



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Adam Bodnar

Warszawa,

23/12/2015

II.566.2.2015.KŁS/MK

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCLARIA	
wpl. dnia	28. 12. 2015
L.dz. L. zał.	

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2014 r., poz. 1648 ze zm.)

wnoszę 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 orzeczony 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.

Uzasadnienie

Środki zabezpieczające są w prawodawstwach karnych w Europie konstrukcją stosunkowo nową. Debaty dotyczące ich wprowadzenia do systemów prawnych toczyły się od drugiej połowy XIX w., a swój normatywny wyraz znalazły dopiero na przełomie XIX i XX w. Swoistym *novum* wiążącym się ze środkami zabezpieczającymi było to, że stanowiły one nie tyle odpowiedź na czyn sprawcy oraz nie miały nieść za sobą sankcji będącej konsekwencją popełnienia czynu zabronionego, ale były projektowane jako reakcja na możliwość popełnienia przez sprawcę kolejnego czynu zabronionego z uwagi na szczególne właściwości sprawcy wskazujące na jego społeczne niebezpieczeństwo (L. Paprzycki (red.), *System prawa karnego. Tom 7. Środki zabezpieczające*, Warszawa 2015, s. 3-4). Odpowiedzialność karna, a więc reakcja i dolegliwość związana z zachowaniem sprawcy, spełniającym wszystkie elementy przestępności czynu, a więc cechującym się bezprawnością, karalnością, zawinieniem i społeczną szkodliwością, nakierowana jest przede wszystkim na przeszłość. Innymi słowy, klasyczna odpowiedzialność karna dotyczy czynów, które już się wydarzyły, prowadzi do ich oceny i w konsekwencji do wymierzenia kary proporcjonalnej, a przez to zbliżającej się do ideału kary sprawiedliwej. Widać to najbardziej wyraziście w przypadku retrybutywnego podejścia do kary, które – w ujęciu bardzo ogólnym – traktuje ją, jako sprawiedliwą odpłatę za wyrządzone zło. Niemniej, także w przypadku spojrzenia na problem odpowiedzialności karnej z perspektywy sprawiedliwości naprawczej widać, że reakcja na czyn sprawcy jest nakierowana przede wszystkim na zdarzenie przeszłe, a w tym przypadku zwłaszcza na naprawienie jego konsekwencji, zarówno dotyczących pokrzywdzonego, samego sprawcy, jak i ich otoczenia. Nie oznacza to, że funkcja prewencyjna nie odgrywa żadnej roli w prawie karnym, przeciwnie, wskazywana jest jako jeden z istotnych celów kary, niemniej ma charakter wtórny wobec funkcji sprawiedliwościowej i ochronnej, a więc nie powinna stanowić samodzielnej przyczyny podjęcia decyzji kryminalizacyjnej przez ustawodawcę (E. Hryniewicz, *Kara kryminalna w świetle Konstytucji RP*, Warszawa 2015, s. 413).

Tak, jak odpowiedzialność karna nastawiona jest głównie retrospektywnie, tak środki zabezpieczające mają charakter przede wszystkim prospektywny, choć źródło swojej legitymizacji w konkretnym przypadku powinny czerpać z zaistniałego czynu. Przede wszystkim, środki zabezpieczające mają zaradzać problemowi braku możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osób, którym z uwagi na różnego rodzaju okoliczności nie można postawić zarzutu, a więc nie ponoszącym winy, lub ponoszącym winę w stopniu ograniczonym. Jak zauważyli W. Wróbel i A. Zoll: „prawo karne niejednokrotnie jest konfrontowane z sytuacjami, w których sprawca czynu zabronionego nie może ponosić odpowiedzialności karnej z uwagi na niemożność przypisania mu winy lub też jego вина jest znacznie ograniczona. Niekiedy jest to związane z zaburzeniami osobowości, stanami uzależnienia od alkoholu lub środków odurzających, niedojrzałością emocjonalną lub społeczną, czy wręcz chorobą psychiczną” (W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2010, s. 546). Wyłączenie takich osób ze zbioru podmiotów zdolnych do ponoszenia jakiejkolwiek odpowiedzialności karnej lub – w sytuacji ograniczonych możliwości poniesienia winy – pełnej odpowiedzialności karnej nie może budzić wątpliwości. Widać to zwłaszcza w przypadku osób niepoczytalnych, które w ujęciu subiektywnym nie są w stanie wyrządzić zła, gdyż nie rozpoznają znaczenia swoich czynów lub nie są w stanie pokierować swoim postępowaniem.

Środki zabezpieczające stosuje się jednak nie tylko wobec sprawców niepoczytalnych lub o poczytalności ograniczonej, ale także wobec tych, którzy zachowują pełną zdolność do ponoszenia winy, stwarzając jednak niebezpieczeństwo podejmowania kolejnych czynów naruszających dobra prawnie chronione. Zadaniem środków zabezpieczających nie jest jednak prowadzenie selekcji osób zamieszkujących terytorium państwa i ewentualne kwalifikowanie ich do zbioru osób niebezpiecznych, które należy niejako profilaktycznie izolować od społeczeństwa. Tym powinna różnić się koncepcja środków zapobiegawczych od pomysłu Cesarego Lombroso próbującego tworzyć antropologiczny typ przestępcy, a w konsekwencji model predestynacji do bycia

przestępcą, że środek zabezpieczający pozostaje w związku z czynem, a więc nie jest zupełnie pozbawiony elementu retrospektywnego (A. Golonka, *Niepoczytalność i poczytalność ograniczona*, Warszawa 2013, s. 71).

Kategorię środków zabezpieczających uwzględniono także w polskim kodeksie karnym. Ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396) dokonano poważnej zmiany w zakresie i treści tej regulacji, w tym rozbudowano znacznie katalog środków zabezpieczających oraz wyodrębniono pięć kategorii podmiotów, wobec których można je orzec (A. Barczak-Oplustil, *Środki zabezpieczające*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 671). Z perspektywy niniejszego wniosku szczególną uwagę należy zwrócić na to, że środki można stosować nie tylko zamiast kary, ale także w sposób postpenalny, a więc już po jej odbyciu. Zgodnie z art. 93a k.k. środkami zabezpieczającymi są: elektroniczna kontrola miejsca pobytu, terapia, terapia uzależnień oraz pobyt w zakładzie psychiatrycznym. Nadto, jeżeli ustawa tak stanowi, tytułem środka zabezpieczającego można orzec nakazy i zakazy określone w art. 39 pkt 2-3 k.k.

Analiza znowelizowanego rozdziału X kodeksu karnego o środkach zabezpieczających prowadzi do wniosków uzasadniających postawienie niektórym z przepisów zarzutu niezgodności z Konstytucją RP.

I. Niezgodność art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. – z art. 42 ust. 1 i art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, z art. 2 oraz z art. 30 Konstytucji.

Zgodnie z art. 93b § 3 k.k., środek zabezpieczający i sposób jego wykonania 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 wykonania, jeżeli poprzednio orzeczony środek stał się nieodpowiedni lub jego wykonanie nie jest możliwe.

W literaturze wskazuje się, że art. 93b § 3 k.k. statuuje zasadę proporcjonalności środka zabezpieczającego (A. Barczak-Oplustil, *Środki zabezpieczające*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 678). Owa proporcja miałaby zasadzać się przede wszystkim na odpowiednim dopasowaniu środka zabezpieczającego i sposobu jego wykonania do stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia. Jak twierdzi A. Barczak-Oplustil wskazana proporcja wyznacza „górną granicę ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych sprawcy, do którego dochodzi przez wykonanie orzeczonego środka zabezpieczającego; granicę ustalaną w perspektywie stopnia społecznej szkodliwości prognozowanego czynu zabronionego oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia” (A. Barczak-Oplustil, *Środki zabezpieczające*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 678). W doktrynie zauważa się nadto, że art. 93b § 3 k.k. ma przybierać funkcję gwarancyjną, pozwalając na zaprzestanie stosowania środka zabezpieczającego niezwłocznie, gdy ustąpią kryteria jego stosowania wskazane w tym przepisie (L. Paprzycki (red.), *System prawa karnego. Tom 7. Środki zabezpieczające*, Warszawa 2015, s. 367).

Rzecznik Praw Obywatelskich kwestionuje także zgodność art. 93g k.k. z Konstytucją. Przepis ten ma następujące brzmienie: „§ 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”. Należy zauważyć, że przepis ten dotyczy najsurowszego środka zabezpieczającego, najbardziej ingerującego w prawa i wolności integralnie związane z godnością człowieka. Tym bardziej, w tym przypadku standard oceny zgodności tych przepisów z Konstytucją RP powinien być zaostrożony i wymagający od ustawodawcy bardzo skrupulatnego zabezpieczenia proponowanych konstrukcji przed możliwościami ich nadużywania (por. J. Długosz, *Komentarz do art. 93g*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. T. II*, Warszawa 2015, Nb 1).

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich sposób realizacji zamierzeń gwarancyjnych w normach wynikających z art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. jest nie tylko chybiony, ale przede wszystkim niezgodny z art. 42 ust. 1, art. 47, art. 2, art. 30 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości. W pierwszej kolejności należy podjąć próbę rekonstrukcji wzorców konstytucyjnych, a następnie dokonać ważenia dóbr wchodzących w kolizję.

I.a. Wzorzec kontroli z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP

Nie ma wątpliwości, że środki zabezpieczające nie są karą kryminalną w sensie ścisłym, nie mają spełniać tych samych funkcji, a także nie są orzekane na tych samych podstawach. Jak już wyżej zauważono, kara kryminalna jest przejawem zastosowania normy sankcjonującej w

odpowiedzi na naruszenie przez sprawcę normy sankcjonowanej, w przypadku gdy spełnione są wszystkie warunki przestępności czynu, a więc jego bezprawność, karalność, zawinienie i społeczna szkodliwość w stopniu wyższym niż znikomy (L. Tyszkiewicz, *O definicji przestępstwa, jej strukturze i elementach*, „Problemy Prawa Karnego. Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego”, t. 21, nr 1485, Katowice 1995, s. 40; A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1991, nr 23, s. 93–94). Nie oznacza to jednak, że środki zabezpieczające są zupełnie wolne od mechanizmów wkraczających w sferę dóbr jednostki chronionych przez prawo, a przede wszystkim przez Konstytucję RP. Przeciwnie, instrumenty przewidziane w rozdziale X kodeksu karnego mogą prowadzić do ograniczenia człowieka w korzystaniu przez niego z konstytucyjnych wolności i praw. Wydaje się nawet, że – przynajmniej w odniesieniu do niektórych środków zabezpieczających – zakres możliwej ingerencji w wolności i prawa człowieka jest nawet szerszy niż w przypadku kar. Wszak, oprócz izolacji, środki zabezpieczające dopuszczają stosowanie różnorodnych oddziaływań terapeutycznych. Już zatem nawet powierzchowna analiza przedmiotowej problematyki wskazuje na niezwykle wrażliwą i delikatną przestrzeń dóbr jednostki, które są naruszane w procesie stosowania środków zabezpieczających. Rzecznik Praw Obywatelskich nie uważa, że powinno to prowadzić do postulatu *de lege ferenda* o wyeliminowanie środków zabezpieczających z systemu prawa. Zawsze jednak, gdy mamy do czynienia z najważniejszymi dobrami jednostki, które angażowane są w relacje z aparatem państwa, a więc w relację w istocie nierówną, należy w sposób szczególnie skrupulatny przeanalizować proponowaną regulację w kontekście konstytucyjnym.

