

Agnieszka Pilch

**Prewencyjne wyłączenie warunkowego przedterminowego zwolnienia
(na marginesie projektowanej zmiany art. 77 k.k.)**

Problematyka przestępczości skierowanej przeciwko osobom małoletnim od wielu lat stanowi przedmiot dysput politycznych i dogmatycznych oraz analiz dokonywanych przez kryminologów na całym świecie. Status pokrzywdzonego – bezbronnego dziecka stanowi katalizator dla powstania rozlicznych inicjatyw ustawodawczych, niejednokrotnie podejmowanych w atmosferze silnych emocji, jakie budzą czyny przestępne skierowane właśnie przeciwko dzieciom. Już pobieżna analiza działań legislacyjnych podejmowanych w takich krajach jak Wielka Brytania i Francja, czy też w Stanach Zjednoczonych, wskazuje na rangę, jaką ta kwestia odgrywa w szeroko pojętej polityce kryminalnej tych państw. Także w Polsce w ciągu ostatnich lat gwałtownie wzrosła ilość typów penalizujących zachowania skierowane przeciwko wolności seksualnej osób małoletnich. Bez wątplenia stanowi to swoistą manifestację ze strony legislatora dla wagi tego dobra prawnego i w konsekwencji konieczności jego adekwatnej ochrony. O ile nie budzi wątpliwości konieczność zapewnienia przez państwo ochrony osobom małoletnim oraz zabezpieczenie ich życia, bezpieczeństwa i wolności przed naruszeniami ze strony innych osób, to powstaje pytanie, w jaki sposób ten cel może zostać osiągnięty. Jedną z przygotowywanych w ostatnim czasie propozycji nowelizacyjnych jest wprowadzenie do art. 77 kodeksu karnego par. 3, w myśl którego „wobec sprawcy zabójstwa w związku ze zgwałceniem na szkodę małoletniego poniżej lat 15, popełnionym w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, sąd wymierzając karę

dożywotniego pozbawienia wolności może wykluczyć możliwość uzyskania przez skazanego warunkowego zwolnienia, jeżeli zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia”¹. Sugerowane brzmienie wskazanego wyżej przepisu skłania do podjęcia próby zasygnalizowania kontrowersji i wątpliwości, jakie wprowadzenie tej instytucji w proponowanym kształcie może budzić.

Podając się rozważać w zakresie zasadności proponowanej nowelizacji w pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na dwie konkurujące w tym przypadku ze sobą wartości konstytucyjne, a mianowicie prawo do wolności osobistej każdego człowieka oraz prawo do ochrony życia i zdrowia każdego człowieka. W dalszej kolejności trzeba ocenić, czy proponowana regulacja w należyty sposób gwarantuje realizację obu tych wartości.

Stosownie do treści art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, ograniczenia korzystania z konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanowione tylko wtedy, gdy są one konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób (zasada proporcjonalności). Z pewnością pozbawienie wolności osób stanowiących zagrożenie dla innych członków społeczeństwa jest dopuszczalne dla ochrony wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Kwestią wymagającą rozważenia pozostaje jednak odpowiedź na pytanie, jak intensywna ma być ingerencja państwa w tę sferę wolności człowieka. Regulacja z art. 31 ust. 3 bowiem wiąże ustawodawcę jednocześnie nakazem ochrony sfery wolności i praw obywateli przed zbytnią ingerencją prawa karnego (wymóg subsydiarności). Oznacza to nie tylko, że wprowadzanie zakazów i nakazów określonego zachowania się ma być traktowane jako *ultima ratio*, ale także łączy się z wyborem środków karnych właściwych do realizacji założonego celu (wymóg ich instrumentalnej

¹ W tym miejscu wspomnieć należy pojawiające się w doktrynie głosy kwestionujące już samą zasadność stosowania kary dożywotniego pozbawienia wolności. Jako jedną z wad takiej regulacji wskazuje się na nieokreślony czas trwania tej kary. Nadto podkreśla się, że jest to kara odwetowa pełniąca jednocześnie funkcje środka zabezpieczającego. W rezultacie proponuje się, aby zastąpić karę 25 lat pozbawienia wolności i karę dożywotniego pozbawienia wolności jedną karą długoterminową pozbawienia wolności w przedziale od 20 do 30 lat, co umożliwiłoby sądom sprawiedliwe, adekwatne i zindywidualizowane karanie sprawcy bądź współsprawców z określoną perspektywą końca kary i wyjścia na wolność. Co więcej, wskazuje się także na konieczność podjęcia pracy nad zmniejszeniem społecznego rygoryzmu, podkreślając przede wszystkim brak jakichkolwiek rzeczywistych korzyści płynących z „utrzymywania niehumanitarnej i bardzo drogiej w wykonaniu kary dożywotniego pozbawienia wolności”. Kwestionując zasadność utrzymywania tej kary wskazuje się w szczególności na regulacje wielu państw (w szczególności Hiszpanii, Portugalii i Norwegii), gdzie wyeliminowanie tych kar ani nie spowodowało wzrostu poczucia zagrożenia wśród obywateli, ani wzrostu przestępczości. V. Konarska-Wrzošek, *Propozycje zmian katalogu kar w kodeksie karnym z 1997r. w zakresie kar pozbawienia wolności oraz dolegliwości związanych z niektórymi rodzajami kar wolnościowych w: Państwo prawa i prawo karne, Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, tom II, s. s. 859-862.

