 353. § 1. Pomiedzy doręczeniem zawiadomienia a terminem rozprawy głównej powinno upłynąć co najmniej 7 dni.

§ 2. W razie niezachowania tego terminu w stosunku do oskarżonego lub jego obrońcy rozprawa na ich wniosek, zgłoszony przed rozpoczęciem przewodu sądowego, ulega odroczeniu.

§ 3. Doręczając oskarżonemu pozbawionemu wolności, którego obecność na rozprawie nie jest obowiązkowa, zawiadomienie o terminie rozprawy, należy pouczyć go o prawie do złożenia wniosku o doprowadzenie go na rozprawę.

§ 4. Doręczając oskarżonemu wezwanie na rozprawę albo zawiadomienie o jej terminie, poucza się go o treści przepisów art. 374, art. 376, art. 377, art. 422, art. 427 § 4 i art. 447 § 5.

§ 5. Wniosek, o którym mowa w § 3, jak również wniosek o wyznaczenie obrońcy z urzędu na podstawie art. 80a § 1 powinien być złożony w terminie 7 dni od daty doręczenia wezwania lub zawiadomienia. Wnioski złożone po terminie podlegają rozpoznaniu, jeżeli nie powoduje to konieczności odroczenia rozprawy (podkr. wł.).”.

W komentarzu do art. 353 k.p.k. T. Grzegorzczak wyjaśnił, że „[n]owelizacja z dnia 27 września 2013 r. rozbudowuje omawiany przepis, dodając doń trzy nowe jednostki redakcyjne (§ 3-5). Dotyczą one doręczania oskarżonemu pozbawionemu wolności zawiadomienia o rozprawie lub wezwania na nią ze stosownymi pouczeniami (§ 3 i 4) oraz składania przez niego wniosków o sprowadzenie go na rozprawę i o powołanie obrońcy z urzędu oraz ich załatwiania (§ 5). Rozwiązanie to wchodzi w życie 1 lipca 2015 r.

Jak już wspomniano (...), nowelizacja ta zastępuje obowiązkowy udział oskarżonego w rozprawie jego prawem do uczestniczenia w tym forum, ale jednocześnie zakłada możliwość uznania przez przewodniczącego lub przez sąd, że in concreto udział ten ma być obowiązkowy (nowy art. 374 § 1 zdanie drugie), a sama ustawa uznaje go za takowy przy zarzucie zbrodni, ale jedynie we wstępnej fazie przewodu sądowego (art. 374 § 1a). **W związku z tym wyposaża się oskarżonego pozbawionego wolności (w tej lub w innej sprawie), którego udziału ani ustawa, ani organ sądowy nie uznają za obowiązkowy, w prawo**

żądania doprowadzenia go na to forum w celu umożliwienia mu realizacji prawa do udziału w rozprawie (podkr. wł.). Dlatego też stosownie do nowego art. 353 § 3, przy doręczeniu oskarżonemu pozbawionemu wolności zawiadomienia o rozprawie **ma on zostać pouczany o możliwości wystąpienia ze wskazanym wnioskiem** (podkr. wł.). [...]

W nowym art. 353 § 5 zakłada się, że od 1 lipca 2015 r. zarówno wnioszek o sprowadzenie na rozprawę, jak i wniosek o ustanowienie obrońcy z urzędu (bez wykazywania, jak obecnie, niemożności - nowy art. 80a - [...]), o której to możliwości oskarżony byłby informowany przy doręczaniu mu odpisu aktu oskarżenia (art. 338 § 1a - [...]), powinien być przez oskarżonego złożony w terminie 7 dni od doręczenia mu wezwania na rozprawę lub zawiadomienia o jej terminie i tylko przy zachowaniu tego terminu podlegałby on rozpoznaniu, zaś złożony po owym terminie mógłby być rozpatrzony jedynie wówczas, jeżeli nie powoduje to konieczności odroczenia rozprawy” (T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom I, Artykuły 1-467, op. cit., s. 1229 - 1230).

Gwarantowane w art. 45 ust. 1 Konstytucji prawo do sądu w aspekcie sprawiedliwości proceduralnej stanowiło przedmiot licznych odniesień Trybunału Konstytucyjnego.

W wyroku z dnia 8 kwietnia 2014 r., w sprawie o sygn. akt SK 22/11, Trybunał Konstytucyjny przypomniał, że „na prawo do sądu składają się trzy uprawnienia: prawo dostępu do sądu, czyli uruchomienia procedury sądowej, prawo do rzetelnej procedury sądowej zgodnej z wymogami sprawiedliwości, jawności i dwuinstancyjności (tzw. sprawiedliwość proceduralna) oraz prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia (wyroku). Ustrojodawca objął prawem do sądu możliwie najszerszy zakres spraw, a z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika dyrektywa interpretacyjna zakazująca ograniczającej (zawężającej) wykładni prawa do sądu” oraz że istotą sprawiedliwości proceduralnej „- w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego - jest

podmiotowe traktowanie uczestników postępowania, zakaz arbitralnego działania sądu, zapewnienie stronom możliwości korzystania z ich praw i gwarancji procesowych oraz zagwarantowanie im rzetelnego i merytorycznego rozpatrzenia sprawy. W zasadzie sprawiedliwości proceduralnej mieszczą się przede wszystkim: **możliwość bycia wysłuchanym przez sąd** (podkr. wł.), konieczność ujawniania przez sąd motywów rozstrzygnięcia, zapewnienie uczestnikowi postępowania przewidywalności jego przebiegu oraz nakaz wszechstronnego zbadania przez sąd okoliczności sprawy, jak również dwuinstancyjność postępowania” (OTK ZU seria A nr 4/2014, poz. 37).

