



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Adam Bodnar

Warszawa,

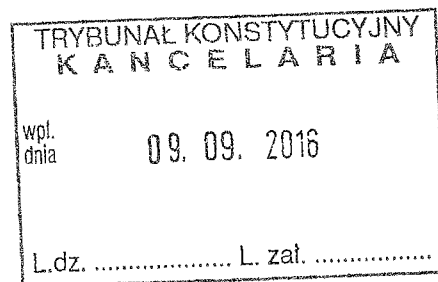
9/09/2016

II.501.7.2016.VV

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

SK 17/16



Na podstawie art. 52 ust. 2 i art. 28 pkt 9 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1157) oraz art. 16 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2014 r., poz. 1648 ze zm.), zgłaszam udział w postępowaniu w sprawie skargi konstytucyjnej p. B M , o którego wszczęciu otrzymałem informację w dniu 12 sierpnia 2016 r. i przedstawiam następujące stanowisko:

– art. 93b § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.) – w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości – jest niezgodny 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;

– art. 93g § 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 prawdopodobieństwa popełnienia w przyszłości czynu, o którym mowa w tym przepisie – jest niezgodny 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;

### Uzasadnienie

Problematyka środków zabezpieczających i w szczególności zasady ich orzekania oraz sposoby ich wykonywania pozostają w trwałym zainteresowaniu Rzecznika Praw Obywatelskich. Wnioski zainteresowanych oraz analiza tej problematyki, skłoniły Rzecznika do skierowania w dniu 23 grudnia 2015 r. wniosku do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją RP, m.in. wskazanych przez skarżącego B M art. 93b § 3 oraz art. 93g § 3 Kodeksu karnego. Zaznaczyć należy, że w swoim wniosku Rzecznik Praw Obywatelskich zaskarżył ww. przepisy w zakresie szerszym niż uczyniono to w skardze konstytucyjnej p. B M, niemniej jednak na potrzeby niniejszego postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, przedstawione zostanie stanowisko Rzecznika jedynie w zakresie pokrywającym się z zakresem wskazanym w skardze konstytucyjnej.

Zgodnie ze zdaniem pierwszym § 3 art. 93b 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.

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).

Rzecznik Praw Obywatelskich podziela również zarzuty skargi konstytucyjnej dotyczące art. 93g § 3 k.k.. Przepis ten ma następujące brzmienie. Zgodnie z tym przepisem: „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 zaostrzony 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. oraz z 93g § 3 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.

#### **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. Kara kryminalna jest przejawem zastosowania sankcji karnej w odpowiedzi na naruszenie przez sprawcę normy, za pomocą której chronione jest dane dobro, w przypadku gdy spełnione są wszystkie warunki przestępności czynu, a więc przede wszystkim, gdy jest on bezprawny, zawiniony i społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy. Fakt, że środki zabezpieczające nie są karą kryminalną w sensie ścisłym nie oznacza jednak, że są one zupełnie wolne od mechanizmów wkraczających w sferę praw i wolności określonych w Konstytucji RP oraz innych dóbr prawnie chronionych. Wręcz przeciwnie, instrumenty przewidziane w rozdziale X Kodeksu karnego mogą prowadzić do ograniczenia jednostki w korzystaniu przez nią z konstytucyjnych praw i wolności. Co więcej, zdarzają się nawet

przypadki, w których zakres możliwej ingerencji w wolności i prawa człowieka oraz towarzysząca jej dolegliwość są znacznie większe niż w niektórych przypadkach stosowania 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. Towarzysząca środkom zabezpieczającym dolegliwość dla jednostki nie musi jednak 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 ową materię 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 oraz 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 skargi p. B M 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 RP 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 nie może ona być interpretowana jako „kara” w znaczeniu szerszym (wyrok ETPC z 2 września 1998 r., Kadubec p. Słowacji, skarga nr 27061/95). Oceniając „karny” charakter sankcji powinno się brać 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. także 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, odnosząc się do 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 stosowanie 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 środki ochrony w stosunku do osób zagrażających cudzym lub własnym dobrom prawnie chronionym. Wskazać 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) oraz 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 zabezpieczających 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.