odpowiedniości), jak również z zachowaniem proporcji między wynikiem regulacji, a ciężarem nakładanych na jednostkę dolegliwości (wymóg stosunkowości)². Idąc w sukurs zapatrywaniom wyrażonym przez Trybunał Konstytucyjny w zakresie odnoszącym się do dokonywania oceny, czy wprowadzone przez ustawodawcę ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności jednostki naruszają zasadę proporcjonalności należy odpowiedzieć sobie na trzy pytania: po pierwsze „czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków”, po drugie „czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana”, po trzecie „czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywateli”³.

Mając na uwadze treść proponowanej nowelizacji, stanowiącej ingerencję w prawa i wolności skazanego, w pierwszej kolejności trzeba się odnieść do zasad, jakimi sąd ma się kierować wymierzając karę sprawcy. Stosownie do treści art. 3 kk wymierzając karę sądy mają uwzględniać zasadę humanitaryzmu, a przede wszystkim szanować godność osoby karanej. Na konieczność kierowania się zasadą humanitaryzmu wskazuje również art. 10 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, zgodnie z którym każda osoba pozbawiona wolności ma być traktowana w sposób humanitarny z poszanowaniem przyrodzonej godności człowieka. Zasada humanitaryzmu wynika także z art. 30 Konstytucji RP, w myśl którego godność człowieka jest przyrodzona i niezbywalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Tym samym sprawca ma być celem działań związanych z procesem wymierzania kary i jej wykonywania. Niedopuszczalne jest zatem kierowanie się prewencją ogólną w ujęciu negatywnym, tzn. odstraszenie innych potencjalnych sprawców przez wymierzanie surowych kar, przekraczających swoją surowością stopień zawinienia i potrzeby resocjalizacyjne sprawcy⁴, czyli kar lub środków karnych, z którymi związane cierpienia przekraczałyby potrzeby wynikające z funkcji sprawiedliwościowej i resocjalizacyjnej prawa karnego⁵. Nie bez znaczenia jest okoliczność, że dyrektywa wynikająca z art. 3 kk ma zastosowanie również do osoby pokrzywdzonej. Oznacza ona, że wydany wyrok ma zaspokajać uzasadnione poczucie sprawiedliwości pokrzywdzonego, zaś prawnie chronionym interesem pokrzywdzonego jest w szczególności

² T. Kaczmarek, *Z rozważań nad zasadą ostateczności orzekania bezwzględnej kary pozbawienia wolności*, w: *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna, Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*; red. W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2013, s.159

³ E.H. Morawska, *Zasada proporcjonalności, Orzeczenie z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, Komentarz*, w: *Na straży państwa prawa, Trzydzieści lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. L. Garlicki, M. Derlatka, M. Wiącek, Warszawa 2016, s. 158-159

⁴ A. Zoll w: *Kodeks karny część ogólna, Komentarz, t. I, Komentarz do art. 1-52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 102

⁵ A. Zoll w: *Kodeks karny ...*, s. 102-103

prawo do sprawiedliwego orzeczenia sądowego w sprawie o popełnione przestępstwo, którego był ofiarą⁶. Mając na celu realizację powyższej zasady we wskazanych wyżej aspektach, trzeba podjąć się zatem odpowiedzi na pytanie, czy planowana regulacja kodeksowe bierze ją pod uwagę w wystarczającym stopniu.