U podstaw każdej decyzji normatywnej zachodzącej w obszarze prawa karnego leży kolizja dóbr powiązanych z zasadami konstytucyjnymi (K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, s. 169). Rzeczą ustawodawcy jest rozstrzygnąć taką kolizję w sposób zgodny z Konstytucją, a więc spełniający kryteria zasady proporcjonalności wynikające z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej. Przed przejściem do analizy poszczególnych wzorców kontroli, kolizji

wynikających z nich dóbr, należy zwrócić jeszcze uwagę na samą wagę problemu wynikającego z generacji praw człowieka, której dotyczy. Już w orzeczeniu z 26 kwietnia 1995 r. Trybunał Konstytucyjny zauważył, że standard konstytucyjnej oceny przepisów wchodzących w sferę praw i wolności osobistych i politycznych powinien być surowszy niż w przypadku innych wolności i praw (orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94). Problematyka będąca przedmiotem wniosku jest ściśle związana z wolnościami i prawami osobistymi, których obowiązek ochrony wynika bezpośrednio z godności człowieka i zasady demokratycznego państwa prawnego. Tym samym, analiza zgodności kwestionowanego przepisu z Konstytucją powinna być szczególnie skrupulatna i przeprowadzona z perspektywy surowego standardu oceny.

Pierwszym wzorcem kontroli art. 93b § 3 k.k wskazywanym przez Rzecznika jest art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. Zgodnie z tym przepisem, odpowiedzialności 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 ukarania za czyn, który w czasie jego popełnienia nie stanowił przestępstwa w myśl prawa międzynarodowego. Art. 42 ust. 1 dokonuje konstytucyjnego umocowania fundamentalnej dla prawa karnego zasady *nullum crimen sine lege*. Pozornie tylko może wydawać się, że przedmiotowy wzorzec kontroli odnosi się tylko do kar kryminalnych, nie zaś do środków zabezpieczających. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka coraz częściej wskazuje się, że pojęcie „kary” należy rozumieć nie tyle formalnie, co materialnie. Europejski Trybunał Praw Człowieka za sprawy karne zasadniczo uznaje wszystkie sprawy należące w danym prawie krajowym do przedmiotu prawa karnego. Nawet jeżeli dana sankcja nie została zakwalifikowana w prawie karnym do zakresu spraw karnych, to nie może jeszcze to oznaczać, że Europejski Trybunał Praw Człowieka nie może jej zinterpretować jako „kary” (wyrok z 2 września 1998 r. *Kadubec p. Słowacji*, skarga nr 27061/95). Oceniając „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 (tak w wyrokach ETPC: z 27 sierpnia 1991 r., *Demicoli p. Malcie*, skarga nr 13057/87; z 3 października 2013 r., *Kasparov i in. p. Rosji*, skarga nr 21613/07; z 14 kwietnia 2014 r., *Muslija p. Bośni i Hercegowinie*, skarga nr 32042/11; por. też odwołujący się do tych orzeczeń wyrok TK z 21 października 2015 r., sygn. P 32/12). Co szczególnie ważne w kontekście omawianej problematyki, kryteria pozwalające na zaliczenie środka do kategorii „kar” nie mają charakteru kumulatywnego, a więc wystarczy spełnienie jednego z nich. Kryteria są już spełnione, kiedy cel sankcji ma charakter karny lub też, gdy na taki charakter wskazuje rodzaj i surowość środka. Nie można przyjąć poglądu, według którego środki zabezpieczające w żaden sposób nie stanowią reakcji na zaistniały czyn zabroniony. Co więcej, przynajmniej w pewnym zakresie stanowią one dolegliwość orzekaną w odpowiedzi na zaistniały czyn zabroniony, przy czym główny ich ciężar nakierowany jest *pro futuro*. Wskazuje na to wprost Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu w sprawie *M. p. Niemcom*, gdzie stwierdza, że w niektórych przypadkach środki zabezpieczające mogą być najsurowszą dolegliwością przewidzianą przez prawo karne. Tym samym, nie jest dopuszczalne najprostsze językowe rozróżnienie między „karą” i „środkiem zabezpieczającym” (orzeczenie ETPC z 17 grudnia 2009 r. w sprawie *M. p. Niemcom*, skarga nr 19359/04).

Nawet, jeżeli w przypadku stosowania niektórych środków zabezpieczających nie zostaną spełnione kryteria umożliwiające, choćby w jakimś zakresie, zakwalifikowanie ich do kategorii „kar” *sensu largo*, to wciąż wzorzec z art. 42 ust. 1 pozostaje aktualnym punktem odniesienia w ocenie zgodności art. 93b § 3 k.k z Konstytucją RP. Jak zauważa P. Hofmański, komentując art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych wolności, możliwa jest taka interpretacja, według której nawet osoby niepoczytalne, którym nie można przypisać winy i w konsekwencji pociągnąć do odpowiedzialności karnej, korzystają z dobrodziejstwa płynącego z art. 6 ust. 3 EKPC, gdyż to, że „sprawca in concreto nie może ponieść kary nie musi oznaczać, że czyn, który mu przypisano nie jest - in abstracto - karą zagrożony” (P. Hofmański, *Komentarz do art. 6*, [w:] L.

Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2010, Nb 265). Analogicznie można zatem uznać, że art. 42 ust. 1 Konstytucji RP odnosi się do środków zabezpieczających, bowiem ich stosowania ma *in concreto* zawsze swoje źródło w zachowaniu sprawcy wypełniającym znamiona typu czynu zabronionego.

Powyższe prowadzi do wniosku, że nie można zupełnie odrywać reakcji w postaci stosowania środka zabezpieczającego od czynu zabronionego, którego znamiona sprawca zrealizował, nawet w przypadku środków adresowanych do sprawców niepoczytalnych. Taki pogląd jest tym bardziej uzasadniony, gdy środki zabezpieczające stosuje się wobec osób poczytalnych (art. 93e pkt 3-5 k.k.). O silnym związku między zaistniałym czynem, a reakcją w postaci środków zabezpieczających może świadczyć także włączenie tej kategorii reakcji na zachowanie do kodeksu karnego. System prawa zna inne możliwości podejmowania działań w stosunku do osób zagrażających sobie lub innym. Wskazać tu należy przede wszystkim ustawę z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (t.j. z dnia 15 września 2011 r., Dz.U. Nr 231, poz. 1375) i ustawę z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (t.j. z dnia 4 sierpnia 2015 r., Dz.U. z 2015 r. poz. 1286). Zawarte w tych ustawach przesłanki przymusowego umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym lub przymusowego leczenia odwykowego nie zawierają kryterium popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że środki zabezpieczające uregulowane w rozdziale X kodeksu karnego mają w sobie także wymiar karny. Przypominając o funkcjach prawa karnego, a więc funkcji sprawiedliwościowej, ochronnej i gwarancyjnej (L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 6-7), można uznać, że w przypadku klasycznej reakcji karnej na przestępstwo, prymat zyskują wspólnie funkcja sprawiedliwościowa i ochronna, zaś w przypadku środków zapobiegawczych na plan pierwszy wysuwa się funkcja ochronna w wymiarze prewencyjnym, co nie oznacza, że nie ma tam miejsca na funkcję sprawiedliwościową, a tym bardziej gwarancyjną, która jest fundamentem jakiegokolwiek rodzaju reakcji karnoprawnej.

Przeprowadzone wyżej wnioskowanie pozwala przyjąć, że niezgodne z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP jest takie ukształtowanie przesłanek orzekania środków zabezpieczających, które prowadzi do wyboru środka i ustalenia sposobu jego wykonania nie w odniesieniu do czynu, który miał miejsce, został przez sprawcę popełniony, ale na podstawie prognozowanego czynu zabronionego, który nie został popełniony i nie wiadomo czy w ogóle zostanie popełniony. W tym zakresie należy zgodzić się z J. Długosz, że konieczne jest uwzględnienie realnego niebezpieczeństwa sprawcy (J. Długosz, *Komentarz do rozdziału X*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz*. T. II, Warszawa 2015, Nb 1). Zdaniem Rzecznika kryterium tego nie da się spełnić w oderwaniu od rzeczywistego czynu sprawcy, wszak tylko on jest realny. Tym bardziej nie można zaakceptować zamiaru ustawodawcy, rekonstruowanego przez A. Barczak-Oplustil, którego celem – zdaniem autorki – było wyłączenie środków zabezpieczających z zakresu zasady gwarancyjnej opisanej w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP (A. Barczak-Oplustil, *Środki zabezpieczające*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 687).

Przedstawiona wyżej argumentacja jest, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, w pełni aktualna w odniesieniu do zarzutu niezgodności art. 93g k.k. – 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 Konstytucji RP.

I.b. Wzorzec kontroli z art. 47 Konstytucji RP

Rzecznik Praw Obywatelskich podnosi także niezgodność art. 93b § 3 k.k. z art. 47 Konstytucji RP. Zgodnie z art. 47 Konstytucji RP, każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Wskazany wzorzec kontroli składa się z dwóch części: po pierwsze, wskazuje na prawo jednostki

do prawnej ochrony życia prywatnego, po drugie, wskazuje na prawo do decydowania w sprawach określonych w drugiej części przepisu. Stosowanie środków zabezpieczających bez wątpienia ingeruje w obszar życia prywatnego i rodzinnego chronionego w art. 47 Konstytucji RP. Nadto, może także stanowić ograniczenie ochrony czci i dobrego imienia. Nade wszystko jednak, stosowanie środków zabezpieczających ogranicza w sposób istotny prawo do decydowania o swoim życiu osobistym. Prawo to, w kontekście całego art. 47 Konstytucji RP, rozumiane jest szeroko. Mieszczą się tu „wszelkie przejawy postępowania jednostki w wyszczególnionych tu sferach jej życia: wypowiedzi będące wyrażeniem opinii, przekonania lub życzenia, decyzje, czynności faktyczne i prawne, kultywowane znajomości o różnym stopniu intensywności uczuciowej (zaangażowania), zachowanie lub zmiana stanu cywilnego, zawodu, nauki itd.” (P. Sarnecki, *Komentarz do art. 47 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 4). Na szczególną wagę praw i wolności wynikających z art. 47 Konstytucji RP zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny, widząc konieczność ich ochrony także – a może przede wszystkim – w sytuacjach izolacji (wyrok TK z 2 lipca 2009 r., sygn. K 1/07; por. też orzecznictwo ETPC: z 28 września 2000 r. w sprawie *Messina* przeciwko *Włochom*, skarga nr 25498/94; z 12 listopada 2002 r. w sprawie *Ploski* przeciwko *Polsce*, skarga nr 26761/95; z 28 listopada 2002 r. w sprawie *Lavents* przeciwko *Łotwie*, skarga nr 58442/00; z 3 grudnia 2002 r. w sprawie *Nowicka* przeciwko *Polsce*, skarga nr 30218/96; z 3 kwietnia 2003 r. w sprawie *Klamecki* przeciwko *Polsce*, skarga nr 31583/96; z 11 października 2005 r. w sprawie *Bagiński* przeciwko *Polsce*, skarga nr 37444/97; z 18 stycznia 2007 r. w sprawie *Estrikh* przeciwko *Łotwie*, skarga nr 73819/01; z 20 maja 2008 r. w sprawie *Ferla* przeciwko *Polsce*, skarga nr 55470/00; z 4 listopada 2008 r. w sprawie *Eryk Kozłowski* przeciwko *Polsce*, skarga nr 12269/02). Wolności i prawa wynikające z art. 47 Konstytucji mogą podlegać ograniczeniom na zasadach wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Ocena owego ograniczenia leżącego u podstaw art. 93b § 3 k.k została przeprowadzona w dalszej części wniosku.

Przedstawiona wyżej argumentacja jest, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, w pełni aktualna w odniesieniu do zarzutu niezgodności art. 93g k.k. – 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. 47 Konstytucji RP.

I.c. Wzorzec kontroli z art. 2 Konstytucji RP

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, art. 93b § 3 k.k., w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości, narusza także art. 2 Konstytucji RP statuujący zasadę demokratycznego państwa prawnego, urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. Przedmiotowy przepis narusza przynajmniej trzy zasady wyprowadzane z art. 2 Konstytucji RP: zasadę zaufania obywatela do państwa, zasadę dostatecznej określoności, zasadę poprawnej legislacji.

Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny: „(...) zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na wymaganiu pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne, umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą” (wyrok TK z 14 czerwca 2000 r., P 3/00). W innym orzeczeniu Trybunał wskazał, że „zasada ta wymaga, by nie stanowić norm prawnych, które nakazywałyby obciążenie obywateli bez jednoczesnego wprowadzenia zasad postępowania odpowiednio jasnych, umożliwiających dochodzenie przez obywateli swoich praw” (orzeczenie TK z 8 grudnia 1992 r., sygn. K 3/92). Na pełny obraz zasady zaufania do państwa składa się jeszcze warunek formułowania przepisów w sposób jasny i precyzyjny. Trybunał interpretuje te wymogi w sposób następujący: „Warunek jasności oznacza obowiązek tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od

racjonalnego ustawodawcy mogą oczekiwać stanowienia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie” (wyrok TK z 23 października 2007 r., sygn. P 28/07). Zasady tej nie można ograniczać jedynie do trybu i formy stanowionego prawa. Odnosi się ona do całego procesu stosowania prawa, w tym także do wykładni (W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 2*, [w:] L. Garlicki (red.), *Kontytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. V, Warszawa 2007, s. 34; por. też wyrok TK z 27 listopada 1997 r., sygn. U 11/97).

Z wymogami zasady zaufania obywatela do Państwa, zwłaszcza w obszarze oczekiwania jasnego i precyzyjnego formułowania przepisów, wiąże się zasada dostatecznej określoności przepisów. Z zasady demokratycznego państwa prawa w tym kontekście Trybunał Konstytucyjny rekonstruuje tzw. test określoności prawa, nakazujący weryfikować poprawność przepisów pod kątem ich precyzyjności, jasności oraz poprawności legislacyjnej (wyrok TK z 28 października 2009 r., sygn. Kp 3/09). Z perspektywy art. 93b § 3 k.k., którego zgodność z Konstytucją RP Rzecznik kwestionuje, szczególnie ważna jest wypowiedź Trybunału w kontekście problematyki ingerencji w sferę praw i wolności jednostki. W takich przypadkach należy szczególnie ostrożnie i precyzyjnie konstruować przepisy ograniczające wolność. Otóż, jak zauważa Trybunał: „Należy przez to rozumieć precyzyjne wyznaczenie dopuszczalnego zakresu ingerencji oraz tryb, w jakim podmiot ograniczany w swoich prawach i wolnościach może bronić się przed nieuzasadnionym naruszeniem [jego praw – dop. aut.]” (orzeczenie TK z 29 stycznia 1992 r., sygn. K 15/91).

Pełnię treści zasady demokratycznego państwa prawnego jako wzorca kontroli w przedmiotowej sprawie otrzymujemy po uwzględnieniu reguł poprawnej legislacji. W literaturze proponuje się trzy podstawowe dyrektywy wynikające z tych reguł: 1) każdy przepis powinien być tak sformułowany, aby możliwe było jednoznaczne ustalenie, kto i w jakiej sytuacji podlega płynącym z niego ograniczeniom; 2) przepis powinien być na tyle precyzyjny, aby możliwa była jego jednolita wykładnia i jednolite stosowanie; 3) przepis powinien być tak sformułowany, aby

swoim zakresem nie wykraczał poza wyznaczony mu cel przez racjonalnego ustawodawcę, uzasadniający wkroczenie w obszar chronionych konstytucyjnie praw i wolności jednostki (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 39; por. też wyrok TK z 21 kwietnia 2009 r., sygn. K 50/07).

Powyższe pozwala twierdzić, że art. 93b § 3 k.k., w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości, narusza art. 2 Konstytucji RP, w tym przede wszystkim wynikające z niego zasady: zaufania obywatela do państwa, dostatecznej określoności i poprawnej legislacji. Ustawodawca w przedmiotowym przepisie nakazuje, aby dobór środka zabezpieczającego i sposób jego wykonania kształtować w sposób odpowiedni do stopnia społecznej szkodliwości czynu, którego sprawca jeszcze nie popełnił, ale tylko może popełnić. Ponadto, ustawodawca oczekuje od organów stosujących prawo podejmowania oceny prawdopodobieństwa popełnienia czynu. Zdaniem Rzecznika Prawa Obywatelskich dochodzi tu do naruszenia przywołanych zasad wynikających z art. 2 Konstytucji RP przynajmniej w dwóch aspektach.

Po pierwsze, ustawodawca 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. Termin „społeczna szkodliwość czynu” nie jest obcy ustawie karnej oraz doktrynie prawa karnego. Co więcej, znajduje on w kodeksie karnym definicję legalną: „Przy ocenie stopnia 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” (art. 115 § 2 k.k.). Niezależnie od kontrowersji dotyczących definiowania społecznej szkodliwości czynu, nie ma

wątpliwości, że kryteria oceny płynące z art. 115 § 2 k.k. mają charakter ściśle retrospektywny, zarówno w aspekcie przedmiotowym, jak i podmiotowym (zob. R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, passim, zwłaszcza: „Społeczna szkodliwość czynu zabronionego ma zatem charakter obiektywny w tym sensie, że jest rzeczywistym zjawiskiem (bytem) wywołanym popełnionym czynem zabronionym, niezależnym od oceny sprawcy, pokrzywdzonego oraz organu stwierdzającego popełnienie czynu zabronionego”, s. 137). Każdy element oceny społecznej szkodliwości czynu odnosi się do tego, co już się wydarzyło, gdyż w przeciwnym razie nie byłoby możliwości ustalenia nie tylko rodzaju i charakteru naruszonego dobra, rozmiaru szkody, okoliczności popełnienia czynu, wagi naruszonych obowiązków, naruszonych reguł ostrożności oraz ich stopnia, ale tym bardziej postaci zamiaru i motywacji sprawcy. Oznacza to, że wyjaśnienie ustawowe z art. 115 § 2 k.k. nie spełnia swojej funkcji w kontekście terminu użytego w kwestionowanym art. 93b § 3 k.k. Tym samym, termin wymaga nowej wykładni, co – w świetle ustalonego znaczenia w orzecznictwie i doktrynie w dotychczasowym kontekście – uzasadnia twierdzenie, że przepis jest niejasny i sformułowany nieprecyzyjnie, zwłaszcza przez to, że nakazuje poszukiwanie innego znaczenia pojęcia mającego już utarte znaczenie, którym ustawodawca posługuje się w ustawie karnej w odniesieniu do czynów popełnionych przez sprawcę. W wykładni tej przesłanki nie może być pomocne dotychczasowe orzecznictwo, ponieważ w uchylonym art. 94 § 1 k.k. nakazywano uwzględnianie społecznej szkodliwości czynu popełnionego, a nie tylko prognozowanego (Z. Ćwiąkalski, *Komentarz do art. 94*, [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 2004, Nb 3).

Po drugie, niezgodne z przywołanymi zasadami wynikającymi z zasady demokratycznego państwa prawnego jest dobór środka zabezpieczającego i sposób 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. Jednocześnie ustawa karna nie wskazuje żadnych kryteriów, które miałyby posłużyć sądowi do ustalenia: rodzaju i charakteru dobra, które być może będzie naruszone; rozmiarów szkody, która być może będzie wyrządzona lub powstanie groźba jej wyrządzenia; sposobu i okoliczności popełnienia czynu, który być może zostanie popełniony w przyszłości; wagi obowiązków, które być może zostaną naruszone; rodzaju reguł ostrożności, które może zostaną naruszone oraz stopnia tego prognozowanego naruszenia; przyszłego zamiaru i motywacji sprawcy. Ustawodawca nakłada na sąd wymogi niemożliwe do spełnienia, czyniąc jednocześnie sytuację sprawcy bardzo niepewną, i przez to narusza zasadę demokratycznego państwa prawnego.

Przedstawiona wyżej argumentacja jest, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, w pełni aktualna w odniesieniu do zarzutu niezgodności art. 93g k.k. – 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. 2 Konstytucji RP.

I.d. Wzorzec kontroli z art. 30 Konstytucji RP

Zawsze, gdy istnieje ryzyko naruszenia praw i wolności człowieka, najważniejszym wzorcem kontroli jest art. 30 Konstytucji RP: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. W kontekście niniejszego wniosku, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich godność człowieka pełni dwie niezwykle istotne funkcje (o różnych funkcjach godności por. też wyrok TK z 15 października 2002 r., sygn. SK 6/02). Po pierwsze, jest samodzielnym wzorcem kontroli, mającym szczególną wagę, bowiem nie może podlegać żadnym naruszeniom, a więc także ograniczeniom wprowadzanym na zasadzie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (K. Complik, *Uwagi o godności człowieka oraz jej ochrona w świetle nowej konstytucji*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 5, s. 49; M. Piechowiak, *Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku*

konstytucyjnego, Warszawa 2012, s. 341). Trybunał w swoim dotychczasowym orzecznictwie docenił wagę godności człowieka na tyle, że uznał możliwość przywoływania jej jako wzorca kontroli niejako z urzędu, zawsze gdy „przedmiotem oceny jest ochrona prawa związana z poszanowaniem najbardziej żywotnych interesów każdej jednostki, a więc tych, które odnoszą się do życia, zdrowia i integralności cielesnej” (wyrok TK z 1 września 2006 r., sygn. SK 14/05). Ponadto, godność człowieka jest źródłem wszystkich jego wolności i praw, co także podnosi rangę wyprowadzanych z niej zasad i reguł. Po drugie, ta wyjątkowa i szczególna pozycja godności człowieka, nie tylko w systemie konstytucyjnych praw i wolności, ale także w całej Konstytucji RP, pozwala przyznać jej charakter swoistej zasady zasad stanowiącej kryterium materialne rozstrzygania kolizji między dobrami chronionymi przez Konstytucję RP. Zwrócił na to uwagę Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu rozstrzygającym konstytucyjność innych przepisów, niemniej zachowującym pełną aktualność metodologiczną w sprawie będącej przedmiotem niniejszego wniosku: „W tych warunkach [wynikającego z art. 30 Konstytucji RP wykluczenia zniesienia lub ograniczenia wolności i praw, prowadzącego do naruszenia godności człowieka – przyp. aut.] należy uznać, że im silniejszy jest związek danego prawa albo wolności z istotą godności człowieka, tym lepiej (skuteczniej) winno być chronione przez władze publiczne. (...)” (Wyrok TK z dnia 30 października 2006 r., P 10/06). Nie tylko w konsekwencji tego wyroku, ale przede wszystkim jako następstwo treści art. 30 Konstytucji RP, należy przyjąć, że kolizję dóbr konstytucyjnych należy rozstrzygać nie tylko z uwzględnieniem art. 31 ust. 3, ale także art. 30 Konstytucji RP. Innymi słowy, na preferencję w danej sytuacji kolizyjnej zasługuje dobro, które bliższe jest zasadzie godności człowieka (więcej na ten temat: K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, passim). Ponadto, nie można nie wspomnieć, że z Konstytucji RP płynie obowiązek nie tylko stanowienia prawa zgodnie z jej aksjologią, ale także stosowania prawa w sposób urzeczywistniający aksjologię Konstytucji, w tym przede wszystkim zasadę godności.