W jednej z ostatnich wypowiedzi w przedmiocie wzorca kontroli z art. 45 ust. 1 Konstytucji - w wyroku z dnia 13 października 2015 r., w sprawie o sygn. akt SK 63/12 - Sąd Konstytucyjny stwierdził, że „[a]rtykuł 45 ust. 1 Konstytucji ustanawia szeroko rozumiane prawo do sądu. Instytucja ta jest podstawowym gwarantem ochrony praw i wolności określonych w ustawie zasadniczej oraz stanowi jedną z fundamentalnych gwarancji praworządności. Uprawniony podmiot korzysta z legitymacji do <zwrócenia się w każdej (sprawie) z żądaniem określenia (ustalenia) swojego statusu prawnego, w sytuacjach nie tylko zakwestionowania lub naruszenia jego praw i wolności, lecz również w sytuacjach odczuwanych przez niego niejasności, niepewności, a zwłaszcza obawy wystąpienia takiego naruszenia. Brak wyszczególnienia sytuacji, w których jednostka mogłaby zaangażować sąd w swojej sprawie, oznacza zezwolenie na takie angażowanie w każdej sprawie, według swobodnej jej oceny. Temu uprawnieniu odpowiada obowiązek sądu «rozpatrzenia» tej sprawy. Zaangażowanie sądu przez jednostkę poszukującą ochrony sądowej powinno być względnie łatwe i proste. Dotyczy to dostępności nie tylko pierwszej, lecz również wyższych instancji sądowych> (P. Sarnecki, tezy do art. 45 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, red. L. Garlicki, t. 3, Warszawa 2003, s. 1-2).

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie przypominał znaczenie prawa do sądu jako jednej z najważniejszych gwarancji praw człowieka i praworządności oraz jednego z fundamentów państwa prawnego. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem TK, prawo do sądu obejmuje w szczególności:

- 1) prawo dostępu do sądu, tj. prawo do uruchomienia postępowania przed sądem,*
- 2) prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności,*
- 3) prawo do wyroku sądowego, tj. prawo uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd w rozsądnym terminie,*
- 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy.*

Rozważając treść prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, Trybunał Konstytucyjny przypomina, że na zasadę sprawiedliwości proceduralnej składają się w szczególności:

- 1) **możliwość bycia wysłuchanym** (podkr. wł.),*
- 2) ujawnienie w sposób czytelny motywów rozstrzygnięcia, co ma zapobiegać jego dowolności i arbitralności oraz*
- 3) zapewnienie uczestnikowi postępowania przewidywalności jego przebiegu”* (OTK ZU seria A nr 9/2015, poz. 146).

Mając na uwadze powołane wyżej orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz komentarze T. Grzegorzcyka do zaskarżonych przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepisów Kodeksu postępowania karnego, należy stwierdzić, co następuje.

Zdaniem Wnioskodawcy, art. 374 § 1 zdanie pierwsze k.p.k. w związku z art. 380 k.p.k. narusza gwarantowane podejrzanemu (sprawcy czynu zabronionego) w art. 45 ust. 1 Konstytucji prawo do sądu w aspekcie sprawiedliwości proceduralnej, dlatego że nie przewiduje obowiązku

wysłuchania przez sąd podejrzanego przed orzeczeniem względem niego środka zabezpieczającego, o którym mowa w art. 93a § 1 Kodeksu karnego.

Realizację konstytucyjnego prawa podejrzanego do bycia wysłuchanym Wnioskodawca łączy zatem z obowiązkową obecnością podejrzanego na rozprawie. Analizując zaskarżoną regulację z tej właśnie perspektywy, stwierdzić trzeba, że wysłuchanie podejrzanego może nastąpić tylko wtedy, gdy będzie on fizycznie obecny na rozprawie.

Jednak pomimo wprowadzonej od dnia 1 lipca 2015 r. modelowej zmiany w zakresie udziału oskarżonego (podejrzanego) w rozprawie głównej, która to zmiana polega na zamianie dotychczasowej podstawowej reguły obowiązkowego udziału w regułę udziału dobrowolnego, prawo podejrzanego do bycia wysłuchanym na rozprawie, na której sąd rozstrzyga o zastosowaniu środka zabezpieczającego, **nie doznaje uszczerbku**.

Jeżeli przewodniczący składu orzekającego lub sąd nie uznają obecności na takiej rozprawie podejrzanego za obowiązkową, to wówczas skorzystanie z prawa do bycia wysłuchanym będzie zależało wyłącznie od woli samego podejrzanego. Jeżeli podejrzanym z własnej woli stawia się na rozprawę, to wówczas znajdą do niego odpowiednie zastosowanie przepisy o oskarżonym (*vide* - art. 380 k.p.k.) co, między innymi, oznacza, że złoży on wyjaśnienia (art. 386 k.p.k.) oraz że będzie mógł wypowiadać się co do kwestii podlegających rozstrzygnięciu (art. 367 k.p.k.).

Podejrzanym, który nie otrzyma z sądu wezwania do obowiązkowego stawienia, musi być bowiem skutecznie powiadomiony (ze stosownym wyprzedzeniem) o terminie rozprawy przed sądem i jest oczywiste, że będzie mógł być wysłuchany, jeżeli tylko się na nią stawia albo - na wyraźne swoje żądanie - zostanie na rozprawę doprowadzony (gdy przebywa w warunkach pozbawienia wolności).

Skoro zatem realizacja konstytucyjnego prawa do wysłuchania, gdy przewodniczący składu orzekającego lub sąd nie uznają za obowiązkową

obecności podejrzanego na rozprawie, na której sąd rozstrzyga o zastosowaniu środka zabezpieczającego, zależy od woli samego podejrzanego, to zaskarżona norma nie narusza gwarantowanego temu podejrzanemu (sprawcy czynu zabronionego) w art. 45 ust. 1 Konstytucji prawa do sądu w aspekcie sprawiedliwości proceduralnej.

Reasumując, art. 374 § 1 zdanie pierwsze w związku z art. 380 k.p.k. - w zakresie, w jakim nie przewiduje obowiązku wysłuchania przez sąd podejrzanego przed orzeczeniem względem niego środka zabezpieczającego, o którym mowa w art. 93a § 1 Kodeksu karnego - jest zgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Ocena zgodności art. 244b k.k. z art. 2, art. 30 i art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Przepis art. 244b k.k. brzmi:

„Art. 244b. § 1. Kto nie stosuje się do określonych w ustawie obowiązków związanych z orzecznym wobec niego środkiem zabezpieczającym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 2. Tej samej karze podlega, kto bezprawnie udaremnia wykonywanie orzeczonego wobec innej osoby środka zabezpieczającego w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu.”.