Z uwagi na sposób sformułowania art. 3 kk, nie ulega wątpliwości, że znajduje on zastosowanie nie tylko do wyboru kary, ale również do wszelkich rozstrzygnięć dotyczących stosowania środków związanych z poddaniem sprawcy próbie, a tym samym także do instytucji warunkowego zwolnienia⁷. Tym samym „zasadę humanitaryzmu należy traktować jako dyrektywę minimalizowania cierpień, dolegliwości i innych niedogodności zadawanych człowiekowi przy stosowaniu kary pozbawienia wolności”⁸. Niezależnie od powyższego, zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że zarówno sposób sformułowania przepisów regulujących warunkowe zwolnienie, jak i charakter tej instytucji wykluczają przyjęcie istnienia prawa osoby skazanej do warunkowego przedterminowego zwolnienia. W rezultacie, uprawnienia do ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie w przypadku skazania na karę dożywotniego pozbawienia wolności po odbyciu 25 lat kary pozbawienia wolności, nie należy mylić z gwarancją warunkowego zwolnienia po upływie tego okresu, gdyż nikt „dzisiaj” nie jest w stanie przewidzieć „czy po tym czasie bądź kiedykolwiek później oskarżony wyjdzie jeszcze na wolność”⁹. Instytucja ta bowiem ma służyć przede wszystkim realizacji racjonalnej polityki karnej.¹⁰

Poddając analizie celowość proponowanej nowelizacji zwrócić należy również uwagę na kontrowersję, jakie budzi już stosowanie art. 77 par. 2 kk, przewidującego możliwość wyznaczenia przez sąd surowszych ograniczeń do skorzystania przez skazanego z warunkowego zwolnienia. Z jednej strony, odwołując się do treści art. 67 kkw, określającego cele wykonywania kary pozbawienia wolności i sposoby ich osiągnięcia, kwestionuje się

⁶ A. Zoll w: *Kodeks karny* ..., s. 103

⁷ A. Zoll w: *Kodeks karny* ..., s. 103

⁸ Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2016 r.; II AKz 139/16; Stanowisko to koreluje ze stanowiskiem zajmowanym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w rozstrzygnięciach odnoszących się do naruszenia art. 3 Konwencji zakazującego w szczególności niehumanitarnego traktowania. W wyroku z dnia 17 stycznia 2012 r. (66069/09) ETPC wskazuje, że kwestia naruszenia art. 3 będzie pojawiać się w przypadku obowiązkowo orzekanej kary dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości przedterminowego warunkowego zwolnienia oraz w przypadku fakultatywnie orzekanej kary dożywotniego pozbawienia wolności wówczas, gdy: można wykazać, że dalsze pozbawienie skarżącego wolności nie może być dłużej zasadne ze względu na żadne podstawy o charakterze penologicznym (jak kara, prewencja ogólna, ochrona społeczeństwa czy resocjalizacja) oraz zarówno faktycznie, jak i w świetle prawa, nie istnieje żadna możliwość skrócenia kary. W kontekście zarówno charakteru, jaki ma prawo łaski, jak i faktycznej częstotliwości jego stosowania w Polsce, wydaje się, że nie sposób uznać, że stanowi ono realną możliwość skrócenia kary, o jakiej mowa w uzasadnieniu orzeczenia ETPCz.

⁹ wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 sierpnia 2016 r., II AKa 154/16, lex nr 2139392

¹⁰ A. Zoll w: *Kodeks karny* ..., s. 357

zasadność funkcjonowania w systemie regulacji opisanej w art. 77 par. 2 kk. Argumentując podkreśla się, że warunkowe zwolnienie jest jednym z elementów indywidualizacji penitencjarnej, stąd też nie powinno się z góry, w wyroku skazującym przesądzać, jak proces resocjalizacji będzie przebiegał i czy powinien on trwać dłużej niż ustawowe minimum¹¹. Skoro powszechnie wiadomo, że prognozowanie ryzyka przemocy kryminalnej jest bardzo trudne, a oceny prognostyczne są metodologicznie niepewne i obarczone dużym ryzykiem błędu, z tego względu w tym przypadku potrzeby związane z kształtowaniem świadomości prawnej społeczeństwa i zadośćuczynienie społecznemu poczuciu sprawiedliwości nie mogą mieć znaczenia¹².

Nietrudno zauważyć, że przyjęcie tego kierunku interpretacyjnego automatycznie wyklucza wprowadzenie proponowanej zmiany, bo stosowanie art. 77 par. 3 kk stanowiłoby w rezultacie konsekwencję przyjęcia jeszcze dalej idącego założenia, tj. uznania *a priori* przez sąd orzekający już na etapie wymiaru kary, że proces resocjalizacji skazanego będzie przebiegał w sposób negatywny¹³.