W kontekście problematyki art. 93b § 3 k.k. oraz art. 93g k.k. i ich zgodności z Konstytucją RP, szczególnie istotne wydaje się rekonstruowane z godności człowieka prawo do ochrony jego podmiotowości, a tym samym jego autonomia. Człowiek, jak wynika z orzecznictwa, powinien być celem działalności prawodawczej, a nie środkiem do realizacji innych celów (wyroki TK: z 8 listopada 2001 r., sygn. P 6/01; z 15 października 2002 r., sygn. SK 6/02; z 7 marca 2007 r., sygn. K 28/05). Zbieżność z paremią *hominum causa omne ius constitutum sit* nie jest w tym wypadku wcale pozorna. Problem ten wybrzmiewa w sposób szczególny w odniesieniu do problematyki autonomii pacjenta. Problematyka godności jako wzorca kontroli była także przedmiotem analiz Trybunału w sprawie materialnie podobnej do niniejszej. Trybunał analizując kryteria dopuszczalności stosowania obserwacji psychiatrycznej regulowanej przez przepisy kodeksu postępowania karnego, stwierdził, że w świetle art. 30 Konstytucji RP niedopuszczalna jest taka decyzja o pozbawieniu wolności, „która będzie stanowiła przejaw uprzedmiotowienia jednostki poprzez bezzasadne pozbawienie jej możliwości swobodnego określania swego zachowania i postępowania” (wyrok TK z 10 lipca 2007 r., sygn. SK 50/06; por. też wyrok TK z 7 marca 2007 r., sygn. K 28/05).

Rzecznik Praw Obywatelskich nie uważa, że 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. W przypadku izolacji klasycznej, a więc stosowania kary pozbawienia wolności, można nawet twierdzić, że jest ona odpowiedzią na wymóg podmiotowego traktowania człowieka, a więc reakcją sprawiedliwą i adekwatną do świadomego czynu sprawcy (M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005, passim). W odniesieniu do środków zabezpieczających problem kształtuje się nieco inaczej. Stosowane oddziaływania, w tym umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym nie mają charakteru sprawiedliwej

odpłaty za czyn popełniony przez sprawcę. Wciąż są one reakcją na czyn – w przeciwnym razie nie powinny wchodzić w zakres prawa karnego – ale mającą na celu przede wszystkim zabezpieczenie sprawcy i społeczeństwa przed niebezpieczeństwem, jakie wiąże się z jego niepoczytalnością lub innymi dysfunkcjami uzasadniającymi stosowanie środków zabezpieczających. Środki zabezpieczające będą zatem tylko wtedy zgodne z zasadą godności człowieka, gdy on sam nie jest w stanie dobrowolnie lub świadomie decydować o sobie, a stosowane środki mają na celu jego dobro. Niepoczytalność, silne zaburzenie osobowości, czy też zaburzenie preferencji seksualnych skutkujące popełnieniem zbrodni lub występku zagrożonego wysoką karą, mogą prowadzić do trudności lub nawet wyłączenia możliwości korzystania przez jednostkę z jej autonomii. W takich sytuacjach interwencja władzy publicznej może być usprawiedliwiona i nie prowadzi do naruszenia art. 30 Konstytucji RP. Nie można jednak zapomnieć, że regulacje dotyczące tego obszaru muszą być bardzo wstrzemięźliwe i szczegółowo uzasadnione.

W opinii Rzecznika Praw Obywatelskich art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. w zakresie zaskarżonym w petitum wniosku nie odpowiada wskazanym tutaj standardom konstytucyjnym. Nie można wszak przyjąć, że regulacja czyniąca z warunku przyszłego niepewnego kryterium zastosowania środka bliskiego granicy naruszenia zasady godności człowieka, jest ograniczona do minimum i szczegółowo uzasadniona. Należy zauważyć, że projektodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy uchwalonej w dniu 20 lutego 2015 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 396) nie odniósł się w sposób pogłębiony do proponowanych kryteriów orzekania środków zabezpieczających. Uzasadnienie tego fragmentu nowelizacji sprowadza się w zasadzie do powtórzenia przepisu: „Art. 93. b. § 3 k.k. statuuje zaś zasadę proporcjonalności i stanowi, że środek zabezpieczający i sposób jego wykonania powinien być odpowiedni do stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz ryzyka 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” (uzasadnienie do projektu ustawy zawartej w druku sejmowym nr 2393, dostępne w Archiwum Sejmu VII kadencji). Jak się wydaje, zgodność z wzorcem kontroli z art. 30 Konstytucji RP zachowałaby tylko taka regulacja środków zabezpieczających, która pozwalałaby – podobnie jak obecna – na stosowanie tych środków w celu zabezpieczenia sprawcy i społeczeństwa przed zdarzeniami przyszłymi, ale podstawę orzekania tych środków, decydowania o ich rodzaju oraz sposobie wykonania znajdowałaby w zdarzeniu przeszłym, a więc w czynie popełnionym już przez sprawcę i prawdopodobieństwie popełnienia kolejnych czynów zabronionych w przyszłości, nie zaś w okolicznościach czynu, który nie został jeszcze popełniony i nie wiadomo czy zostanie popełniony.

Mając na względzie, że zasada godności człowieka jest nienaruszalna, a więc nie może podlegać ograniczeniom wynikającym z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, należy w świetle powyższego stwierdzić, że już na tym etapie możliwie jest uznanie niezgodności z Konstytucją RP art. 93b § 3 k.k. oraz art. 93g k.k. w zakresie zaskarżenia.

I.e. Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP jako wzorzec kontroli. Rozstrzygnięcie kolizji

Niezależnie od tego, że wykazanie naruszenia art. 30 Konstytucji RP powinno spowodować orzeczenie o niekonstytucyjności kwestionowanego przepisu w postulowanym zakresie, Rzecznik Praw Obywatelskich wskazuje, że przepisy art. 93b § 3 k.k. i 93g k.k. w zakresie, w jakim nakładają na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości, narusza także art. 42 ust. 1, art. 47, w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Jak statuuje art. 31 ust. 3 Konstytucji RP: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i

praw”. Jak wielokrotnie wskazywał Trybunał Konstytucyjny w orzecznictwie, zawarta w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada proporcjonalności wymaga po pierwsze, aby ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw wprowadzane były w formie ustawy, co wyklucza wprowadzanie ich w aktach niższej rangi. Po drugie zaś 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. Co istotne, zakres wprowadzanych ograniczeń powinien być proporcjonalny, tzn. konieczny dla realizacji określonego celu. W związku z tym wprowadza się trzy kryteria: przydatności, konieczności i proporcjonalności sensu stricto 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 (zob. m.in. wyrok TK z 3 czerwca 2008 r., sygn. K 42/07, wyrok TK z 29 września 2008 r., sygn. SK 52/05. Por. też K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, [w:] A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001, s. 297; M. Piechowiak, *Klauzula limitacyjna a nienaruszalność praw i godności*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 2, s. 56–57; A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej*, Warszawa 2010, s. 194; A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] T. Bojarski (red.), *Źródła prawa karnego. System Prawa Karnego*, t. 2, Warszawa 2011, s. 237–241). Z uwagi na to, że każda regulacja rozszerzająca zakres kryminalizacji lub rozszerzająca zakres działań władzy publicznej w obszarze prawa karnego prowadzi do ograniczeń w korzystaniu z wolności i praw, ustawodawca karny powinien wykazać w każdym przypadku, że proponowane rozstrzygnięcie normatywne spełnia kryteria testu proporcjonalności. Ustawodawca powinien w pierwszej kolejności ustalić cel proponowanej normy, wykazać jej konieczność w świetle

zamierzonego celu, jej przydatność w jego osiągnięciu, a w końcu przeprowadzić test preferencji implikowany przez kolizję między dobrem, które chce chronić, a dobrem powiązanim z prawami i wolnościami, które planowana regulacja narusza.

W świetle powyższego, należy w pierwszej kolejności ocenić przydatność i konieczność kwestionowanej regulacji, a następnie zważyć dobra przez nią chronione z dobrami, które narusza. Środki zabezpieczające orzeka się wobec kilku kategorii sprawców (art. 93e k.k.) w przypadku, gdy jest to konieczne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego, a inne środki prawne określone w kodeksie karnym lub orzeczone na podstawie innych ustaw nie są wystarczające”. W tym świetle można uznać, że środki zabezpieczające (elektroniczna kontrola miejsca pobytu, terapia, terapia uzależnień, pobyt w zakładzie psychiatrycznym) stosowane mają być w celu zabezpieczenia sprawcy spełniającego kryteria z art. 93e k.k., i społeczeństwa przed popełnieniem przez niego kolejnego czynu zabronionego, w sytuacji gdy przynajmniej jeden taki czyn już popełnił. Przedmiotem zarzutu Rzecznika Praw Obywatelskich w tej części nie jest jednak nieproporcjonalność środków zabezpieczających w ogóle, ale niezgodność z zasadą proporcjonalności wprowadzenia do systemu prawa karnego pozwalającego na wybór środka zabezpieczającego i sposobu jego wykonania w odniesieniu do stopnia społecznej szkodliwości czynu, który sprawca może popełnić w przyszłości.

W myśl zasady przydatności ustawodawca zobowiązany jest do wyboru takich środków działania, które pozwolą mu na realizację zamierzonego celu. W konsekwencji, jeżeli nie istnieją środki umożliwiające realizację celu obranego przez prawodawcę, powinien on taki cel odrzucić (K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, [w:] A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001, s. 298). W przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, że kryterium przydatności zostało spełnione. Cel omawianej regulacji jest tożsamy z celem towarzyszącym poprzedniemu stanowi prawnemu. Jak się wydaje, zaprojektowane instrumenty pozwalają na zrealizowanie zamierzonego celu.

Problem i podstawa do stwierdzenia niezgodności z Konstytucją RP wybrzmiewa mocno na gruncie zasady konieczności wynikającej z testu proporcjonalności. Zgodnie z dyrektywą konieczności należy spośród dostępnych środków, służących realizacji celu przeanalizowanego w ramach dyrektywy przydatności, wybrać ten, który będzie najłagodniejszy, co oznacza, że spośród środków skutecznych należy wybierać te pozwalające zarazem skutecznie osiągnąć założony cel oraz jednocześnie w możliwie najmniejszym stopniu utrudniające ochronę innych dóbr znajdujących się w kolizji z dobrami, które chroni analizowana regulacja. Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny, „każde ograniczenie praw i wolności jednostki musi być w pierwszym rzędzie oceniane w płaszczyźnie pytania, czy było ono »konieczne«, czyli – innymi słowy, czy tego samego celu (efektu) nie można było osiągnąć przy użyciu innych środków, mniej uciążliwych dla obywatela, bo słabiej (płycej) ingerujących w sferę jego praw i wolności” (wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98). Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, konstrukcja z art. 93b § 3 k.k. nie spełnia wymogu konieczności. Po pierwsze, 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.

Z naruszeniem kryterium konieczności zastosowania ograniczenia mamy zatem 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 (por. m.in. wyrok TK z 3 czerwca 2008 r., sygn. K 42/07; wyrok TK z 29 września 2008 r., sygn. SK 52/05 i cytowane tam orzeczenia TK oraz stanowiska doktryny). Pomocna w ocenie realizacji przesłanki konieczności może być metoda komparatystyczna. Nie sposób dokonać w niniejszym wniosku analizy porównawczej wszystkich europejskich kodeksów karnych, w związku z czym wypada odwołać się do rozwiązania niemieckiego i hiszpańskiego. Ustawodawca niemiecki oraz hiszpański podzielili przesłanki orzekania środków zabezpieczających na ogólne oraz dotyczące już poszczególnych rodzajów środków. Jedyną ogólną zasadą w niemieckiej ustawie

karnej odnoszącą się do środków zabezpieczających jest zasada proporcjonalności, która nakazuje zaprzestać stosowania środków zabezpieczających w sytuacji, gdyby okazało się to nieproporcjonalne wobec przypisywanych im celów (Strafgesetzbuch, § 62). Pozostałe zasady uregulowane zostały indywidualnie dla poszczególnych rodzajów środków zabezpieczających. W przypadku środka polegającego na umieszczeniu sprawcy w zakładzie psychiatrycznym podstawą decyzji ma być czyn popełniony przez sprawcę i płynące z niego niebezpieczeństwo ponownego popełnienia czynu zabronionego (Strafgesetzbuch, § 63). W hiszpańskim kodeksie karnym wskazuje się, że środek zabezpieczający może być stosowany tylko wobec sprawcy czynu zabronionego, w sytuacji gdy okoliczności popełnienia tego czynu pozwalają twierdzić, że sprawca w przyszłości popełni kolejne czyny zabronione (del Código Penal, art. 90). Co szczególnie ważne, ustawodawca hiszpański w przypadku środków izolacyjnych wskazuje na konieczność wyznaczenia maksymalnego limitu czasu trwania izolacji, ustalanego na podstawie sankcji grożącej za przestępstwo, za które odpowiedzialność poniósłby sprawca, gdyby nie jego niepoczytalność (art. 101 del Código Penal). Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich już nawet tak skrócone odniesienie komparatystyczne pozwala twierdzić, że rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę polskiego nie spełnia warunku konieczności. 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.