Komentując ten przepis, M. Mozgawa stwierdził, że:

- „art. 244b został dodany do kodeksu karnego nowelizacją z dnia 20 lutego 2015 r., a celem dokonanej zmiany była konieczność zapewnienia stosowania się przez sprawcę do nałożonych obowiązków związanych z orzecznym wobec niego środkiem zabezpieczającym (w tym także w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu)”;

- „[p]rzedmiotem ochrony (art. 244b - przyp. wł.) jest prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości w zakresie respektowania

rozstrzygnięć sądu nakładającego obowiązki związane z orzeczoną wobec sprawcy środkiem zabezpieczającym, w tym w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu”;

- „[z]achowanie sprawcy określone w § 1 polega na **niestosowaniu się do obowiązków** związanych z orzeczoną wobec sprawcy środkiem zabezpieczającym. Może polegać zarówno na działaniu, jak i na zaniechaniu i ma charakter formalny. Czynność sprawcza określona w § 2 polega na **bezprawnym udaremnianiu** wykonywania orzeczonego wobec innej osoby środka zabezpieczającego w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu. Chodzi o udaremnienie (a nie tylko o utrudnienie) wykonywania orzeczonego obowiązku, a zatem sprawienie, że kontrola nie zostaje zrealizowana, nie dochodzi do skutku (np. zniszczenie nadajnika lub innego technicznego środka służącego do wykonywania dozoru elektronicznego). Nie jest rzeczą konieczną, aby sprawca działał w interesie (czy we współdziałaniu) z osobą, wobec której zastosowano ten rodzaj środka (choć tak zapewne zazwyczaj będzie); może być jednak i tak, że sprawca działa z motywów chuligańskich albo wręcz chce przysporzyć kłopotów osobie objętej tym środkiem. Przestępstwo ma charakter materialny (a skutkiem jest udaremnienie wykonywania orzeczonego środka zabezpieczającego [...])”;

- „[s]prawcą przestępstwa z art. 244b § 1 może być jedynie osoba zobowiązana do stosowania się do obowiązków związanych z orzeczoną wobec niej środkiem zabezpieczającym (przestępstwo indywidualne), **z art. 244b § 2 zaś każdy, oczywiście poza osobą, wobec której wskazany środek zastosowano (przestępstwo powszechne)** [podkr. wł.]. Strona podmiotowa w obu przypadkach wyraża się w umyślności (zamiar bezpośredni i ewentualny)” [Kodeks karny. Komentarz, pod red. M. Mozgawy, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 665-666].

Z kolei komentarz K. Wiaka do art. 244b k.k. rozpoczyna fragment „[u]zasadnienia rządowego projektu ustawy z 15.5.2014 r. o zmianie ustawy -

Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Sejm VII kadencji Druk Nr 2393)” o treści: „<Ponieważ możliwość zmiany sposobu wykonywania kary dotyczy wyłącznie kary ograniczenia wolności, niezbędne było wprowadzenie przepisu, odnoszącego się do sytuacji, kiedy nie jest możliwe wykonywanie środka karnego lub zabezpieczającego połączonego z DE. W zakresie środka karnego, w Kodeksie karnym istnieje art. 244 KK dotyczący takiej sytuacji. Brak natomiast analogicznej regulacji dotyczącej środka zabezpieczającego, co przy wprowadzeniu licznych środków o charakterze wolnościowym, stosowanych wobec osób poczytalnych, oznaczałoby, że sprawca mógłby bezkarnie lekceważyć obowiązki związane z takim środkiem, co - z uwagi na ich charakter - wiązałoby się z zagrożeniem dla społeczeństwa np. w razie uchylania się przez sprawcę od terapii czy DE. Projektodawca uznał zatem, że potrzebna jest sankcja karna za naruszenie przez sprawcę takich obowiązków, co powstrzymywać będzie przed ich lekceważeniem. Sankcję tę wprowadzono w proj. art. 244b KK. Art. 244b § 1 odnosi się do naruszenia dowolnych obowiązków związanych ze środkiem zabezpieczającym; sprawcą tego czynu może być wyłącznie osoba, wobec której środek orzeczono. Natomiast art. 244b § 2 odnosi się do udaremniania środka zabezpieczającego w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu, w szczególności poprzez uszkodzenie nadajnika. Czyn ten popełnić może jedynie inna osoba, nie zaś sprawca, wobec którego orzeczono środek zabezpieczający. Jeżeli bowiem sprawca sam uszkodzi noszony przez siebie nadajnik, będzie odpowiadał na podstawie art. 244b § 1. Konstrukcja normy § 2 ma zaś na celu penalizowanie sytuacji, w których nadajnik zostanie celowo uszkodzony np. przez kolegę lub konkubinę sprawcy, aby udaremnąć wykonywanie środka. Przepis § 2 wprowadzono, aby uniemożliwić «obchodzenie» normy § 1> (<http://legislacja.rcl.gov.pl/-/docs//2/194900/194908/194909/dokument96307.pdf>)” [*Kodeks karny. Komentarz*, pod red. A. Grześkowiak i K. Wiaka, op. cit., s. 1166-1167].

Opisując genezę art. 244b k.k., K. Wiak stwierdził, że przepis ten „został dodany do Kodeksu karnego nowelizacją z 20.2.2015 r. Celem tej zmiany było zapewnienie stosowania się przez sprawcę do nałożonych obowiązków związanych z wykonywaniem środka zabezpieczającego, w tym połączonego z dozorem elektronicznym”, po czym dodał, że „[p]ropozycję wprowadzenia art. 244b § 1 KK skrytykowała Helsińska Fundacja Praw Człowieka. W opinii z 26.1.2015 r. uznano, iż przepis ten nie przyczyni się do większej skuteczności środków zabezpieczających. Zarzucono również, że jest niezgodny z zakazem podwójnego karania za ten sam czyn (*ne bis in idem*) gdyż <prowadzi do dwukrotnej penalizacji tego samego czynu. Raz będzie to sankcja o charakterze leczniczym, a drugi raz o charakterze karnym> (http://senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/pubhc/k8/dokuinenty/konsultacje/809/809_hfpc.pdf)” [*ibidem*, s. 1167].