Interpretatorzy, którzy nie kwestionują samej możliwości stosowania art. 77 par. 2 kk zwracają uwagę z kolei na to, że jakkolwiek w myśl tego przepisu sąd może ustanowić surowsze ograniczenia warunkowego przedterminowego zwolnienia, jednak tylko do czasu „w którym zasady humanitaryzmu i poszanowania godności człowieka temu nie sprzeciwiają się”¹⁴. Oznacza to, że dokonując interpretacji art. 77 par. 2 kk w kontekście przestrzegania zasady humanitaryzmu, wykluczyć trzeba zarówno wyłączenie w ogóle możliwości warunkowego przedterminowego zwolnienia, jak i orzeczenie w wypadku kary dożywotniego pozbawienia wolności terminu, po którym może nastąpić warunkowe zwolnienie, rażąco odbiegającego od terminu określonego w art. 78 par. 3 kk¹⁵. Co więcej, stosując art. 77 par. 2 kk „baczyć należy również na to, by surowsze obostrzenia nie wywołały skutku w postaci całkowitego pozbawienia oskarżonego prawa do warunkowego przedterminowego

¹¹ Jak podkreśla się wręcz w orzecznictwie, „zadośćuczynienie poczuciu sprawiedliwości znajduje wyraz w wysokości wymierzonej kary, a nie w ograniczaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia”. wyrok SA w Łodzi z dnia 28.03.2002, II AKa 32/02,

¹² K. Postulski, *Stosowanie przepisów kodeksu karnego w postępowaniu wykonawczym (wątpliwości, niespójności, propozycje)*, w: *Państwo prawa i prawo karne, Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s.919

¹³ Zob. też J. Skupiński, *Środki probacyjne w prawie polskim – de lege ferenda*, w: *Państwo prawa i prawo karne, Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 971

¹⁴ Postanowienie SN z 22.XI.2001 r., II KKN 152/01, lex nr 51603

¹⁵ A.Zoll, w: *Kodeks karny ...* s. 104

zwolnienia¹⁶, co pozostawałoby w sprzeczności z zasadą humanitaryzmu”.¹⁷ Jak wskazuje powyższe, niezależnie od przyjętej koncepcji interpretacyjnej odnośnie do stosowania art. 77 par. 2 kk, nie sposób uznać za uzasadnione wprowadzenie do art. 77 kodeksu karnego projektowanego par. 3. Przepis ten bowiem w sposób bezwzględny wyklucza możliwość ubiegania się przez skazanego o warunkowe zwolnienie z odbywania części kary.

W kontekście przedstawionych powyżej analiz, mając na względzie zarówno konieczność uwzględnienia wymogów wynikających z Konstytucji, jak i bezpośrednio z nimi związanego, a wyrażonego wprost w art. 3 kk nakazu kierowania się zasadą humanitaryzmu, wydaje się zasadnym niewprowadzanie do porządku prawnego sugerowanej nowelizacji. Wykorzystanie obowiązujących obecnie regulacji zawartych w kodeksie karnym, a w szczególności art. 77 par. 2 kk, pozwala bowiem na realizację również tego celu, który postawił sobie ustawodawca proponując wprowadzenie par. 3 do art. 77, tj. zapewnienie skutecznej ochrony społeczeństwa „przed szczególnie brutalnymi przestępstwami, jeżeli w ocenie sądu zachodzi prawdopodobieństwo, że dopuszczą się ich ponownie”.

Na postawienie wniosku o braku konieczności wskazywanej nowelizacji pozwala również konfrontacja tego przepisu z obowiązującymi regulacjami, odnoszącymi się do sposobu postępowania wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (ustawa z dnia 22 listopada 2013 r., Dz.U z dnia 7 stycznia 2014 r.).

Porównanie wymienionych regulacji wydaje się zasadne nie tylko ze względu na ich przedmiot oraz kategorie sprawców, których dotyczą, ale przede wszystkim ze względu na ich cel. Cel ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (zwanej dalej ustawą o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi), analogicznie jak w przypadku projektowanego art. 77 par. 3 kk, stanowi bowiem dostrzeżona przez ustawodawcę potrzeba ochrony zdrowia i życia innych osób przed czynami, których mogą się dopuścić sprawcy, którzy po odbyciu kary pozbawienia wolności nadal stanowią zagrożenie dla społeczeństwa.

¹⁶ Zob też V. Konarska-Wrzosek, *Propozycje zmian katalogu kar w kodeksie karnym z 1997r. w zakresie kar pozbawienia wolności oraz dolegliwości związanych z niektórymi rodzajami kar wolnościowych w: Państwo prawa i prawo karne, Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, tom II, s. 862-863; Jakkolwiek autorka podkreśla celowość pozostawienia sądom orzekającym prawa wskazanego w art. 77 par. 2 kk, jednak sugeruje ograniczenie go do dwóch przypadków tj. w sytuacji, gdy sprawca ciężkiego przestępstwa byłby skazywany na długoterminową karę pozbawienia wolności, jeśli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że popełni również ciężkie przestępstwo w przyszłości oraz w przypadku kary łącznej. Nadto wskazuje, że w przypadku skazywania na długoterminową karę pozbawienia wolności należy wprowadzić zastrzeżenie, że podwyższone minimum nie może przekraczać 4/5 długości orzeczonej kary, co miałyby tworzyć barierę przed orzekaniem przez sądy progów nieosiągalnych.