Brak spełnienia wymogu konieczności, wynikającego z zasady proporcjonalności, pozwala już twierdzić, że art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. jest niezgodny z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Niemniej, wypada także odnieść się do trzeciego wymogu, mianowicie kryterium proporcjonalności *sensu stricto*. Każda regulacja karna ingerująca w prawa i wolności człowieka powinna mieć u swoich podstaw cel w postaci ochrony dobra gwarantowanego przez Konstytucję. Karnoprawna

ingerencja w sferę praw jednostki lub jej prawnie chronionych interesów zawsze odpowiada sytuacji kolizji dóbr (K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, [w:] A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001, s. 304-305; por. też wyrok TK z 27 maja 2002 r., sygn. K 20/01). W przedmiotowej sprawie, w zakresie omawianego zarzutu, należy wskazać, że kwestionowany przepis narusza wolności i prawa wskazane w art. 42 ust. 1 oraz w art. 47 Konstytucji RP. Naruszone zostały także art. 2 Konstytucji RP oraz art. 30 Konstytucji RP, przy czym nie podlegają one limitacji na zasadzie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Nie jest natomiast zadaniem łatwym ustalenie konstytucyjnych dóbr (praw i wolności), które ustawodawca chce chronić z pomocą art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k., gdyż problem ten został pominięty w uzasadnieniu do projektu ustawy. Pozostaje zatem rekonstrukcja konstytucyjnej legitymacji wprowadzonego ograniczenia. Jak się wydaje, sięgając do treści art. 31 ust. 3 Konstytucji, przesłanką relewantną dla kwestionowanego rozstrzygnięcia normatywnego może być bezpieczeństwo publiczne. Jak wskazuje się w doktrynie, przez pojęcie bezpieczeństwa tradycyjnie pojmowano „działalność władz publicznych przeciwdziałającą zagrożeniom porządku publicznego (...), życia, zdrowia i mienia obywateli oraz powstrzymującą i odpierającą wszelkie działania godzące w te dobra zarówno pochodzące z zewnątrz, spoza granic RP, jak i z wewnątrz kraju” (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 73; podobnie L. Garlicki, przy czym do zagrożeń mniejszej rangi proponuje odnoszenie kryterium porządku publicznego: L. Garlicki, *Komentarz do art. 31*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 23; por. też wyrok TK z 3 lipca 2001 r., sygn. K 3/01).

W tym miejscu zasadne wydaje się odwołanie do teorii optymalizacji zasad, będącej fundamentem zasady proporcjonalności. Prowadzi ona do wniosku, że kolizję zasad należy tak rozstrzygnąć, aby – mimo przyznania priorytetu jednej z nich – nie wykluczać żadnej z zasad spod ochrony (wyrok TK z 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05). Nie ulega wątpliwości, że jedna z

kolidujących zasad otrzyma priorytet w wyniku rozstrzygnięcia kolizji. Nie oznacza to jednak, że prowadzić to może do zupełnego pominięcia drugiej zasady. Innymi słowy, ochrona bezpieczeństwa publicznego nie może prowadzić do pozbawienia ochrony zasad z nią kolidujących, a więc wynikających z art. 42 ust. 1 i art. 47 Konstytucji RP. Jak się wydaje, także zasada godności człowieka nie pozwala na tak daleko idące ograniczenie dóbr chronionych przez art. 47 Konstytucji. Trudno zatem przyjąć, że bezpieczeństwo publiczne pozwala w tym wypadku na wyłączenie zasady odpowiedzialności za czyn, nawet w przypadku, gdy nie mamy do czynienia z klasyczną odpowiedzialnością karną, ale ze stosowaniem środków zabezpieczających. Zasada odpowiedzialności karnej za czyn ma charakter na tyle fundamentalny, co uzasadnia także umieszczenie jej w art. 233 Konstytucji RP, że jej ograniczenie na zasadzie art. 31 ust. 3 wydaje się w praktyce niemożliwe.

W świetle powyższego, w opinii Rzecznika Praw Obywatelskich uzasadnione jest twierdzenie, że art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. 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 niezgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, przede wszystkim w zakresie wynikającego z niego kryterium konieczności.

Przeprowadzona powyżej analiza pozwala zgodzić się z tezą podniesioną w doktrynie, że ustawodawca w znowelizowanych przepisach o środkach zabezpieczających, a zwłaszcza w normach wynikających z art. 93b § 3 k.k. i art. 93g k.k. nakłada na sądy obowiązek tzw. typowania na przestępcę. Wprowadzenie takiego wymogu i dodatkowo opatrzenie go nieostrymi i niejednoznacznymi przesłankami powoduje, że predykcja kryminalna może stać się poważnym zagrożeniem wolności i praw człowieka (F. Cieply, *Środki zabezpieczające – do zmiany czy likwidacji?*, „Państwo i Prawo” 2015 r., nr 7, s. 88-89).

II. Niezgodność art. 93d § 5 k.k. i art. 202a § 1 k.k.w. – 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.

Rzecznik Praw Obywatelskich wnosi o stwierdzenie niezgodności art. 93d § 5 k.k. – w zakresie w jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary – z art. 42 ust. 1, 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 2 i art. 30 Konstytucji, a także o stwierdzenie niezgodności art. 202a § 1 k.k.w. – w zakresie w jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający pobytu w zakładzie psychiatrycznym stosuje się po odbyciu kary – z art. 42 ust. 1, art. 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 2 i art. 30 Konstytucji.

Zgodnie z art. 93d § 5 k.k. „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. Zgodnie z art. 202a § 1 k.k.w., „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”. Wzorce kontroli przywołane w tej części wniosków są tożsame z wnioskami przywołanymi w uzasadnieniu pierwszego zarzutu. W związku z tym, uzasadniając ww. zarzut nie ma już konieczności prowadzenia kompleksowej rekonstrukcji wzorców konstytucyjnych, a argumentacja w tej części wniosku odniesie się już bezpośrednio do materii kwestionowanych przepisów i oceny ich konstytucyjności.

II.a. Art. 42 ust. 1 jako wzorzec kontroli

Uzasadniając art. 93d § 5 k.k. wskazano, że rozwiązanie to jest ważne dla sprawcy, ponieważ paternalistycznie nakierowuje go przeciw powrotowi do przestępstwa. Wskazuje się także, że w

opinii psychologów konieczne jest prowadzenie oddziaływań mających dodatkowo umacniać prawidłowe postępowanie danej osoby (A. Wilkowska-Płóciennik, *Komentarz do art. 93d k.k.*, [w:] R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, Nb 2; por. uzasadnienie do projektu ustawy zawartej w druku sejmowym nr 2393, dostępne w Archiwum Sejmu VII kadencji, s. 36-37). Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich poważne wątpliwości budzi paternalizm wobec sprawcy, aktualizujący się już po odbyciu przez niego kary.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że kwestionowane przepisy budzą poważne wątpliwości konstytucyjne co do zgodności z art. 42 ust. 1 Konstytucji. Zgodnie z nim: „Odpowiedzialności 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”. Przepis ten można odczytywać w kontekście art. 7 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych wolności, który statuuje, że: „Nikt nie może być uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, który według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia. Nie będzie również wymierzona kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony”. W orzecznictwie oraz w literaturze przedmiotu wskazuje się, że z tego przepisu wynika zakaz stosowania kar oraz środków prewencyjnych przez okres efektywnie dłuższy nie przewidziany przez prawo obowiązujące w chwili popełnienia czynu, z którym dany środek prewencyjny się wiąże (P. Hofmański, *Komentarz do art. 7*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, t. I, Warszawa 2010, Nb 22). Problem ten został w sposób pogłębiony przeanalizowany przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie z 17 grudnia 2009 r. *M. p. Niemcom* (skarga nr 19359/04). Zdaniem Trybunału nie można przyjąć apriorycznie, że istotą kary jest cel represyjny, natomiast istotą środka zabezpieczającego jest cel wyłącznie prewencyjny. Pojęcie „kary” w art. 7 Konwencji ma charakter

autonomiczny, co oznacza, że każdorazowo Trybunał dekoduje treść tego pojęcia w świetle kryteriów bardziej materialnych niż formalnych, nie będąc związanym krajowym rozumieniem tego pojęcia. Zakres zasady *nulla poena sine lege* jest różnie rozumiany w państwach europejskich, np. umieszczenie sprawcy w systemie sytuującym go do dyspozycji władzy publicznej jest rozumiane w prawie belgijskim jako kara (por. orzeczenie ETPC z 25 kwietnia 1983 r. w sprawie *Van Droogenbroeck p. Belgii*, sprawa nr 7906/77), podczas gdy Francuska Rada Konstytucyjna uznała, że izolacja prewencyjna nie może być uznana za karę. Trybunał przyjął, że nierzadko środki zabezpieczające mogą być surowsze od środków mających charakter kar klasycznych. To ostatecznie doprowadziło Europejski Trybunał Praw Człowieka do stwierdzenia, że środki zabezpieczające, zwłaszcza, gdy są wykonywane po odbyciu przez sprawcę kary pozbawienia wolności, mają charakter kary dodatkowej, a więc należy odnosić do nich standardy właściwie dla orzekania kar. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności nie wyklucza możliwości stosowania środków zabezpieczających (art. 5 ust. 1 pkt e). Możliwość ich orzekania jest jednak obwarowana licznymi warunkami (orzeczenie ETPC z 28 listopada 2013 r. w sprawie *Glen p. Niemcom*, sprawa nr 7345/12; orzeczenie ETPC z 24 listopada 2011 r. w sprawie *O.H. p. Niemcom*, sprawa nr 4646/08; orzeczenie ETPC z 13 stycznia 2011 r. w sprawie *Haidn p. Niemcom*, sprawa nr 6587/04). Konwencja nie daje żadnej podstawy do przyjęcia zasady stosowania środków zabezpieczających dopiero po odbyciu przez sprawcę kary pozbawienia wolności.

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich powyższe pozwala twierdzić, że kwestionowane przepisy naruszają istotę art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, a więc wynikającą z niego gwarancję *nullum crimen sine lege*, czyli funkcję gwarancyjną prawa karnego, która pozwala sprawcy czynu ocenić zakres ryzyka w postaci odpowiedzialności karnej, jaką może ponieść za czyn, który zamierza popełnić. Rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę wydaje się tym bardziej wątpliwe, że nie próbuje on nawet stworzyć warunków pozwalających przeprowadzić oddziaływań charakterystycznych dla środków zabezpieczających w okresie odbywania przez skazanego kary

pozbawienia wolności. Przyjęcie takich regulacji pozwoliłoby na zrealizowanie funkcji prawa karnego w stopniu dużo bardziej zbliżonym do kompleksowego. Tak ukształtowane rozwiązanie odpowiadałoby także standardowi subsydiarności, mającemu fundamentalny charakter dla prawa karnego.