Odnosząc się z kolei do dobra chronionego w art. 244b k.k., podmiotu tego przestępstwa oraz do jego strony przedmiotowej i podmiotowej, K. Wiak stwierdził, że:

- „[d]obrem chronionym w art. 244b KK jest prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości w zakresie respektowania rozstrzygnięć sądu nakładającego obowiązki związane z orzeczoną wobec sprawcy środkiem zabezpieczającym, w tym w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu”;

- „[s]prawcą przestępstwa określonego w art. 244b § 1 KK może być tylko osoba zobowiązana do stosowania się do obowiązków związanych z orzeczoną wobec niej środkiem zabezpieczającym (przestępstwo indywidualne). Przestępstwo z art. 244b § 2 KK jest powszechne, jego sprawcą może być każdy, poza osobą, wobec której orzeczono środek zabezpieczający w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu”;

- „[c]zynność sprawcza czynu zabronionego z art. 244b § 1 KK polega na niestosowaniu się do obowiązków związanych z orzeczoną wobec sprawcy środkiem zabezpieczającym. Przestępstwo jest formalne. W zależności od

charakteru obowiązku, może być popełnione przez działanie (np. uszkodzenie nadajnika służącego do elektronicznej kontroli miejsca pobytu) lub przez zaniechanie (np. niestawiennictwo w placówce leczenia odwykowego we wskazanym terminie przez osobę, wobec której orzeczono terapię uzależnień). [...] Zachowanie sprawcze określone w art. 244b § 2 KK polega na bezprawnym udaremnieniu wykonywania orzeczonego wobec innej osoby środka zabezpieczającego w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu. Ustawodawca nie kryminalizuje „utrudniania”, lecz wymaga „udaremnienia” wykonywania orzeczonego obowiązku, co należy rozumieć jako wytworzenie sytuacji w jakiej elektroniczna kontrola miejsca pobytu innej osoby stała się niemożliwa do prowadzenia (np. zniszczenie lub uczynienie niezdadnymi do użytku technicznych środków wykonywania dozoru elektronicznego, takich jak nadajnik lub rejestrator). Jest to przestępstwo materialne, jego skutkiem jest udaremnienie wykonywania orzeczonego środka zabezpieczającego”;

- [p]rzestępstwo może być popełnione umyślnie, zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym” (*ibidem*, s. 1167-1168).

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, „karanie osób uzależnionych i chorych za zaniechanie poddania się środkom zabezpieczającym nie tylko jest nieskuteczne, ale także niezgodne z Konstytucją RP” oraz „[j]uż samo stwierdzenie nieskuteczności niesie za sobą podejrzenie niezgodności z zasadą proporcjonalności zawartą w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP” (uzasadnienie wniosku, s. 44).

Rzecznik stwierdził, że fundamentalne znaczenie przy ocenie zgodności kwestionowanego przepisu z art. 2 Konstytucji mają „dwie, interpretowane z tej normy ustawy zasadniczej”, zasady: zasada praworządności materialnej i zasada *ne bis in idem*.

Odnosnie do zasady praworządności materialnej Rzecznik, powołując się na poglądy B. Banaszaka (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*.

Komentarz, Warszawa 2012, s. 44), stwierdził, że „zasada praworządności powinna być rozumiana nie tylko w jej wymiarze formalnym, a więc w sposób ograniczający się do porównania działań organów państwa z obowiązującym prawem i stwierdzenia ewentualnych niezgodności w tej relacji. Analizując zasadę praworządności w znaczeniu materialnym, dokonuje się oceny samego prawa. Innymi słowy, analiza materialna nakazuje zweryfikować przepisy prawne pod kątem realizowanych przez nie wartości. (...)”

Głównym źródłem wartości, które powinien realizować i urzeczywistniać ustawodawca jest Konstytucja RP. W tym wymiarze art. 2 Konstytucji staje się podstawą do kontroli aktu normatywnego z perspektywy realizowanych przez niego wartości i ich zgodności z ustawą zasadniczą. Już sama zasada demokratycznego państwa prawnego niesie za sobą szereg wartości, które ustawodawca powinien urzeczywistniać: zasada równości praw i równości wobec prawa, ochrony praw i wolności jednostki, sprawiedliwości, demokratyzmu” (uzasadnienie wniosku, s. 44-45).

Naruszenia przez zaskarżony przepis zasady praworządności materialnej Rzecznik upatruje w tym, że „[u]stawodawca (...) chce stosować, wobec osób o poważnych dysfunkcjach, karę jako czynnik mający ich skłonić do realizacji orzeczonych obowiązków. Wydaje się to wątpliwe z kilku względów”, gdy tymczasem, z punktu widzenia funkcji kary, „[w] przypadku art. 244b § 1 k.k. trudno odnaleźć w nim aspekty sprawiedliwościowe i ochronne. Środki podjęte w celu realizacji aspektu wychowawczego wydają się natomiast dalece nieskuteczne” (uzasadnienie wniosku, s. 45-46).

Na wstępie trzeba podnieść, że art. 244b k.k. składa się z dwóch jednostek redakcyjnych (paragrafów), w których spenalizowano naganne zachowania dwóch różnych grup podmiotów.

Strona podmiotowa przestępstwa z § 1 art. 244b k.k. obejmuje osoby, wobec których orzeczono środki zabezpieczające. Jest to więc przestępstwo indywidualne.

Tymczasem strona podmiotowa przestępstwa z § 2 art. 244b k.k. obejmuje nieograniczony krąg podmiotów, **poza osobą, wobec której wskazany środek** (elektroniczna kontrola miejsca pobytu) **zastosowano**. Jest to więc przestępstwo powszechne.

Niekonstytucyjności art. 244b k.k. Wnioskodawca upatruje w penalizacji naganego zachowania osoby, wobec której orzeczono środek (środki) zabezpieczające, a nie naganego zachowania osoby trzeciej, która udaremnia wykonywanie wobec innej osoby środka zabezpieczającego.

Biorąc to pod uwagę, należy stwierdzić, iż zarzutem Wnioskodawcy (karanie osoby, wobec której orzeczono środek [środki] zabezpieczający, za jej naganne zachowanie związane z tym orzeczeniem) nie jest objęta norma zawarta w art. 244b § 2 k.k.

