

Niniejszy materiał został opublikowany 28 marca 2017 r. w postaci preprintu na stronie internetowej < www.czpk.pl/preprinty > pod pozycją **3/2017**. Preprint można cytować z powołaniem się na nr pozycji w wydaniu internetowym (**poz. 3/2017**). Wersja podstawowa tekstu ukaże się drukiem w Czasopiśmie Prawa Karnego i Nauk Penalnych w 2017 r. Zob. < www.czpk.pl/zeszyty >.

Preprint został opublikowany przed opracowaniem redakcyjnym: korektą, redakcją językową i adiustacją tekstu oraz przed jego korektą autorską. Autor oświadcza, że bierze odpowiedzialność za wszystkie błędy (merytoryczne, językowe i inne) znajdujące się w niniejszej wersji tekstu.

PREPRINT

Kamil Mamak¹

Dozór elektroniczny – rozważania na tle kary pozbawienia wolności,
kary ograniczenia wolności oraz przestępstwa samouwolnienia
(art. 242 § 1 k.k.)

Wprowadzenie

Rewolucja Cyfrowa sprawiła, że do tej pory analogowe elementy życia nabrały cyfrowego charakteru. Dotyczy to niemalże każdego fragmentu ludzkiej egzystencji - tak różnych jak czytanie książek, robienie zdjęć czy komunikowanie się z innymi ludźmi. Proces ten nie ominął także prawa karnego i sposobów karania. Za sprawą dozoru elektronicznego analogowa dotychczas kontrola skazanych stała się częściowo cyfrowa, co z kolei otworzyło nowe możliwości zarządzania skazanymi. Mimo, że dozór elektroniczny na stałe zadomowił się przepisach prawa karnego to wydaje się, że do tej pory nie odpowiedziano sobie na pytanie czym w zasadzie jest i jaka jest jego natura. Potwierdzeniem braku jednoznacznego rozstrzygnięcia są zmiany normatywne w przepisach dotyczących dozoru stacjonarnego. Początkowo występował jako sposób wykonywania kary pozbawienia wolności by stać się

¹ Doktorant w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz w Katedrze Filozofii Przyrody Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie.

częścią kary ograniczenia wolności aż w końcu wrócił do swojej początkowej roli. Pomimo tak istotnych zmian i to na przestrzeni zaledwie jednego roku wszystko wydaje się, że to jeszcze nie koniec nowelizacji dotyczących elektronicznego dozoru. Infrastruktura dozoru elektronicznego nie jest wykorzystywana wyłącznie przy karach, ustawodawca próbuje znaleźć miejsce do jego użycia także przy innych instytucjach – z większym lub mniejszym powodzeniem dozór elektroniczny wykorzystywany jest przy wykonywaniu środków karnych i środków zabezpieczających.

W tym artykule przybliżona zostanie instytucja dozoru elektronicznego, następnie zostanie jego idea będzie przedstawiona na tle kary pozbawienia wolności oraz kary ograniczania wolności. Natomiast w zakresie kary pozbawienia wolności zostanie podjęta również próba odniesienia się do problemu związanego z wykonywaniem kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego w kontekście znamion przestępstwa samouwolnienia z art. 242 § 1 k.k. Na koniec zaprezentowane zostaną także postulaty terminologiczne.

Historia dozoru elektronicznego w Polsce

Wprawdzie polskie ustawodawstwo poznało pojęcie dozoru elektronicznego w 2007 roku, to historia myśli o wykorzystaniu jego możliwości jest nieco starsza. Na gruncie krytyki kary pozbawienia wolności powstała koncepcja zaprezentowana przez Jerzego Jasińskiego wykorzystania urządzeń elektronicznych do kontroli osoby podczas aresztu domowego². U progu obecnego tysiąclecia Stanisław Waltoś poproszony o przedstawienie swojej wizji trendów jakie mogą mieć miejsce w XXI wieku wskazał także na urządzenia elektroniczne, które mogłyby być wykorzystane do „nadzoru elektronicznego” – tym razem instytucji procesowej mającej pomóc zabezpieczyć właściwy tok postępowania karnego.

Historia legislacyjna związana z dozorem elektronicznym rozpoczęła się w 2007 roku od uchwalenia ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego³. Stosowana jest jednak dopiero od 1 września 2009 r. i w dodatku rozpoczęła swoje funkcjonowanie częściowo, obejmując początkowo jedynie fragment terytorium Polski, następnie rozszerzano zakres przestrzenny systemu o obszary

² J. Jasiński, *Areszt domowy (Propozycja do rozważenia)*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 194.

³ Ustawa z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, Dz. U. z 2010. Nr 142, Poz. 960 j.t, ze zm.

kolejnych apelacji. Proces ten zakończył się 1 stycznia 2012 r. od kiedy to dozór elektroniczny mógł być wykorzystywany na całym terytorium naszego państw⁴.