Zakwalifikowanie środków zabezpieczających do zakresu art. 42 ust. 1, a więc objęcie ich kategorią *nullum crimen sine lege* domaga się stosowania wobec nich wymogu określoności sankcji. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 8 lipca 2003 r. stwierdził, że na podstawie art. 42 ust. 1 Konstytucji „czyn zabroniony i rodzaj oraz wysokość kar i zasady ich wymierzania muszą zostać określone bezpośrednio w ustawie, przy czym Konstytucja nie wyklucza doprecyzowania niektórych elementów przez akty podustawowe (zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego)” (wyrok TK z 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02). Oznacza to, że sprawca powinien mieć możliwość ustalenia w oparciu o kodeks karny katalogu sankcji oraz maksymalnego czasu ich trwania. Wprowadzając możliwość stosowania środków zabezpieczających po odbyciu przez sprawcę kary, w rzeczywistości fikcją staje się określenie górnej granicy kary.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich powyżej przedstawiony wywód uzasadnia niezgodność art. 93d § 5 k.k. i art. 202a § 1 k.k.w. – w zakresie wskazanym na wstępie – z istotą art. 42 ust. 1 Konstytucji RP.

II.b. Art. 41 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 31 ust. 3 jako wzorzec kontroli

Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP statuuje zasadę proporcjonalności, która stanowi test konstytucyjności ograniczenia praw i wolności chronionych przez ustawę zasadniczą. Zgodnie z tym przepisem ograniczenia nie mogą naruszać istoty wolności i praw. W opinii Rzecznika Praw Obywatelskich kwestionowana regulacja narusza istotę art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. Nadto, należy także zauważyć, że już sama możliwość ograniczania praw i wolności wynikających z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP wydaje się wątpliwa w demokratycznym państwie prawnym. W związku z tym,

możliwe wydaje się tylko zbadanie zasady proporcjonalności w kontekście wolności z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP, w którą bez wątpienia ingerują przepisy kwestionowane w tej części wniosku.

Zgodnie z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP, „każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie”. W literaturze wskazuje się, że pozbawienie wolności osobistej „oznacza uniemożliwienie jednostce korzystania z tej wolności” (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 267). Ograniczenie wolności osobistej polega natomiast na orzeczeniu „zakazu korzystania z pewnych możliwości, mieszczących się w wolności osobistej *sensu stricto* (np. zakaz zmieniania miejsca pobytu, zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych) lub też narzucenie wykonywania pewnych działań, których inaczej jednostka by nie podejmowała (...), przy pozostawieniu do dyspozycji jednostki wszelkich innych możliwości zawartych w <<wolności osobistej>>. W tym sensie <<ograniczenie wolności osobistej>> nie jest jeszcze jej unicestwieniem” (P. Sarnecki, *Komentarz do art. 41*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 4). Nie ma zatem wątpliwości, że środki zabezpieczające, w zależności od charakteru środka, pozbawiają człowieka wolności lub ją ograniczają.

Ustalenie zasadności zastosowania wzorca z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP uzasadnia analizę z perspektywy zasady proporcjonalności, a więc sprawdzenie prawidłowości regulacji z perspektywy kryteriów przydatności, konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricto*. Celem kwestionowanych przepisów jest, jak wskazano na wstępie tej części wniosku, zapobieganie powrotowi sprawcy do przestępstwa. W świetle kryterium przydatności należy zatem stwierdzić, że stosowanie środków zabezpieczających po odbyciu przez sprawcę kary pozbawienia wolności może być pomocne w realizacji celu przyjętego przez ustawodawcę. Na marginesie jednak należy zauważyć, że – ograniczając się do zasady przydatności – można by nabrać przekonania, że każda zaawansowana ingerencja w wolność człowieka prowadzi do większej pewności, że nie popełni on

czynu zabronionego, a więc nie zagrazi bezpieczeństwu publicznemu. Takie wnioskowanie stałoby jednak w zupełnej sprzeczności do wniosków płynących z kryterium konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*.

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.). Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich nie można odnaleźć argumentów z perspektywy kryterium konieczności, które usprawiedliwiłyby 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.

Oceniając kwestionowaną regulację z perspektywy zasady proporcjonalności *sensu stricto* należy zważyć kolidujące ze sobą dobra, biorąc jednocześnie pod uwagę zasady godności człowieka, która – jak już wyżej zauważono – jest nie tylko nośnikiem samodzielnej treści, ale także pełni rolę kryterium rozstrzygania kolizji między zasadami (por. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Dobro wspólne versus konstytucyjne prawa i wolności jednostki*, [w:] *VII Konferencja Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej i Sądu Konstytucyjnego Republiki Litewskiej, Sieniawa, 26–29 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2003, s. 72). W omawianym przypadku należy wziąć pod uwagę kolizję zasady statuującej nietykalność i wolność osobistą z dobrem w postaci bezpieczeństwa publicznego, które ustrojodawca w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wskazuje jako jedną z dopuszczalnych przesłanek ograniczania konstytucyjnie chronionych praw i wolności. Przypomnieć w tym miejscu wypada przywołaną już wyżej teorię optymalizacji zasad, będącą fundamentem zasady proporcjonalności. Prowadzi ona do wniosku, że kolizję zasad należy

tak rozstrzygnąć, aby – mimo przyznania priorytetu jednej z nich – nie wykluczać żadnej z zasad spod ochrony (wyrok TK z 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05). Nie ulega wątpliwości, że jedna z kolidujących zasad otrzyma priorytet w wyniku rozstrzygnięcia kolizji. Nie oznacza to jednak, że prowadzić to może do zupełnego pominięcia drugiej zasady. Innymi słowy, przyznanie preferencji zasadzie bezpieczeństwa publicznego w omawianej kolizji nie może oznaczać pozbawienia ochrony zasady nietykalności i wolności osobistej. Tym bardziej, że bliska zasadzie godności człowieka jest jego nietykalność i wolność, bez których nie mógłby aktualizować swojej podmiotowości (niektórzy twierdzą nawet, jak się wydaje niesłusznie, że kara dożywotniego pozbawienia wolności może być niezgodna z zasadą godności. Por. R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, przeł. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010, s. 93. Autor powołuje się na wyrok FTK z 21 czerwca 1977 r., 1 BvL 14/76, BverfGE 45, 187). Tym samym, pogodzenie tych dwóch zasad powinno polegać na podjęciu środków zmierzających do zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, ale jednocześnie do możliwie najszerzej ochrony nietykalności i wolności osobistej. Kryteriów tych, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, nie spełniają kwestionowane przepisy w zakresie, w jakim przewidują, że orzeczony środek zabezpieczający (art. 93d § 5 k.k.) lub orzeczony środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym (art. 202a § 1 k.k.w.) stosuje się po odbyciu kary. Możliwe wydaje się zapewnienie bezpieczeństwa publicznego przy znacznie mniejszym uszczerbku dla zasady nietykalności i wolności osobistej. Prawidłowe wydawałoby się wprowadzenie zasady realizowania środków zabezpieczających w okresie pozbawienia wolności.

II.c. Art. 30 Konstytucji RP jako wzorzec kontroli

W zakresie niezgodności przepisów kwestionowanych w tej części z art. 30 Konstytucji RP aktualność zachowują argumenty podniesione w uzasadnieniu do pierwszego zarzutu. W tym miejscu należy przede wszystkim zauważyć, że jednostka w okresie pozbawienia wolności pozostaje w dyspozycji władzy publicznej. Jest to poważne ograniczenie jej praw i wolności,

niemniej uzasadnione innymi dobrami chronionymi w Konstytucji RP. Powodowanie jednak, że oddziaływanie na sprawcę przedłuży się na okres po pozbawieniu wolności, szczególnie poprzez stosowanie wobec niego środków zabezpieczających o charakterze izolacyjnym może prowadzić do nieakceptowalnego naruszenia jego godności przejawiającej się w autonomii, podmiotowości i prawie do decydowania o sobie. Jeżeli sąd nie skazał sprawcy na karę dożywotniego pozbawienia wolności, to musiał mieć przekonanie, że sprawca będzie mógł wrócić do społeczeństwa. Jeżeli ustawodawca nie wprowadził do sankcji możliwości orzeczenia kary dożywotniego pozbawienia wolności, to tym bardziej musiał zakładać, że sprawcy danego przestępstwa będą wracać do życia społecznego. Faktyczne przedłużanie kary poprzez zastosowanie środków zabezpieczających powoduje uniemożliwienie sprawcy pełnego powrotu do życia społecznego. Okres stosowania kary ma być czasem służącym wychowaniu sprawcy i jego rehabilitacji społecznej. Należy także zauważyć, że system prawa przewiduje inne instrumenty reakcji na niebezpieczeństwo powodowane przez osoby z różnego rodzaju zaburzeniami, nie mające charakteru tak stygmatyzującego, jak środki zabezpieczające.

II.d. Artykuł 2 Konstytucji RP jako wzorzec kontroli

W zakresie niezgodności kwestionowanych w tej części przepisów z art. 2 Konstytucji RP Rzecznik Praw Obywatelskich podtrzymuje tezy wskazane w odniesieniu do pierwszego zarzutu. Należy zauważyć, że 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. Niezrozumiałe jest dla Rzecznika Praw Obywatelskich uczynienie zasady z wyjątku. Otóż, o ile w ogóle byłoby to dopuszczalne, to tylko na zasadzie wyjątku można sobie wyobrazić umożliwianie władzy

publicznej stosowania środków zabezpieczających już po odbycia przez sprawcę kary pozbawienia wolności. Szczególną wstrzeźliwość należałoby zachować w przypadku izolacyjnych środków zabezpieczających. W opinii Rzecznika Praw Obywatelskich można w tym obszarze dopatrzeć się raczej konieczności przemyślenia na nowo systemu wykonywania kar pozbawienia wolności, skoro ustawodawca widzi potrzebę kontynuowania stosowania wobec sprawcy różnych oddziaływań wychowawczych, nierzadko w wysokim stopniu ingerujących w prawa i wolności bezpośrednio zainteresowanego.

Zasadzie demokratycznego państwa prawa odpowiadałaby jedynie regulacja umożliwiająca stosowanie środków zabezpieczających zamiast kary pozbawienia wolności lub w trakcie jej odbywania. Kolejność przyjęta przez ustawodawcę, a więc nakazująca wpierw wykonanie kary, a następnie poddanie środkom zabezpieczającym, wydaje się niezgodna z podstawowymi standardami postępowania z osobami dysfunkcyjnymi.

III. Niezgodność art. 374 § 1 zd. 1 w zw. z art. 380 w zw. z art. 354 pkt 2 k.p.k. - z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Zgodnie z art. 354 pkt 2 k.p.k. wniosek prokuratora o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i o zastosowanie środków zabezpieczających 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.

Literalne brzmienie art. 354 pkt 2 k.p.k. uprawnia zatem do stwierdzenia, że co do zasady wniosek o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających kierowany jest na

rozprawę, a tylko, jeśli okoliczności sprawy nie budzą wątpliwości, sprawa w tym przedmiocie może być rozpoznana na posiedzeniu. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie, uregulowanie z art. 354 pkt 2 k.p.k., które należy traktować jako *lex specialis* względem art. 339 § 5 k.p.k. „wprowadza szczególną regulację dotyczącą udziału w posiedzeniu podejrzanego: jest on co do zasady obowiązkowy, chyba że z opinii biegłych wynika, że byłby niewskazany. Podejrzany bierze jednak udział w posiedzeniu, jeżeli sąd uzna jego udział za konieczny. Rozpoznanie sprawy na posiedzeniu bez udziału podejrzanego może nastąpić zatem tylko wyjątkowo” (M. Pyrcak, *Środki zabezpieczające*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 744).