¹⁷ wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 sierpnia 2016 r., II AKa 154/16L, lex nr 2139392

Podjmując się analizy, w pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na określenie przez ustawodawcę kręgu podmiotów, do których mają mieć zastosowanie porównywane regulacje. W proponowanym art. 77 par. 3 kk ustawodawca określając krąg podmiotów, wskazuje na „sprawcę zabójstwa w związku ze zgwałceniem na szkodę małoletniego poniżej lat 15, popełnionym w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych”, któremu wymierzana zostaje kara dożywotniego pozbawienia wolności. W art. 1 ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi ustawodawca precyzyjnie opisuje, jakie warunki muszą zostać łącznie spełnione, żeby skazany mógł zostać zakwalifikowany do kategorii osób objętych zakresem podmiotowym ustawy, a wobec których mogą zostać zastosowane ograniczenia w niej wskazane. Ustawa ta ma zatem znaleźć zastosowanie do osób, które odbywają prawomocnie orzeczoną karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności, wykonywaną w systemie terapeutycznym. Nie bez znaczenia przy tym jest okoliczność, że ustawodawca w pierwszej kolejności zakładał stosowanie tej ustawy do sprawców skazanych na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. na karę śmierci, zamienioną na podstawie ustawy o amnestii z 1989r. na karę 25 lat pozbawienia wolności, a zatem do osób stanowiących zagrożenie dla społeczeństwa, w szczególności z uwagi na charakter popełnionych przestępstw i sposób ich realizacji. Tym samym okoliczność, że ustawa o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi faktycznie nie odnosi się do sprawców skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności, lecz wyłącznie do osób odbywających karę pozbawienia wolności bądź karę 25 lat pozbawienia wolności, nie może prowadzić do konkluzji, że w rezultacie jej adresatami są osoby stwarzające mniejsze zagrożenia dla życia, zdrowia, wolności seksualnej innych osób, niż osoby, o których mowa w projektowanym przepisie. Przedstawione porównanie wskazuje zatem jednoznacznie na podobieństwo adresatów porównywanych regulacji w zakresie potencjalnego zagrożenia płynącego z ich strony, a co za tym idzie konieczności dokonania ich izolacji.

Co jednak znamienne, o ile ustawodawca w przypadku ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi wyraźnie wskazał, że odnosi się ona do osób odbywających kary pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym z powodu zaburzeń preferencji seksualnych, które u nich wystąpiły w trakcie postępowania wykonawczego, o tyle art. 77 par. 3 kk takiego warunku nie zawiera. W tym przypadku ustawodawca ogranicza się zaledwie do stwierdzenia „wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności” i precyzuje, że przestępstwo którego się dopuścił sprawca zostało popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych. Co więcej, w ustawie o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi ustawodawca jednoznacznie wskazuje, że właśnie stwierdzone u

sprawców zaburzenia psychiczne mają taki charakter lub takie nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia przez nich czynu zabronionego, podczas gdy w proponowanej nowelizacji taka implikacja w ogóle nie występuje. To z kolei mogłoby prowadzić do wniosku, że surowsze ograniczenia, tj. wyłączenie warunkowego zwolnienia, mogłyby być stosowane nawet do osób stwarzających znacznie mniejsze zagrożenie dla społeczeństwa niż sprawcy, których dotyczy ustawa o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi.

Znaczne kontrowersje budzą także różnice między potencjalnymi konsekwencjami, jakie mogą ponieść sprawcy zakwalifikowani do kategorii osób „stwarzających zagrożenie” w rozumieniu art. 1 ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi, a jakie przewiduje projektowany przepis. A mianowicie, uregulowanie zawarte w ustawie o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi przewiduje wobec sprawców, w przypadku których „zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźba jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat”, a którzy np. odbyli karę 25 lat pozbawienia wolności (a przed 1989r. zostali skazani na karę śmierci) zastosowanie środka wolnościowego, jakim jest nadzór prewencyjny. Tymczasem wobec sprawców, których ma dotyczyć projektowany przepis, tj. tych którzy dopuścili popełnienia wyłącznie jednej kategorii przestępstw (zabójstwa w związku ze zgwałceniem na szkodę małoletniego poniżej lat 15), wykluczona miałaby zostać nawet możliwość ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie, po upływie co najmniej 25 lat odbywania kary pozbawienia wolności, w sytuacji „jeżeli zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia”. Co więcej, w myśl powołanej wyżej ustawy, dopiero „bardzo wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego” uprawnia sąd do orzeczenia o umieszczeniu sprawcy w Ośrodku i nawet wówczas nie jest wykluczone opuszczenie tego Ośrodka przez sprawcę, jeżeli zostanie stwierdzone, że ustała potrzeba umieszczenia go w nim¹⁸. Potrzeba ta zaś, stosownie do treści art. 46 ustawy, ma być obligatoryjnie badana przez sąd nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy.