W konsekwencji trzeba więc przyjąć, że w zakresie zarzutu zawartego w pkt IV *petitum* wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich, obejmującego art. 244b § 2 k.k., postępowanie w niniejszej sprawie podlega umorzeniu, na podstawie art. 104 ust. 1 pkt 2 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Odnosząc się do kwestii naruszenia przez kwestionowany przepis art. 244b § 1 k.k. zasady praworządności materialnej (art. 2 Konstytucji), należy zauważyć, iż powoływanie się na tę zasadę jako wzorzec kontroli konstytucyjności nie jest właściwe.

W wyroku z dnia 6 marca 2012 r., w sprawie o sygn. akt K 15/08, Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się do kwestii kontroli przepisu prawa z zasadą praworządności materialnej, przypomniał, że „na tę zasadę powoływano się wielokrotnie przed uchwaleniem Konstytucji z 1997 r. Jak stwierdził Trybunał w orzeczeniu z 30 listopada 1988 r. o sygn. K 1/88, <[z]asada praworządności

materialnej wymaga, by prawo wyrażało wartości odpowiadające demokratycznemu charakterowi państwa. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 1 Konstytucji prawa Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej mają być «wyrazem interesów i woli ludu pracującego». Konstytucja odsyła zatem do najbardziej podstawowych wartości uznawanych przez ustrojodawcę państwa socjalistycznego za godne realizacji i ochrony z punktu widzenia ogólnospołecznego; są nimi interes i wola ludu pracującego» (OTK w 1988 r., poz. 6). Z zasady praworządności materialnej wpisanej do Konstytucji PRL <rozwinęła się> zasada demokratycznego państwa prawnego, która jednocześnie - wyrażając wartości wolnościowe i demokratyczne - stanowi zaprzeczenie tamtej, przynależnej do instrumentarium ideologicznego państwowości socjalistycznej (...). Konsekwentnie klauzula <praworządności materialnej> nie występuje w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego po wejściu w życie Konstytucji z 1997 r.» (OTK ZU seria A nr 3/2012, poz. 24).

W konsekwencji, postępowanie w sprawie zbadania zgodności art. 244b § 1 k.k. z zasadą praworządności materialnej, jako zasadą wywodzoną z art. 2 Konstytucji, podlega umorzeniu, na podstawie art. 104 ust. 1 pkt 2 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, art. 244b § 1 k.k. narusza zasadę *ne bis in idem*, dlatego że „[p]ozornie tylko kara wymierzana na podstawie tego przepisu jest karą za inny czyn zabroniony niż ten, który stał się podstawą do wymierzenia środka zabezpieczającego. Kara w tym przypadku wymierzana jest za zaniechanie poddania się środkom zabezpieczającym, a więc wiąże się ściśle z czynem, który sprawca popełnił uprzednio. Należy zauważyć, że popełniając pierwotnie czyn zabroniony sprawcę dotykał ten sam problem, który towarzyszy mu podczas popełniania czynu z art. 244b § 1 k.k. Oznacza to tym samym, że zamiast podejmować oddziaływania o charakterze innym niż karny, niosące pomoc sprawcy, a jednocześnie mające skutek prewencyjny,

ustawodawca zdecydował się na rozbudowanie zakresu kryminalizacji. Ustawodawca tym samym doprowadził do takiej sytuacji, w której nie udziela się pomocy sprawcy z dysfunkcjami opisanymi w art. 93c k.k., ale multiplikuje się nakładane na niego sankcje karne” (uzasadnienie wniosku, s. 47-48).

Treść zasady *ne bis in idem* została ukształtowana przez jednolite orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 listopada 2004 r., w sprawie o sygn. akt K 18/03, „[z]asada *ne bis in idem* należy do fundamentalnych zasad prawa karnego, toteż jest elementem zasady państwa prawnego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady, w szczególności zaś stworzenie organowi władzy publicznej kompetencji do dwukrotnego zastosowania środka represyjnego wobec tego samego podmiotu za ten sam czyn, stanowiłoby naruszenie regulacji konstytucyjnych” (OTK ZU seria A nr 10/2004, poz. 103).

Tezę tę Trybunał Konstytucyjny powtórzył w wyroku z dnia 18 listopada 2010 r., w sprawie o sygn. P 29/09, a ponadto, określając źródła i treść zasady *ne bis in idem*, dodał, że „[w]yraża ona zakaz podwójnego (wielokrotnego) karania (stosowania środka represyjnego) tej samej osoby fizycznej za popełnienie tego samego czynu zabronionego. Podwójne (wielokrotne) karanie tej samej osoby za ten sam czyn stanowi bowiem naruszenie zasady proporcjonalności reakcji państwa na naruszenie obowiązku prawnego (...).

Zasada *ne bis in idem* została wyrażona wprost w następujących aktach prawa międzynarodowego, które obowiązują bezpośrednio w polskim systemie prawnym.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji (Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności - przyp. wł.) *nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu przed sądem tego samego państwa za przestępstwo, za które został uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem lub uniewinniony zgodnie z ustawą i zasadami postępowania karnego tego państwa. Należy podkreślić, że wykładnia celowościowa treści tego*

postanowienia wskazuje, iż chodzi tu o zachowania, które w systemie prawa krajowego nie muszą być zdefiniowane jako przestępstwo. Natomiast pojęcie <postępowanie karne> należy definiować jako postępowanie w <sprawie karnej> w rozumieniu art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (...). Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwą Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) postępowaniami karnymi są postępowania, które - obok przestępstw - dotyczą również wykroczeń, niektórych deliktów prawa podatkowego, a także niektórych deliktów prawa administracyjnego. Ustalenie gałęzi prawa, do której należą przepisy definiujące czyn karalny, stanowi, zdaniem ETPC, jedynie formalny etap badania, czy mamy do czynienia ze sprawą karną (...). Większą wagę ETPC przykłada bowiem do natury czynu karalnego (...) oraz charakteru sankcji grożącej za popełnienie danego czynu karalnego (...).