Jak sama nazwa ustawy wskazywała dozór elektroniczny w początkowej fazie był pomyślany jako system wykonywania kary pozbawienia wolności. Nie była to więc osobna kara, tylko instytucja prawa karnego wykonawczego pozwalająca na wykonywanie kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym. Sąd orzekający nie mógł zdecydować o umieszczeniu skazanego w takim systemie, a całość decyzji odbywała się przed sądem penitencjarnym. Skuteczność dozoru elektronicznego została doceniona przez ustawodawcę, który już 2 lata od założenia pierwszej bransoletki rozszerzył prawne możliwości wykorzystania systemu poprzez nowelizację ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych⁵. Na mocy tej ustawy dodano możliwość kontroli pobytu skazanych w ramach zakazu wstępu na imprezę masową. Był to jeden z wielu mechanizmów wprowadzonych do systemu prawnego, którego motywacją była chęć zabezpieczenia prawidłowy tok i bezpieczeństwa podczas organizowanego przez Polskę wraz z Ukrainą Turnieju Finałowego UEFA EURO 2012⁶. Wtedy to już nazwa ustawy nie w pełni zaczęła oddawać przeznaczenie dozoru elektronicznego. Nie był to jednak koniec zmian w tej materii. Największe zmiany o rewolucyjnym charakterze nastąpiły wraz z dniem 1 lipca 2015 r. kiedy to weszła w życie nowelizacja z 20 lutego 2015 r.⁷. Na jej podstawie dozór elektroniczny stał się elementem wykonywania kary ograniczenia wolności i zniknął z przepisów dotyczących kary pozbawienia wolności. Zostały rozszerzone także możliwości wykorzystania infrastruktury dozoru elektronicznego do wykonywania niektórych środków karnych i środków zabezpieczających⁸. W związku z powyższym znowelizowano Kodeks karny wykonawczy – dodając do niego rozdział VIIa dedykowany w całości dozorowi elektronicznemu. Tym samym przestała obowiązywać pierwsza ustawa, która wprowadziła do polskiego systemu prawnego pojęcie dozoru elektronicznego. Pomimo tak fundamentalnych zmian w zakresie dozoru elektronicznego w zakresie korzystania go na gruncie kodeksowych kar już w niecały rok później, a mianowicie w dniu 11 marca 2016 r. została uchwalona kolejna nowelizacja⁹, na mocy której nastąpiło swoiste odwrócenie reformy poprzez powrót do rozwiązania, w

⁴ Więcej o początkach dozoru elektronicznego zob. K. Mamak, *Funkcjonowanie dozoru elektronicznego w świetle badań aktowych*, „CZPKiNP”, nr 2, 2014, s. 140–141.

⁵ Ustawa z dnia 31 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 217, Poz.1280).

⁶ Sejm RP VI kadencji, Nr druku: 4281.

⁷ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 396.

⁸ Por. K. Mamak, D. Zajac, *Dozór elektroniczny*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, W. Wróbel (red.), Kraków 2015, .

⁹ Ustawa o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz ustawy - Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. poz. 428.

którym to dozór elektroniczny związany był z wykonywaniem kary pozbawienia wolności. Zmiany weszły w życie z dniem 15 kwietnia 2016 r.

Projektodawca zmian z 2016 r. tłumaczył się w uzasadnieniu¹⁰ dlaczego chce powrócić do rozwiązania opartego na karze pozbawienia wolności. Wskazując na potrzebę nowelizacji tak komentował wcześniejsze rozstrzygnięcia oparte na karze ograniczenia wolności:

„Zmiana ta **okazała się w praktyce wysoce nieefektywna** [podkreślenie KM] i przyniosła drastyczny spadek orzeczeń o wykonywaniu kary w systemie dozoru elektronicznego. Z tego względu dalsze stosowanie systemu dozoru elektronicznego na potrzeby wykonywania kary ograniczenia wolności może doprowadzić do zmarginalizowania tej instytucji w sferze polityki karnej. Z uwagi na fakt, że wykonywanie dwóch różnych rodzajowo kar nie może następować w tej samej formie, projektodawca proponuje przywrócenie stosowania systemu dozoru elektronicznego jako formy wykonywania kary pozbawienia wolności.”