¹⁸ W doktrynie wskazuje się możliwe nadużycia, do jakich może prowadzić zastosowanie w ustawie o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi przesłanki „wysokiego prawdopodobieństwa” i „bardzo wysokiego prawdopodobieństwa”, z uwagi na jej nieostrość, a co za tym idzie ryzyko dowolnej interpretacji. P. Krawczyk, *Problem konstytucyjności tzw. Ustawy o bestiach*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo- Humanistycznego w Siedlcach, 2014/100, s. 115

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na trudności, jakie wiązać się będą z samym ustaleniem przez sąd zaistnienia przesłanki „wysokiego prawdopodobieństwa”. Nie bez znaczenia jest bowiem fakt, że taka ocena miałaby mieć miejsce już wtedy, gdy sąd wymierza sprawcy karę dożywotniego pozbawienia wolności. Natomiast samo stwierdzenie istnienia zagrożenia ze strony sprawcy miałoby odnosić się do stanu, który nastąpi najwcześniej po 25 latach od osadzenia go w zakładzie karnym (art. 78 par. 3 kk). Tymczasem, jak słusznie wskazuje się w doktrynie, odnosząc się chociażby do analizy treści art. 93b par. 3 kk¹⁹: „trudno wskazać na jakich ustaleniach faktycznych sąd miałby oprzeć ocenę stopnia ryzyka popełnienia w przyszłości czynu zabronionego, zwłaszcza w przypadku, gdy sprawca nie ujawnił woli popełnienia takiego czynu. (...) może się okazać, że podstawą orzeczenia (...) będzie jedynie intuicja, ewentualnie rachunek prawdopodobieństwa oparty na bazie dość swobodnie dobieranych parametrów, z których i tak nie da się wywieść realnego związku kauzalnego sięgającego aż do prognozowanego zachowania sprawcy”²⁰. Co znamienne, właśnie mając na uwadze powyższe trudności, w ustawie o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi nałożono na sąd obowiązek przeprowadzenia dowodów dla ustalenia czy skazany spełnia ustawowo określone przesłanki do zastosowania do niego nadzoru prewencyjnego albo osadzenia w Ośrodku. W tym przypadku, stosownie do treści art. 11 ustawy, sąd jest zobowiązany do powołania dwóch biegłych lekarzy psychiatrów, a w przypadku osób z zaburzeniami preferencji seksualnych również biegłego lekarza seksuologa lub certyfikowanego psychologa seksuologa. Obowiązek zasięgnięcia przez sąd wskazanych opinii w znacznym stopniu wzmacnia gwarancje procesowe skazanego.

Przedstawione porównanie prowadzi do wniosku o niespójności zachodzącej pomiędzy przepisami, które mają reglamentować kontakt społeczeństwa z osobami stwarzającymi zagrożenie. Z jednej strony przewiduje się możliwość przebywania na wolności sprawców, u których stwierdzone zaburzenia psychiczne mają taki charakter lub takie nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat (art. 1 i art. 14 ust. 2). Jednocześnie wobec sprawców, w przypadku których

¹⁹ Na marginesie jedynie trzeba zaznaczyć, że zarówno instytucja z art. 77 par. 3 kk, jak i umieszczenie w Ośrodku (o którym mowa w ustawie o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi) stanowi *sui generis* formę pozbawienia wolności, która łączy w sobie niejako elementy przymusowej detencji psychiatrycznej (zob. rozwiązanie z art. 23 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego) oraz niektórych środków zabezpieczających przewidzianych w kodeksie karnym.

²⁰ F. Cieplý, *Środki zabezpieczające – do zmiany czy likwidacji?*, PiP 2015/7/83-96, lex

jedynie „zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia” (a do takiej kategorii zaliczyć należy chociażby typ opisany w art. 288 par. 1 kk zagrożony karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat pięciu; z przepisu bowiem wynika, że nie musi to być przemoc stosowana wobec osoby), ma zostać wykluczone nawet ubieganie się o udzielnie warunkowego przedterminowego zwolnienia.

Powyższa konstatacja podaje w wątpliwość uznanie, że projektowany przepis spełnia wymogi, jakie stawia przed legislatores Konstitucja i skłania do konkluzji, że ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności jednostki, do jakich miałby on prowadzić, naruszają zasadę proporcjonalności.

Mając na uwadze powyższe rozważania w tym miejscu koniecznym wydaje się zasygnalizowanie, do jakich konsekwencji praktycznych może prowadzić wprowadzenie i stosowanie art. 77 ust. 3 w proponowanym brzmieniu.