Tymczasem ustawodawca przewidział odmienne zasady udziału podejrzanego, w sytuacji kiedy wniosek prokuratora o zastosowanie środków zabezpieczających kierowany jest na rozprawę. Zgodnie bowiem z art. 374 § 1 k.p.k. (w zw. z art. 380 k.p.k.) oskarżony (podejrzany) ma prawo brać udział w rozprawie. Przewodniczący lub sąd mogą uznać jego obecność za obowiązkową. Powołany art. 374 § 1 k.p.k. zmieniony został - z dniem 1 lipca 2015 r. - przez art. 1 pkt 120 lit. a) ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247). Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ww. ustawy, 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. Jak ponadto wskazano w uzasadnieniu projektu, prowadzona reguła

wolnościowa doznaje dwóch ograniczeń tj. po pierwsze, przepis 374 § 1a k.p.k. wprowadza obowiązek stawienia oskarżonego o popełnienie zbrodni na rozprawie w celu bezpośredniej konfrontacji ze stawianymi mu zarzutami. Na oskarżonym o zbrodni ciąży zatem obowiązek udziału w czynnościach związanych z odczytaniem zarzutów aktu oskarżenia i przesłuchaniem oskarżonego. Po drugie zgodnie z przepisem art. 374 § 1 zd. 2 k.p.k. obecność oskarżonego może być nadal uznana za obowiązkową mocą rozstrzygnięcia przewodniczącego składu lub sądu orzekającego w sprawie. Zaistnienie tego wyjątku wymaga jednak inicjatywy ze strony sądu. W związku z brakiem co do zasady obowiązku udziału oskarżonego (podejrzanego) w rozprawie wyrok wydany pod nieobecność oskarżonego (podejrzanego) nie jest zaoczny (por. uzasadnienie do projektu ustawy zawartej w druku sejmowym nr 870, dostępne w Archiwum Sejmu VII kadencji, pkt 11).

Wprawdzie projektodawca wskazał, że rozwiązanie z art. 374 § 1 zd. 2 k.p.k. stanowi skuteczny instrument reakcji na sytuacje, w których obecność oskarżonego (podejrzanego) okaże się konieczna (por. uzasadnienie do projektu ustawy zawartej w druku sejmowym nr 870, dostępne w Archiwum Sejmu VII kadencji, pkt 11), to jednak wydaje się, że brak bezwzględnego obowiązku wysłuchania na rozprawie podejrzanego przez sąd przed orzeczeniem względem niego środka zabezpieczającego narusza standard z art. 45 ust. 1 Konstytucji w zakresie prawa do sprawiedliwie ukształtowanej procedury sądowej.

Jak słusznie wskazuje się w doktrynie „w przypadku orzekania o środkach zabezpieczających wobec sprawcy niepoczytalnego regulacja art. 374 § 1 k.p.k. prowadzi do tego, że paradoksalnie przepisy dotyczące udziału w posiedzeniu są bardziej gwarancyjne dla sprawcy niż przepisy dotyczące udziału w rozprawie. Przy pełnej świadomości faktu, że zmiana art. 374 § 1 k.p.k. miała związek z przemodelowaniem procesu karnego w kierunku kontradyktoryjności, należy postulować, by udział podejrzanego w rozprawie głównej odbywał się w jak najszerszym zakresie, chyba że jego stan zdrowia stoi na przeszkodzie. Przewodniczący lub sąd powinni w tym przypadku

korzystać z uprawnienia przyznanego im w art. 374 § 1 k.p.k. Wskazane jest to przede wszystkim dlatego, że sąd orzekając o de facto przymusowym leczeniu psychiatrycznym sprawcy powinien wysłuchać go, a nie stworzyć sobie jego obraz wyłącznie na podstawie opinii biegłych. Ponadto dokonanie oceny tej opinii może okazać się niemożliwe bez osobistego kontaktu ze sprawcą. Wreszcie: uczestnictwo podejrzanego w rozprawie może mieć znaczenie z punktu widzenia jego dalszej terapii: jak wskazuje się w literaturze, sprawca, który nie uczestniczył w postępowaniu sądowym i nie słyszał ogłoszenia orzeczenia o zastosowaniu wobec niego detencji psychiatrycznej, może zostać poinformowany o nim dopiero przy przyjęciu do zakładu psychiatrycznego od lekarza, co z kolei może wzbudzić u niego poczucie pokrzywdzenia, dodatkową nieufność i utrudnić objęcie go postępowaniem leczniczym” (M. Pyrcak, *Środki zabezpieczające*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, ss. 744-745 i cyt. tam poglądy doktryny).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego nakaz wysłuchania stron postępowania składa się na tzw. sprawiedliwość proceduralną, która z kolei należy do istoty chronionego w art. 45 ust. 1 Konstytucji prawa do sądu. W myśl art. 45 ust. 1 Konstytucji „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny bezstronny i niezawisły sąd”. Trybunał Konstytucyjny w swym orzecznictwie wskazuje, iż prawo do sądu obejmuje cztery podstawowe elementy: 1) prawo dostępu do sądu; 2) prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności; 3) prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd; 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawę (por. wyroki TK: z 21 lipca 2009 r., sygn. akt K 7/09, OTK-A nr 7 z 2009 r., poz. 113, z 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, OTK-A nr 9 z 2007 r., poz. 108). Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wyjaśniał znaczenie konstytucyjnych standardów sprawiedliwego postępowania sądowego. Trybunał w szczególności podkreślał, iż sprawiedliwość proceduralna należy do istoty konstytucyjnego prawa

do sądu (por. wyrok TK z 16 stycznia 2006 r., sygn. SK 30/05, OTK-A nr 1 z 2006 r., poz. 2). Z uwagi na fakt, iż w praktyce nie istnieje jeden model koncepcji sprawiedliwości proceduralnej, który obowiązywałby w odniesieniu do wszystkich rodzajów postępowań sądowych (por. wyrok TK z 28 lipca 2004 r., sygn. P 2/04, OTK-A nr 7 z 2004 r., poz. 72), Trybunał wypracował „wspólne jądro” poszczególnych jej koncepcji, sprowadzające się do następujących elementów: - możliwości bycia wysłuchanym; - ujawniania w czytelny sposób motywów rozstrzygnięcia, w stopniu umożliwiającym weryfikację sposobu myślenia sądu (i to nawet, jeśli samo rozstrzygnięcie jest niezaskarżalne - legitymizacja przez przejrzystość), a więc unikania dowolności czy wręcz arbitralności w działaniu sądu; - zapewnienia przewidywalności dla uczestnika postępowania, przez odpowiednią spójność i wewnętrzną logikę mechanizmów, którym jest poddany (wyrok TK z 21 lipca 2009 r., sygn. akt K 7/09, OTK-A nr 7 z 2009 r., poz. 113, por. wyrok TK z 26 lutego 2008 r., sygn. SK 89/06, OTK-A nr 1 z 2008r., poz. 7).

Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12 marca 2002 r. (sygn. akt P 9/01, OTK-A nr 2 z 2002 r., poz. 14), prawo do wysłuchania „nie zostało wyrażone w Konstytucji, jednak jest powszechnie uznawane za składową prawa do sądu. Korzenie tego prawa odnaleźć można w rzymskiej zasadzie *audiatur et altera pars*, znaczącej dosłownie: niechaj będzie wysłuchana i druga strona. Orzeczenie przez sąd, na podstawie twierdzeń jednej strony postępowania nie ma przymiotu rozpatrzenia sprawy. Nie ulega wątpliwości, że dopiero wysłuchanie przez ten sąd argumentacji obu stron pozwala mu na analizę sprawy, polegającą na ważeniu argumentów, badaniu przedstawionych dowodów i rozważaniu twierdzeń stron i tylko taki tok postępowania sądu może być nazwany rozpatrywaniem sprawy. Z całą pewnością uzyskanie przez jedną ze stron sądowej sankcji dla jej twierdzeń nie może być utożsamiane z «rozpatrzeniem» sprawy, nie spełnia też wymogu sprawiedliwości proceduralnej.”

Podkreślić wprawdzie należy, że prawo do sądu nie jest prawem absolutnym i może podlegać ograniczeniom, jednakże wedle utrwalonego poglądu Trybunału Konstytucyjnego

ograniczenie tego prawa podlegać musi ocenie przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji, który formułuje przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Jak było to już wskazane w niniejszym wniosku, do przesłanek tych należy zaliczyć: ustawową formę ograniczenia; istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia; funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości tj. bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób oraz zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności. Co ważne, „stwierdzenie, że ograniczenia mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie, nakazuje rozważyć: czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona; czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela” (wyrok TK z dnia 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07, OTK-A nr 5 z 2008 r., poz. 77; por. wyrok TK z: 28 czerwca 2000 r., sygn. K. 34/99, OTK ZU nr 5 z 2000 r., poz. 142).

Wydaje się, że w niniejszej sprawie nie ma żadnych przesłanek uzasadniających ograniczenie prawa do sądu wskutek braku obowiązku wysłuchania przez sąd podejrzanego przed orzeczeniem względem niego środka zabezpieczającego. Argumentem mającym przemawiać za słusznością kwestionowanego rozwiązania, nie może być postulowana przez projektodawcę szybkość postępowania, czy chęć wyzbycia się paternalistycznej roli względem takiej osoby. Wręcz przeciwnie, ustawodawca powinien takiego podejrzanego otoczyć szczególną gwarancją bycia wysłuchanym, z uwagi na: po pierwsze rodzaj środków, które mogą być względem niego zastosowane tj. dalece ingerujących w podstawowe prawa i wolności obywatelskie; a po wtóre zważywszy na dysfunkcje, jakie taka osoba może wykazywać, które w efekcie mogą skutkować brakiem świadomości po stronie podejrzanego znaczenia jego udziału w rozprawie, a w efekcie możliwości bycia wysłuchanym i wpływu tej czynności na wynik postępowania.

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, na sędzie winien w każdym przypadku ciążyć obowiązek wysłuchania na rozprawie podejrzanego przed orzeczeniem względem niego środka zabezpieczającego. Inne rozwiązanie, w tym pozostawienie decyzji w zakresie obowiązkowego udziału podejrzanego na rozprawie do uznania przewodniczącego lub sądu, nie spełnia standardów wypracowanych przez Trybunał Konstytucyjny na gruncie art. 45 ust. 1 Konstytucji.

IV. Niezgodność art. 244b § 1 k.k. – z art. 2, z art. 30 i art. 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP

Rzecznik Praw Obywatelskich wnosi o stwierdzenie niezgodności art. 244b § 1 k.k. z art. 2, art. 30 i art. 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zgodnie z art. 244b § 1 k.k., „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”. W doktrynie wskazuje się, że przedmiotem ochrony tego typu czynu zabronionego jest prawidłowe wykonywanie wymiaru sprawiedliwości. Typ czynu zabronionego opisany w art. 244b § 1 k.k. ma charakter formalny, co oznacza, że do jego znamion nie należy skutek, a więc do stwierdzenia popełnienia czynu zabronionego wystarczy ustalenie, że sprawca nie zrealizował obowiązków związanych z orzecznym wobec niego środkiem zabezpieczającym (A. Herzog, *Komentarz do art. 244b*, [w:] R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, Nb 1-3). Zdaniem W. Zontka, przepis ten ma na celu „w pewien <techniczny> sposób zagwarantować przestrzeganie przez osobę, wobec której orzeczono środek zabezpieczający, by nie stał się on *lege imperfectae*” (W. Zontek, *Zmiany w części szczególnej kodeksu karnego*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015*, Kraków 2015, s. 847). W uzasadnieniu do projektu ustawy, w której wprowadzono art. 244b k.k. projektodawca nie odnosi się do tej propozycji, a więc nie uzasadnia projektowanej decyzji kryminalizacyjnej z perspektywy zasad

przydatności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*. Ponadto, należy zauważyć, że projekt w podnoszonym tutaj zakresie wywoływał liczne wątpliwości w trakcie prac nad ustawą w Senacie. Na tym etapie prac legislacyjnych zdecydowano się na wprowadzenie poprawki do projektu ustawy nadając art. 244b następującą treść: „Kto nie stosuje się do określonych w ustawie obowiązków związanych z orzecznym wobec niego środkiem zabezpieczającym w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. W uzasadnieniu wskazano, że „nie będzie skutecznym narzędziem do walki z niepokornym uzależnionym lub chorym człowiekiem, przepis, który wprowadza wobec niego sankcję karną. Senat uznał, że osoba uzależniona lub chora, wymaga pomocy, a nie skazania” (uchwała Senatu RP w sprawie ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3131, dostępne w Archiwum Sejmu VII kadencji). Ostatecznie jednak Sejm nie zdecydował się na pozostawienie przepisu w wersji przyjętej przez Senat.