Krytyka wcześniejszego rozwiązania oparła się na argumentach empirycznych. Rzeczony sposób rozwiązania nie sprawdzał się. Niestety brak było rzetelnych analiz pozwalających wysuwać takie stwierdzenia gdyż od wejścia w życie nowelizacji z 2015 r. do uchwalenia re-nowelizacji minęło zaledwie 10 miesięcy. Wydaje się niemożliwe uzyskanie w tak krótkim czasie wiarygodnych danych pozwalających na tak jednoznaczną ocenę wprowadzonych zmian. Niemniej, obecny stan prawny jest taki, że infrastruktura dozoru elektronicznego wykorzystywana jest przy wykonywaniu kary pozbawienia wolności oraz przy niektórych środkach karnych i środkach zabezpieczających. Nie można natomiast jej użyć przy orzekaniu kary ograniczenia wolności.

Powody wprowadzenia dozoru elektronicznego

Powyżej wskazano najważniejsze stadia w historycznym rozwoju dozoru elektronicznego w Polsce, w tej części przedstawione zostaną motywy jego wprowadzenia.

W USA, czyli kraju, w którym wymyślono jak i w jako pierwszym użyto dozoru elektronicznego jego geneza związana była poszukiwaniem skutecznej alternatywy dla kary pozbawienia wolności i jednocześnie czegoś bardziej skutecznego od probacji, czyli tzw. kar pośrednich (*intermediate penalties*).¹¹ A. Barczykowska omawiając tzw. system kar pośrednich w USA wskazuje, że w tej kategorii znajduje się „electronic monitoring” czyli

¹⁰ Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP VIII kadencji, Nr druku 218.

¹¹ B. Stańdo-Kawecka, *Dozór elektroniczny w systemie sankcji karnych w wybranych krajach europejskich*, „Państwo i Prawo”, nr 5, 2012, s. 31.

odpowiednik naszego dozoru elektronicznego. Kary pośrednie według tej autorki to „coś mniej niż więzienie, a coś więcej niż probacja”¹².

W Polsce można wskazać, że cel ogólny był podobny, jednak w szczególności motyw podjęcia ostatecznej decyzji politycznej były bardziej przyziemne. Główny motor wprowadzenia dozoru był bezpośrednio związany z faktem, że Polska od lat zmagala się z problemem przeludnionych zakładów karnych. Już w pierwszym zdaniu uzasadnienia do regulacji wskazywano, że „projektowana ustawa wychodzi naprzeciw potrzebie zmniejszenia populacji osadzonych w zakładach karnych”¹³. R. Pelewicz analizując problem przeludnienia postulował: „[...] zdynamizowanie i usprawnienie polityki karnej, przede wszystkim poprzez wprowadzenie kar pośrednich (sankcje karne oparte na ograniczaniu wolności) oraz rozbudowanie katalogu środków probacyjnych (sankcji karnych opartych na wolności dozorowanej), zwłaszcza w systemie dozoru elektronicznym.”¹⁴ Ten ostatni miał znaleźć zastosowanie „w stosunku do przestępców mniej zdemoralizowanych, popełniających przestępstwa o mniejszej szkodliwości społecznej, niezaskługujących na szczególnie surowe kary.”¹⁵.

Projektodawca wskazywał także, że nowe przepisy stanowią odpowiedź na postulaty organizacji międzynarodowych. Jedne z nich to tzw. Zasady Tokijskie, czyli Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych 45/110 z dnia 14 grudnia 1990 r.¹⁶, w których wzywano państwa członkowie do stworzenia i rozwijania w systemach prawnych środków reakcji karnej o charakterze nieizolacyjnym. Innym dokumentem na który powoływali się projektodawcy była rekomendacja Nr R(99) 22 z 1999 r. Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie przepełnienia więzień i szybkiego wzrostu populacji więźniów, w której wprost zalecono stosowanie dozoru elektronicznego jako jednego ze sposobów zmniejszania ilości osadzonych w zakładach karnych.

Główny motyw wprowadzenia dozoru elektronicznego w Polsce tłumaczy po części decyzję o miejscu w systemie prawnym w jakim zdecydowano się wprowadzić dozór elektroniczny, który odzwierciedlała nazwa ustawy „o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego”. Orzekanie „o dozorcze

¹² A. Barczykowska, *Kary pośrednie jako narzędzie inkluzji społecznej (na przykładzie amerykańskiego systemu resocjalizacji)*, „Studia Edukacyjne”, nr 19, 2012, s. 87 i n.

¹³ Sejm RP V kadencji, Nr druku 1237.

¹⁴ R. Pelewicz, *Dozór elektroniczny jako środek ograniczania przeludnienia więzień w aspekcie źródeł prawa międzynarodowego praw człowieka (zagadnienia wybrane)*, „Probacja”, nr 2, 2013, s. 92.

¹⁵ M. Nowakowski, *Rozważania na tle instytucji dozoru elektronicznego w polskim prawie karnym*, „Monitor Prawniczy”, nr 14, 2009, s. 770.