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się znaczenie perspektywy uzyskania warunkowego przedterminowego zwolnienia, jako motywu skłaniającego skazanego do aktywnego włączenia się w do procesu resocjalizacji. Ponieważ możliwość wcześniejszego zakończenia kary ma również niebagatelne znaczenie dla utrzymania dyscypliny w zakładzie karnym²¹, wprowadzenie nowelizacji może tym samym zwiększyć ryzyko zagrożenia bezpieczeństwa więźniów i personelu. Jak podkreśla M. Płatek w opinii do projektowanej nowelizacji „Wykluczenie szans na warunkowe zwolnienie przekreśla sens wykonywanej pracy przez kadrę penitencjarną. Informacja, że prawidłowe zachowanie, praca nad sobą, udział w terapii, poprawne zachowanie, nagrody, brak kar, prospołeczna postawa – to wszystko nic się nie liczy i nie ma żadnego znaczenia, ma dewastujące efekty”²². Z uwagi na nadzwyczajny charakter prawa łaski i możliwości ubiegania się o nie, nie można również zgodzić się ze stanowiskiem, że przepisy prawa przewidują tym samym wzruszalność powziętej przez sąd decyzji o wykluczeniu warunkowego przedterminowego zwolnienia. To zaś prowadzi do wniosku o sprzeczności projektowanego przepisu z art. 3 EKPCz.

Na zakończenie należy postawić pytanie, czy regulacja, którą się proponuje istotnie jest niezbędna dla zapewnienia właściwego poziomu bezpieczeństwa i porządku publicznego,

²¹ H. Kuczyńska, *Kształt i praktyka stosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia jako czynnik wpływający na liczebność populacji więziennej*, w: *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, J. Jakubowska-Hara, J. Skupiński (red.), Warszawa 2009, s.171-172

²² M. Płatek, *Opinia prawna na temat Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk 2154)*, s. 20-21

w odniesieniu do popełnianych przestępstw przeciwko osobom małoletnim i czy nie jest wystarczające sięgnięcie po środki mniej dolegliwe.

Analizując propozycję wprowadzenia do art. 77 kk par. 3 i rozważając możliwość przyjęcia innych rozwiązań, które pozwoliłyby na adekwatną ochronę małoletnich, warto sięgnąć do doświadczeń innych państw i sposobu, w jaki rozwiązują analogiczne kwestie w ramach swoich ustawodawstw. Jako przykład posłużyć tu może regulacja obowiązująca w Finlandii, gdzie do skazanych na długoterminowe kary pozbawienia wolności za poważne przestępstwa adresowane jest tzw. tymczasowe zwolnienie pod nadzorem. Ma ono na celu w szczególności wspieranie integracji społecznej skazanych przy jednoczesnym objęciu ich zwiększoną kontrolą sprawowaną przy pomocy urządzeń elektronicznych lub innych specjalnych środków. Sprawcy tacy mogą uzyskać tymczasowe zwolnienie do 6 miesięcy przed zwolnieniem warunkowym. Jednocześnie zakłada się, że ta kategoria sprawców potrzebuje więcej wsparcia i udziału w intensywnych programach celem zmniejszenia ryzyka powrotu do przestępstwa.²³ Godne szerszego zainteresowania wydaje się również rozwiązanie przyjęte we Włoszech, gdzie do alternatywnych sposobów wykonywania kary pozbawienia wolności zalicza się: probację pod nadzorem służb socjalnych, areszt domowy bądź automatyczną redukcję kary²⁴.

Zarówno podjęta w niniejszym opracowaniu próba analizy uregulowań obowiązujących w polskim systemie prawnym, jak i zasygnalizowane wyżej rozwiązania przewidywane w innych krajach, prowadzą do następujących wniosków. Zasadnym wydaje się wprowadzenie zmiany w prawie karnym wykonawczym, pozwalającej na większą elastyczność w sposobie wykonywania kary pozbawienia wolności i właściwą weryfikację stopnia resocjalizacji sprawcy w trakcie odbywania przez niego kary pozbawienia wolności. Jednocześnie jednak zasadnym byłoby stosowanie do niebezpiecznych sprawców postpenalnych środków zabezpieczających wykonywanych po odbyciu kary²⁵. Jaki zatem kierunek nadać działaniom legislacyjnym, aby wzmocnić zarówno sam sposób resocjalizacji skazanych, jak i kontrolę ich zachowania po opuszczeniu zakładu karnego?