Art. 14 ust. 7 MPPOiP (Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych - przyp. wł.), stanowiąc, że nikt nie może być ponownie ścigany lub karany za przestępstwo, za które już raz został prawomocnie skazany lub uniewinniony zgodnie z ustawą i procedurą karną kraju, zakazuje nie tylko prowadzenia ponownego procesu, lecz także skazania osoby, wobec której wydane zostało prawomocne orzeczenie sądu. (...)

Należy przy tym podkreślić, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości WE (dalej: TS) przyjmuje się, iż obowiązywanie zasady ne bis in idem, ustanowionej w art. 54 Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. między Rządami Państw Unii Gospodarczej Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec oraz Republiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach (Dz. Urz. UE L 239 z 22.09.2000, s. 19; dalej: KWUS), nie ogranicza się wyłącznie do skazujących i uniewinniających wyroków sądów. W wyroku z 11 lutego 2003 r. (sygn. akt C-187/2001) [...] TS podkreślił, że zasada ne bis in idem ma również zastosowanie do postępowania, na mocy którego dalsze ściganie jest niedopuszczalne, nawet jeżeli postępowanie

to toczyło się bez udziału sądu. Zdaniem TS, decydujące znaczenie mają w tym zakresie skutki powyższego postępowania. (...) Nie ma (...) decydującego znaczenia ani forma ostatecznego rozstrzygnięcia kończącego postępowanie, ani jego pochodzenie od określonego organu procesowego. Dla uznania, że mamy do czynienia z prawomocnym wyrokiem w rozumieniu art. 54 KWUS, istotne jest, aby orzeczenie miało charakter ostatecznego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej danej osoby, na podstawie którego została wymierzona i wykonana kara” (OTK ZU seria A nr 9/2010, poz. 104).

Skoro zatem, jak wprost wynika z powołanego wyżej orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, zasada *ne bis in idem* wyraża zakaz podwójnego (wielokrotnego) karania (stosowania środka represyjnego) tej samej osoby fizycznej za popełnienie tego samego czynu zabronionego, to jeżeli środek zabezpieczający, o czym wcześniej była mowa, nie jest środkiem represji karnej i jego zastosowanie nie prowadzi do ukarania za czyn zabroniony, to ukaranie osoby, wobec której orzeczono środek zabezpieczający, za popełnienie przez nią przestępstwa z art. 244b § 1 k.k. nie może być rozpatrywane w kategoriach naruszenia bądź nie zasady *ne bis in idem*.

Reasumując tę część rozważań, należy stwierdzić, że, wynikająca z art. 2 Konstytucji, zasada *ne bis in idem* nie jest adekwatnym wzorcem kontroli art. 244b § 1 k.k., co jednocześnie oznacza, że przepis ten nie jest niezgodny z tą zasadą.

Kolejnymi wzorcami kontroli art. 244b § 1 k.k. Rzecznik Praw Obywatelskich uczynił art. 30 i art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Zdaniem Rzecznika, art. 244b § 1 k.k. jest dlatego niezgodny z art. 30 Konstytucji, ponieważ „w ewidentny sposób narusza istotę godności człowieka i wynikającą z niego autonomię, pozbawiając sprawcę jakichkolwiek możliwości odmowy wzięcia udziału w leczeniu” - „kryminalizuje coś, co powinno być

uznane za zwykły przejaw autonomii człowieka” (uzasadnienie wniosku, s. 48-49).

Zdaniem Rzecznika, dopuszczalne jest leczenie przymusowe, „ale powinno mieć ono charakter wyjątkowy, stosowany w nadzwyczajnych przypadkach i tylko wtedy, gdy nie narusza godności pacjenta. Rzecznik Praw Obywatelskich nie neguje idei środków zabezpieczających w ogóle, czy też nakładania na sprawcę obowiązku poddania się oddziaływaniom mającym na celu wyeliminowanie towarzyszących mu dysfunkcji. Czym innym jest jednak nałożenie obowiązku poddania się środkom zabezpieczającym, a czym innym nałożenie na zaniechanie realizacji tego obowiązku rygoru bezprawności i karalności, a więc zakwalifikowanie takiego zachowania do kategorii czynów zabronionych i - w konsekwencji - przestępstw. Nie można nie zgodzić się z orzeczeniem Trybunału, wedle którego <odmowa leczenia nie jest zachowaniem bezprawnym. Osoba uzależniona ma prawo do wolności osobistej i ochrony godności> (wyrok TK z 4 lipca 2006 r., sygn. K 43/05)” [uzasadnienie wniosku, s. 48].

Oceniając natomiast zgodność art. 244b § 1 k.k. z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, Rzecznik Praw Obywatelskich stwierdził, że kwestionowana regulacja nie spełnia kryterium przydatności, ponieważ nie rozwiązuje problemu, któremu stosowanie tych środków ma zapobiegać, a tylko „mnoży problemy, stawiając sprawcę tego czynu zabronionego w sytuacji zupełnie nieadekwatnej do jego kondycji zdrowotnej (uzasadnienie wniosku, s. 50).

Rzecznik zauważył, iż „[w] perspektywie rozważań poczynionych na gruncie dyrektywy przydatności, także konieczność kwestionowanej regulacji budzi istotne wątpliwości. W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, konieczność wspomnianej regulacji nie może być wykazana w sytuacji, gdy jest ona nieprzydatna dla osiągnięcia wyznaczonego jej celu. Nie tylko nie można przyjąć, że jest ona konieczna do realizacji funkcji środków zabezpieczających,

ale także nie jest ona konieczna do zapewnienia prawidłowego działania wymiaru sprawiedliwości. W tej perspektywie nie jest też konieczne prowadzenie analizy pod kątem zasady proporcjonalności sensu stricto, gdyż choćby tylko wynik był negatywny z perspektywy już jednej przesłanki, należy przyjąć, że art. 31 ust. 3 Konstytucji RP został naruszony” (*ibidem*).

Argumentacja Rzecznika Praw Obywatelskich, zawarta w tej części uzasadnienia wniosku, zasługuje na akceptację.