Rzecznik Praw Obywatelskich przychylił się do stanowiska Senatu, przedstawionego w uzasadnieniu do wyżej przywołanej uchwały. 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, w zakresie wyżej przywołanych wzorców konstytucyjnych. Już samo stwierdzenie nieskuteczności niesie za sobą podejrzenie niezgodności z zasadą proporcjonalności zawartą w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W opinii Rzecznika kwestionowany przepis stanowi także naruszenie art. 2 i art. 30 Konstytucji RP.

IV.a. Wzorzec kontroli z art. 2 Konstytucji RP

Z art. 2 Konstytucji RP, statuującego zasadę demokratycznego państwa prawnego, wynikają dwie zasady mające fundamentalne znaczenie dla oceny przepisu kwestionowanego przez Rzecznika Praw Obywatelskich, mianowicie: zasada praworządności i zasada *ne bis in idem*.

W literaturze wskazuje się, 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. Jak słusznie zauważa B. Banaszak, prawodawca nie ma zupełnej swobody w podejmowaniu działalności legislacyjnej, ponieważ powinien brać pod uwagę wartości obowiązujące w systemie prawa (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 44). 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 (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 44). W świetle tej zasady norma prawna wynikająca z art. 244b § 1 k.k. budzi liczne wątpliwości.

Kwestionowany przepis stanowi typ czynu zabronionego, który powoduje, że sprawca nie poddając się orzeczonemu wobec niego środkom zabezpieczającym popełnia nowy czyn zabroniony, niezależnie od tego, który stał się bezpośrednią przyczyną orzeczenia środków zabezpieczających. Ustawodawca zatem chce stosować, wobec osób o poważnych dysfunkcjach, karę jako czynnik mających ich skłonić do realizacji orzeczonych obowiązków. Wydaje się to wątpliwe z kilku względów. Prawo karne, a więc także jego instrument w postaci kary ma realizować przede wszystkim funkcję sprawiedliwościową, ochronną i gwarancyjną. Czynnik wychowawczy prawa karnego rozpoznaje się albo w ramach funkcji ochronnej, albo wskazuje się go jako odrębną funkcję prawa karnego. Niezależnie od jej ulokowania, nie ma wątpliwości, że cele wychowawcze

są istotne w procesie ustalania wymiaru kary, niemniej nie pełnią roli najważniejszej. W art. 53 § 1 k.k., który reguluje dyrektywy wymiaru kary, w pierwszej kolejności wskazuje się na stopień winy, stopień społecznej szkodliwości czynu, cele zapobiegawcze, a dopiero w następnej kolejności wychowawcze. O tym, że prawo karne ma przede wszystkim wymiar sprawiedliwościowy i – w odniesieniu do dóbr będących u podstaw typów czynów zabronionych – ochronny decyduje jego retrospektywny charakter, a więc zorientowanie na czyn, który miał miejsce i wymagający pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej. Wychowywanie jest niejako konsekwencją wykroczenia przeciwko normom prawnym w sposób na tyle poważny, że doszło do uruchomienia tak poważnego systemu reakcji, jakim jest prawo karne. 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.

Podjmując problematykę środków zabezpieczających należy pamiętać, że ich adresatami są osoby z poważnymi problemami, dysfunkcjami, nierzadko niedostosowane społecznie. Są to osoby niepczytalne, o ograniczonej pczytalności, z zaburzeniami preferencji seksualnych, z zaburzeniami osobowości, uzależnione od alkoholu lub środków odurzających. Oddziaływanie na tego rodzaju sprawców sankcją karną, mającą skłonić ich do podjęcia terapii lub wykonania innych środków zabezpieczających, wydaje się dalece nieskuteczne. Sprawcy charakteryzujący się przywołanymi tu problemami z uwagi na swoje dysfunkcje nie podejmują decyzji o popełnieniu czynu zabronionego w oparciu o taki sam schemat, jaki towarzyszy innym sprawcom czynów zabronionych. Dużą rolę odgrywa w ich przypadku czynnik decydujący o późniejszym poddaniu ich środkom zabezpieczającym. Ten sam czynnik może mieć znaczny wpływ na zaniechanie poddania się obowiązkom wynikającym z art. 93a i art. 99 k.k. W konsekwencji, ustawodawca kreuje przestępców z osób, których czyn sprowadza się zaniechania realizacji obowiązku, czego przyczyna tkwi w rozpoznanych już wcześniej przez organ stosowania prawa dysfunkcjach sprawcy. Innymi słowy, znacznie bardziej racjonalne i skuteczne byłoby uwzględnienie w systemie

mechanizmu oddziaływań innych niż związane z represją karną, które mogłyby zachęcić zainteresowanego do poddania się środkom zabezpieczającym. Dopiero wtedy wartości konstytucyjne w postaci bezpieczeństwa publicznego i porządku publicznego mogą być rzeczywiście zrealizowane. W obecnej sytuacji korzystniejsze dla sprawcy jest symulowanie udziału w terapii, a więc obecność bez woli skorzystania z pomocy, niż przyznanie się do braku zamiaru aktywnego uczestnictwa w terapii (W. Zontek, *Kara za brak poddania się terapii? Konsekwencje wprowadzenia art. 244b k.k.*, „Palestra” 2015. nr 7-8, s. 128).

Drugą zasadą wynikającą z zasady demokratycznego państwa prawnego, a jednocześnie aktualizującą się w przedmiotowej sprawie, jest zasada *ne bis in idem*. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, ta zasada 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” (wyrok TK z 3.11.2004 r., sygn. K 18/03). Jak zauważa B. Banaszak, zasada ta „jest od wieków elementem europejskiej kultury prawnej i tym samym stanowi bezsprzecznie składnik demokratycznego państwa prawnego” (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 46).

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich art. 244b § 1 k.k. narusza zasadę *ne bis in idem*. Pozornie 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.

IV.b. Wzorzec kontroli z art. 30 Konstytucji RP

Wzorzec kontroli wynikający z art. 30 Konstytucji RP został już zrekonstruowany w pierwszej części wniosku. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich art. 244b § 1 k.k. jest niezgodny z art. 30 Konstytucji RP, ponieważ w ewidentny sposób narusza istotę godności człowieka i wynikającą z niego autonomię, pozbawiając sprawcę jakichkolwiek możliwości odmowy wzięcia udziału w leczeniu. Należy przypomnieć, że uświadomiona i dobrowolna zgoda pacjenta jest fundamentem współczesnego myślenia o relacji między pacjentem i lekarzem występującej w stosunku prawnym prawa medycznego (B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s. 403 i n.; R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 258 i n.). Nie oznacza to, że zupełnie niedopuszczalne 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). Środki podejmowane przez organy państwa powinny zmierzać do realnego wykonania środka zabezpieczającego, najlepiej w sposób

pozwalający na akceptację sprawy. Nigdy zaś właściwym środkiem nie może być w takich przypadkach kryminalizacja. Narusza ona zasadę godności człowieka, gdyż kryminalizuje coś, co powinno być uznane za zwykły przejaw autonomii człowieka. Jest to przypadek szczególny, gdyż nie tylko dochodzi tutaj do naruszenia godności człowieka, ale do kryminalizacji samego jej przejawu. Innymi słowy, art. 244b § 1 k.k. narusza samą istotę zasady wypowiedzianej w art. 30 Konstytucji RP, a przez to jest w oczywisty sposób niegodny z Konstytucją.

IV.c. Wzorzec kontroli z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP

Każda decyzja kryminalizacyjna ustawodawcy ogranicza w jakimś zakresie wolność człowieka, a więc zawsze wchodzi w kolizję z dobrami chronionymi konstytucyjnie. Wolność jest prawem na tyle istotnym, że w wymiarze ogólnym pojawia się w rozdziale II Konstytucji RP dwukrotnie, a znacznie liczniej w wymiarze szczegółowym. W art. 31 ust. 1 Konstytucji stanowi się, że wolność człowieka podlega ochronie prawnej. Nie tylko w relacji wertykalnej, ale także – jak precyzuje art. 32 ust. 2 ustawy zasadniczej – w wymiarze horyzontalnym. Nadto, w art. 41 ust. 1 Konstytucji wskazuje się, że każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonym w ustawach. Klauzula zawarta w tym przepisie, wskazująca na możliwość ustawowego ograniczenia lub pozbawienia wolności, nie powinna mylić. Nie wyłącza ona w żadnym zakresie konieczności wzięcia pod uwagę wszystkich kryteriów zasady proporcjonalności wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, wskazanych w pierwszej części wniosku, a więc przydatności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich kwestionowana regulacja nie spełnia kryterium przydatności. Nie można zgodzić się z poglądem wyrażonym przez ustawodawcę, wedle którego kryminalizacja zaniechania poddania się orzecznym środkom zabezpieczającym rozwiązuje problem, któremu stosowanie tych środków ma zapobiegać. Otóż, zdaniem Rzecznika jest zupełnie

odwrotnie. Art. 244b § 1 k.k. mnoży problemy, stawiając sprawcę tego czynu zabronionego w sytuacji zupełnie nieadekwatnej do jego kondycji zdrowotnej. Jeżeli natomiast ustalimy, że jedynym dobrem chronionym przez kwestionowany przepis jest dobro wymiaru sprawiedliwości, to równie trudno jest przyjąć, że ten typ czynu zabronionego w jakikolwiek sposób przysłuży się owemu dobru. Wydaje się raczej, że orzekanie na podstawie art. 244b § 1 k.k. jest przejawem przyznania się wymiaru sprawiedliwości do bezradności w stosunku do osoby, która potrzebuje pomocy państwa, aby nie nieść już więcej zagrożenia względem innych, ale także wobec siebie. Nie sposób nie zgodzić się z W. Zontkiem, który zauważa, że: „Wprowadzenie kary przez art. 244b k.k. wymuszałoby pewną fikcję, by nie użyć dosadniejszego zwrotu – teatr zachowań. Skoro funkcją środków zabezpieczających jest wytworzenie takiego stanu rzeczy, że sprawca niebezpieczny (...) poddany zostaje oddziaływaniom redukującym tę jego właściwość – uznać należy, że fikcja leczenia (w znaczeniu funkcjonalnym) jest kontrproduktywna. Tym bardziej kara za brak poddania się owej fikcji” (W. Zontek, *Kara za brak poddania się terapii? Konsekwencje wprowadzenia art. 244b k.k.*, „Palestra” 2015. nr 7-8, s. 129).

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 może 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.

V.

Kończąc rozważania w zakresie problematyki będącej przedmiotem niniejszego wniosku, zaakcentować należy, że Rzecznik Praw Obywatelskich nie kwestionuje zarówno zasadności utrzymania w kodeksie karnym Rozdziału X dotyczącego środków zabezpieczających, jak też polityki państwa w zakresie stosowania takich środków.

Przepisy prawa w tym zakresie muszą jednak spełniać standardy konstytucyjne, zwłaszcza, że uregulowane przez ustawodawcę środki zabezpieczające ingerują w sposób szczególny w prawa i wolności obywatelskie.

W przekonaniu Rzecznika Praw Obywatelskich, analiza poszczególnych uregulowań Rozdziału X kodeksu karnego, poczyniona w niniejszym wniosku, uprawnia do stwierdzenia, że zaskarżone przepisy nie spełniają powołanych w petitum wniosku standardów konstytucyjnych i w tym stanie rzeczy wniesienie wniosku okazało się konieczne.

W przypadku, gdyby Trybunał Konstytucyjny podzielił zarzuty podniesione w niniejszym wniosku, na zasadzie art. 190 ust. 3 Konstytucji, zwracam się 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.