²³ B. Stańdo-Kawecka, *Podstawowe kierunki zmian instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia*, w: *Państwo prawa i prawo karne, Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, tom II, s. 999

²⁴ B. Stańdo-Kawecka, *Podstawowe kierunki zmian ...*, s. 995

²⁵ V. Konarska-Wrzosek, *Propozycje zmian katalogu kar w kodeksie karnym z 1997r. w zakresie kar pozbawienia wolności oraz dolegliwości związanych z niektórymi rodzajami kar wolnościowych* w: *Państwo prawa i prawo karne, Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla* red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, tom II, s. s. 863-864

Mając na uwadze podobieństwo kręgu adresatów, których miałyby dotyczyć proponowana nowelizacja do adresatów ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi w pierwszym rzędzie należałoby rozważyć wprowadzenie do przepisów kodeksu karnego wykonawczego instytucji analogicznej do nadzoru prewencyjnego. Jak wskazuje bowiem art. 22 w/w ustawy, celem nadzoru prewencyjnego jest ograniczenie zagrożenia życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób ze strony osoby stwarzającej zagrożenie, która nie została umieszczona w Ośrodku. Takie samo zaś zamierzenie wydaje się determinować analizowaną inicjatywę ustawodawczą. Za wprowadzeniem takiego rozwiązania przemawiałby także przewidziany już w przepisach ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi sposób sprawowania nadzoru prewencyjnego, a w szczególności możliwość prowadzenia przez policję czynności operacyjno-rozpoznawczych. Nadto, orzekając o zastosowaniu nadzoru prewencyjnego sąd mógłby nałożyć dodatkowo na sprawcę np. obowiązek poddania się odpowiedniemu postępowaniu terapeutycznemu. Niezależnie od powyższego, pod rozwagę należałoby wziąć także wykorzystanie dozoru elektronicznego do kontroli zachowania sprawcy, o którym mowa w par. 3 art. 77 kk.

Manifestowanie wagi i konieczności ochrony winno następować poprzez stworzenia systemu ochrony z jednej strony efektywnej, a z drugiej uwzględniającej zasady zawarte zarówno w regulacjach krajowych, jak i międzynarodowych. Nie deprecjonując znaczenia ochrony małoletnich ofiar przestępstw, dokonywanej w szczególności poprzez tworzenie regulacji mających tę ochronę zapewniać, jednocześnie zwrócić należy uwagę, że stosowanie sankcji karnych ma nie tylko charakteryzować się dolegliwością, ale też ma być zindywidualizowane i realizować zasadę kary sprawiedliwej. Tymczasem wprowadzając tę regulację należy liczyć się z wysokim ryzykiem, że z warunkowego przedterminowego zwolnienia nie będą nigdy mogli skorzystać sprawcy, którzy wskutek zastosowania oddziaływań terapeutycznych i resocjalizacyjnych nie stanowią już żadnego zagrożenia dla społeczeństwa.

Jak już wskazano w niniejszym opracowaniu, obecnie obowiązujące przepisy dają sprawcy przestępstwa jedynie uprawnienie do ubiegania się o udzielenie warunkowego przedterminowego zwolnienia. Możliwość skorzystania z tego środka pozostaje jednak w gestii niezawisłego sądu, który podejmując decyzję tym zakresie uwzględnia m.in. pozytywną prognozę kryminologiczną w stosunku do tego sprawcy, w tym w szczególności stopień ryzyka powrotności do popełniania przestępstw w przyszłości. W przypadku zaistnienia okoliczności przemawiających przeciwko warunkowemu zwolnieniu, środka tego nie stosuje się. Co znamienne, specyficzny charakter i cel, jaki pociąga za sobą kara dożywotniego

pozbawienia wolności, tj. eliminowanie i izolację sprawców szczególnie niebezpiecznych przestępstw na czas z góry nieokreślony, powoduje, że sama w sobie stanowi ona wyjątkową dolegliwość.

Wobec powyższych rozważań brak jest uzasadnienia dla wprowadzenia par. 3 do art. 77 kk. W przeciwnym wypadku ustawodawca będzie musiał zmierzyć się z koniecznością odparcia zarzutów wskazujących na wyłącznie populistyczny charakter proponowanej regulacji, a nie mający na celu adekwatne zabezpieczenie społeczeństwa przed zagrożeniami płynącymi ze strony szczególnie niebezpiecznych sprawców.²⁶

CZASOPISMO PRAWA KARNEGO i NAUK PENALNYCH

Preprint nr 9/2018 | Data publikacji: 2 VIII 2018 r. | Materiał autorski przed opracowaniem redakcyjnym i korektą (preprint) może różnić się od wersji docelowej (drukarskiej) | Copyright © 2018 by Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja | Sposób cytowania preprintu: [Autor, *Tytuł opracowania*, CPKiNP preprint nr 9/2018, www.czpk.pl/preprinty]

²⁶ Zob. P. Stępnia, *Cykle represyjności w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej i Unii Europejskiej a populizm*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, rok LXXI – zeszyt 1 2009, s.173-175