Na wstępie należy stwierdzić, że nietrafna jest teza zawarta w uzasadnieniu projektu wprowadzenia do porządku prawnego art. 244b k.k., że przepis ten dotyczy osób, wobec których orzeczono tylko wolnościowe środki zabezpieczające, i penalizuje ich zachowania polegające na lekceważeniu obowiązków związanych z takimi środkami, co - z uwagi na charakter tych środków - wiąże się z zagrożeniem dla społeczeństwa (np. w razie uchylania się przez sprawcę od terapii).

Art. 244b § 1 k.k. nie różnicuje bowiem wolnościowych i izolacyjnych środków zabezpieczających, co oznacza, że obejmuje zakresem penalizacji zarówno jedne, jak i drugie środki.

Nietrafne jest również stwierdzenie, że art. 244b § 1 k.k. obejmuje środki zabezpieczające orzekane tylko wobec osób poczytalnych.

Poza wypadkiem sprawcy czynu zabronionego, o którym mowa w art. 93c pkt 1 k.k. (sprawca całkowicie niepoczytalny), orzeczenie izolacyjnego środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym następuje **również**, o czym wcześniej była mowa, w wyroku skazującym na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności i wówczas (sprawca poczytalny lub poczytalny częściowo w rozumieniu art. 31 § 2 k.k.) wykonanie takiego środka, z wyjątkiem określonym w art. 202a § 1 k.k.w., może nastąpić dopiero po wykonaniu kary (warunkowym zwolnieniu).

Natomiast wolnościowy środek zabezpieczający może być orzeczony także w trakcie wykonywania kary pozbawienia wolności (art. 93d § 4 k.k.).

Trzeba jednak pamiętać, o czym wcześniej też była mowa, że orzeczenie w wyroku skazującym na karę pozbawienia wolności izolacyjnego środka zabezpieczającego nie jest równoznaczne z jego wykonaniem.

Sąd ustala bowiem potrzebę i możliwości wykonania orzeczonego środka zabezpieczającego nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności (art. 93d § 3 k.k.), a jeżeli do wykonania środka zabezpieczającego już doszło (np. w odniesieniu do sprawców całkowicie niepoczytalnych), sąd, nie rzadziej niż co 6 miesięcy, orzeka w przedmiocie dalszego stosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym (nie rzadziej niż co 12 miesięcy, gdy chodzi o pozostałe środki zabezpieczające) [art. 204 § 1 i 4 k.k.w.].

Trzeba do tego dodać, że, uchylając środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, sąd może orzec jeden lub więcej ze środków zabezpieczających, o których mowa w art. 93a § 1 pkt 1-3 (art. 93d § 2 k.k.).

Powyższe wskazuje na to, że „kłopoty” z realizacją obowiązków nałożonych przez wolnościowe środki zabezpieczające może mieć nie tylko osoba poczytalna (całkowicie lub częściowo), której za popełnione przestępstwo wymierzono karę (w tym karę pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia), ale też sprawca czynu zabronionego, co do którego umorzono postępowanie karne wobec jego całkowitej niepoczytalności (art. 31 § 1 k.k.).

Sprawcą przestępstwa z art. 244b § 1 k.k. - poza osobami poczytalnymi (całkowicie lub częściowo) - może się zatem okazać osoba niepoczytalna, wobec której aktualnie wykonywany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, jak również osoba niepoczytalna w sytuacji, w której orzeczony wobec niej izolacyjny środek zabezpieczający zamieniono na środek wolnościowy.

Wydaje się, że co do wszystkich kategorii sprawców, objętych dyspozycją art. 244b § 1 k.k., a tych dwóch ostatnich - w szczególności (sprawcy niepoczytalni), cel wprowadzenia tego przepisu (zmuszenie do respektowania rozstrzygnięć sądu nakładającego obowiązki związane z orzeczoną wobec sprawcy środkiem zabezpieczającym) może nie zostać zrealizowany, ponieważ, właściwa tej kategorii sprawców, świadomość własnej niepoczytalności (bezkarności) może skutecznie cel ten zniweczyć.

Z drugiej strony trzeba mieć na uwadze, że środki zabezpieczające są orzekane wobec osób (sprawców przestępstw) o mniejszej bądź większej (poważniejszej) ułomności psychicznej.

Z tych względów wydaje się wysoce prawdopodobne, że owa ułomność będzie towarzyszyła tym osobom także przy popełnieniu przestępstwa z art. 244b § 1 k.k. Oczywiście ranga tego czynu zabronionego wyklucza zastosowanie izolacyjnego środka zabezpieczającego (co do zasady - brak przesłanki znacznego stopnia społecznej szkodliwości), ale środka wolnościowego - już nie.

W praktyce może więc dochodzić do sytuacji, gdy art. 244b § 1 k.k. nie powstrzyma sprawców przed lekceważeniem obowiązków związanych z orzeczonymi środkami zabezpieczającymi i w rezultacie może dochodzić do orzekania kolejnych środków zabezpieczających, które sprawcy również mogą lekceważyć (przestępstwo z art. 244b § 1 k.k. może być popełniane wielokrotnie).

W tych warunkach można zasadnie stwierdzić, że art. 244b § 1 k.k. przyczynia się nie do wzmocnienia (jak zakładano), lecz do osłabienia efektywności wykonania środków zabezpieczających.

Być może właściwszym instrumentem prawnym, umożliwiającym reakcję na uchylanie się przez sprawców od realizacji wolnościowego środka zabezpieczającego po zakończeniu odbywania przez nich kary pozbawienia wolności lub po warunkowym zwolnieniu, byłoby orzeczenie w takich okolicznościach o umieszczeniu sprawcy w zakładzie psychiatrycznym w postępowaniu wykonawczym, to jest po prawomocnym zakończeniu

postępowania karnego, co w obowiązującym stanie prawnym **jest niedopuszczalne** (poza kategorią sprawców, określoną w art. 31 § 1 k.k., izolacyjny środek zabezpieczający orzekany jest tylko w wyroku skazującym). Tego rodzaju rozwiązanie wpisywałoby się w obowiązujący system nadzoru sądowego nad wykonywaniem środków zabezpieczających, w którym sąd ma obowiązek przeprowadzania okresowych ocen zasadności dalszego stosowania tego środka.