Przeprowadzona wyżej analiza 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 został przez sprawcę popełniony, ale na podstawie prognozowanego czynu zabronionego, który nie został popełniony i jednocześnie brak jest pewności co do tego, czy kiedykolwiek zostałby 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 Praw Obywatelskich kryterium realnego niebezpieczeństwa sprawcy 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 § 3 k.k. – w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia prawdopodobieństwa popełnienia przez sprawcę w przyszłości czynu, o którym mowa w tym przepisie – 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 wątplenia 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 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 § 3 k.k. – w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia prawdopodobieństwa popełnienia przez sprawcę w przyszłości czynu, o którym mowa w tym przepisie – 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 pozwalająca 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.), Konstytucja 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 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 § 3 k.k. – w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia prawdopodobieństwa popełnienia przez sprawcę w przyszłości czynu, o którym mowa w tym przepisie – z art. 2 Konstytucji RP.

### **I.d. Worzec kontroli z art. 30 Konstytucji RP**

Zawsze, gdy istnieje ryzyko naruszenia praw i wolności człowieka, fundamentalnym punktem odniesienia winien być art. 30 Konstytucji RP, zgodnie z którym: „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 stanowiska, 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. Complak, 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 rozstrzygnięcia kolizji między dobrami chronionymi przez Konstytucję RP. Zwrócił na to uwagę Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu rozstrzygającym konstytucyjność innych przepisów, niemniej zachowującym pełną aktualność metodologiczną na gruncie analizowanej materii: „W tych warunkach [wynikającego z art. 30 Konstytucji RP wykluczenia zniesienia lub ograniczenia wolności i praw, prowadzącego do naruszenia

godności człowieka – przyp. RPO] 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. i art. 93g § 3 k.k. oraz 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 mogłaby nie prowadzić 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., w zakresie objętym skargą konstytucyjną, nie odpowiada przywołanym wyżej wskazanym 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.

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 § 3 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. w zakresie, w jakim nakładają na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości oraz art. 93g § 3 k.k., w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia prawdopodobieństwa popełnienia w przyszłości czynu, o którym mowa w tym przepisie, naruszają 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, „Przeгляд Sejmovy” 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 powiązonym 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 ogólności, lecz niezgodność z zasadą proporcjonalności wprowadzenia do systemu prawa karnego regulacji pozwalającej 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 analizowanym zakresie nie jest negowana przydatność i skuteczność obranego przez ustawodawcę środka. Cel omawianej regulacji jest tożsamy z celem towarzyszącym poprzedniemu stanowi prawnemu. Jak się wydaje, zaprojektowane instrumenty pozwalają na zrealizowanie zamierzonego celu. Niemniej jednak 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. Jediną 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 pływające 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).

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 i 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. oraz art. 93g § 3 k.k. są niezgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Niemniej jednak, 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). Na gruncie skarżonej materii, 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 w zamierzeniu ustawodawcy mają być chronione za pomocą art. 93b § 3 k.k. oraz art. 93g § 3 k.k. 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 RP, 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 autor 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 RP. 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. oraz art. 93g § 3 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 przepisach o środkach zabezpieczających, a zwłaszcza w normach wynikających z art. 93b § 3 k.k. oraz art. 93g § 3 k.k., nałożył na sądy obowiązek tzw. typowania na przestępcę. Wprowadzenie takiego wymogu i dodatkowo opatrzenie go nieostryimi i niejednoznacznymi przesłankami powoduje, że predykcja kryminalna może stać się poważnym zagrożeniem wolności i praw człowieka (F. Ciepły, Środki zabezpieczające – do zmiany czy likwidacji?, „Państwo i Prawo” 2015 r., nr 7, s. 88-89).

Podtrzymując stanowisko zajęte we wniosku z dnia 23 grudnia 2015 r. skierowanym przez Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego, uznać należy że przepisy art. 93b § 3 k.k. oraz art. 93g § 3 k.k., w zaskarżonym zakresie są niezgodne z powołanymi na wstępie wzorcami konstytucyjnymi.

W tym stanie rzeczy zgłoszenie udziału przez Rzecznika Praw Obywatelskich w niniejszym postępowaniu okazało się konieczne.