Powyższe argumenty wydają się wystarczające do stwierdzenia, że zaskarżona regulacja nie spełnia kryterium „konieczności”, w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Niezbędne wydaje się jednak rozwinięcie, zawartego w uzasadnieniu wniosku, trafnego argumentu Rzecznika Praw Obywatelskich, że czym innym jest nałożenie obowiązku poddania się środkom zabezpieczającym, a czym innym „nałożenie na zaniechanie realizacji tego obowiązku rygoru bezprawności i karalności, a więc zakwalifikowanie takiego zachowania do kategorii czynów zabronionych i - w konsekwencji - przestępstw”.

W uzasadnieniu projektu wprowadzenia do porządku prawnego art. 244b stwierdzono, że przepis ten wypełnia brak regulacji analogicznej do regulacji art. 244 k.k.

Z kolei w doktrynie stwierdza się wprost, że układ znamion typu czynu zabronionego określonego w nowym art. 244b § 1 k.k. jest wzorowany na układzie znamion czynów zabronionych stypizowanych w art. 244 k.k. i art. 244a § 1 k.k. Identycznie ujęte zostało w szczególności znamię czynnościowe (*vide* - J. Majewski, Komentarz do zmiany art. 244(b) Kodeksu karnego, [w:] *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1456319791609_1589595838).

Tymczasem kategorie czynów zabronionych, objętych dyspozycją art. 244 k.k. i art. 244a k.k. oraz dyspozycją art. 244b § 1 k.k., nie są jednakowe.

Wprawdzie przedmiot ochrony w art. 244 k.k., art. 244a k.k. i art. 244b § 1 k.k. jest taki sam i jest nim prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, a ściślej - respektowanie orzeczeń sądowych ustanawiających określone rodzaje nałożonych na skazanego (sprawcę czynu zabronionego) obowiązków, to cele kryminalizacji w art. 244 k.k. i art. 244a k.k. - w porównaniu z art. 244b § 1 k.k. - są już odmienne.

Owe cele kryminalizacji wynikają z charakteru samych obowiązków nałożonych na skazanego.

Objęte art. 244 k.k. zachowanie sprawcze polega na nierespektowaniu orzeczeń sądu dotyczących orzeczonego przez sąd zakazu, obowiązku (w art. 244a k.k. - obowiązku przebywania w miejscu stałego pobytu albo obowiązku stawiennictwa w wyznaczonym przez Policję miejscu w czasie trwania imprezy masowej) lub nakazu bądź też niewykonywaniu zarządzenia sądu o ogłoszeniu orzeczenia w sposób w nim przewidziany.

Trzeba dodać, że w art. 244 k.k. kryminalizowane jest nie tylko nieprzestrzeganie zakazów stanowiących środki karne określone w art. 39 k.k., ale też nieprzestrzeganie zakazów orzekanych przez sąd na innej podstawie prawnej [*vide* - M. Mozgawa, Komentarz do art. 244 Kodeksu karnego, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1456477876994_49641439]].

Natomiast art. 244b § 1 k.k. kryminalizuje niestosowanie się skazanego (sprawcy czynu zabronionego) do określonych w ustawie obowiązków związanych z orzecznym wobec niego środkiem zabezpieczającym, **który** (o czym wcześniej była mowa) **odmiennie niż środek karny, nie ma charakteru represyjnego, tylko leczniczy**, co oznacza, że w stosunku do skazanego, wobec którego orzeczono środek zabezpieczający i jest prowadzone leczenie, stosowanie sankcji za „niewykonywanie obowiązków” **w istocie penalizuje odmowę leczenia.**

Trafnie w związku z tym Rzecznik Praw Obywatelskich powołał się na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 lipca 2006 r., w sprawie o sygn. akt K 43/05.

W uzasadnieniu powołanego wyroku Trybunał podkreślił bowiem, że *„odmowa leczenia nie jest zachowaniem bezprawnym (podkr. wł.). Osoba uzależniona ma prawo do wolności osobistej i ochrony godności. Sposób życia osoby odmawiającej leczenia odwykowego wymaga interwencji władzy publicznej z innych powodów, które ustawa antyalkoholowa traktuje jako przesłanki wystąpienia organów ze sfery władzy publicznej (gminnej komisji lub prokuratora) do sądu, mającego orzec o ograniczeniu praw tej osoby ze względu na bezpieczeństwo i porządek publiczny oraz prawa i wolności innych osób”* (OTK ZU seria A nr 7/2006, poz. 78).

Skoro zatem środki zabezpieczające są środkami o charakterze leczniczym, a odmowa leczenia nie jest zachowaniem bezprawnym, to kryminalizowanie takiej odmowy, którą przecież jest w istocie niestosowanie się sprawcy czynu zabronionego do obowiązków związanych z orzeczoną wobec niego środkiem zabezpieczającym (np. niestawiennictwo na terapii uzależnień), narusza wolność osobistą i godność sprawcy przez to, że prowadzi do orzeczenia kary kryminalnej za czyn, któremu nie można przypisać cechy bezprawności.

Gdyby nawet uznać, że penalizowane w art. 244b § 1 k.k. zachowania sprawcy czynu nie mają nic wspólnego z faktyczną odmową leczenia, to i tak penalizacja tych zachowań nie spełnia testu proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji) ograniczenia prawa do wolności osobistej oraz narusza prawo do godności jednostki.

O niespełnianiu przez art. 244b § 1 k.k. wymogu konieczności (realne zagrożenie dla realizacji celu tej regulacji), w tym o możliwości wyboru środka mniej ingerującego w prawa i wolności konstytucyjne sprawcy, była już mowa wcześniej.

Można tylko dodać, że uzasadnieniem dla respektowania przez art. 244b § 1 k.k. wymogu „konieczności” nie mogą być przesłanki, które legły u podstaw zastosowania środka zabezpieczającego, z którym związane są lekceważone przez sprawcę obowiązki.

Wszak czyn z art. 244b § 1 k.k. stanowi odrębne przestępstwo od tego, którego **ponownemu** popełnieniu w przyszłości przez sprawcę orzeczony środek zabezpieczający ma zapobiegać (art. 93b § 1 k.k.).

Reasumując, art. 244b § 1 k.k. jest niezgodny z art. 30 i art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Hernand
Zastępcą Prokuratora Generalnego