¹⁶ Pod nazwą: "Wzorcowe reguły minimalne Narodów Zjednoczonych dotyczące środków o charakterze nieizolacyjnym".

na etapie wykonawczym miało zmniejszyć represyjność systemu, tak aby do więzienia nie trafiały osoby z krótkotrwałymi wyrokami”¹⁷. Racjonalizacja polegała więc na tym, że mamy ten sam rozkład orzekanych kar na etapie sądów rozpoznających sprawy merytorycznie, który następnie liberalizujemy już na etapie wykonania kary. Projektodawcy obawiali się, że umożliwienie orzekania dozoru elektronicznego przez sądy orzekające kary nie przyjmie się w tym sensie, że sądy będą podchodziły do nowości niechętnie i system penitencjarny nie odczuje zbyt dużej zmiany. Zostawienie decyzji sądom penitencjarnym nie stwarzało miejsca na zwiększenie represyjności systemu, a co najwyżej na niewystarczające wykorzystanie infrastruktury dozoru elektronicznego. Brak stosowania dozoru elektronicznego połączony ze zwiększeniem orzekanych kar bezwzględnych z pewnością zatrzymałby wykorzystanie dozoru elektronicznego na lata. Z perspektywy czasu wydaje się, że te obawy były przesadzone, a dodatkowo system wymierzania kar zawierał w sobie sprzeczne dyspozycje o jakich pisał jeszcze przed wejściem w życie ustawy M. Rusinek: „Ustawa stanowi, że karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego można orzec <<jeśli jest to wystarczające dla osiągnięcia celów kary>>, a <<szczególne względy bezpieczeństwa i stopień demoralizacji, a także inne szczególnie okoliczności>> nie przemawiają za osadzeniem skazanego w zakładzie karnym. Wydaje się, że o ile zrozumiałe jest zastrzeżenie dotyczące <<szczególnych względów bezpieczeństwa i stopnia demoralizacji>>, to przesłanka <<osiągnięcia celów kary>> jest nie do końca przemyślana. Należy bowiem pamiętać, że kara pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia (także krótkoterminowa) może być przez sąd orzekana tylko wtedy, gdy inna kara, tj. kara wolnościowa, nie może spełnić celów kary (art. 58 § 1 kk.). W unormowaniu tym wydaje się zatem tkwić pewna sprzeczność. Skoro sąd w postępowaniu rozpoznawczym uznał, że żadna z kar wolnościowych nie może zrealizować celów kary, mało prawdopodobne jest, by sąd w postępowaniu wykonawczym odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego (a więc na wolności) za wystarczające do osiągnięcia celów kary.”¹⁸

Ta niespójność systemowa to niestety niejedyny problem związany z wyborem sposobu wykorzystywania dozoru elektronicznego. Dodatkowo skutkiem było wprowadzenie chaosu teoretycznego związanego z naturą kar jak i samego dozoru elektronicznego, ale o tym będzie kolejnych częściach.

Należy dodać w tym miejscu, pozostając na gruncie motywów wprowadzenia dozoru elektronicznego, że można mieć wątpliwości co do zrealizowania zadań na niego nałożonych.

¹⁷ M. Rusinek, *Krytycznie o przyjętym kształcie dozoru elektronicznego*, nr 60, 2008, s. 54.

¹⁸ M. Rusinek, *Krytycznie ...*, s. 57.

W 2014 r., a więc już 5 lat po wprowadzeniu wskazywano, „że wzmiankowana technologia w istocie nie spełniła dotąd swego zasadniczego celu, albowiem nie rozładowała w sposób znaczący przeludnienia w zakładach karnych. W dalszym ciągu niestety jednostki penitencjarne balansują na granicy dopuszczalnych norm, choć z reguły ich nie przekraczają.”¹⁹ K. Krajewski tłumaczy to tym, że użycie dozoru elektronicznego „nie nadaje się bowiem do systemowego rozwiązania nie tylko gigantycznych rozmiarów populacji więziennej, lecz także nawet najjaskrawszych przejawów przeludnienia zakładów karnych”²⁰

Ten sam autor dodaje, że użycie dozoru elektronicznego było „doraźnym łataniem” problemów wymiaru sprawiedliwości w związku z nieefektywnością funkcjonowania systemu karnego²¹. Pomimo jednak braku wyraźnego sukcesu w zakresie głównego celu jaki przyświecał rządzącym w momencie decydowania się na wprowadzenie dozoru elektronicznego do Polski wydaje się, że jego miejsce jest niezagrożone. Stawia się nawet tezę, że stosowanie dozoru elektronicznego w Polsce stało się koniecznością²².

Sposoby wykorzystania infrastruktury dozoru elektronicznego

Ustawa wprowadzająca w życie dozór elektroniczny została uchwalona w 2007 r., jednak ostateczna decyzja wyrażona w ustawie poprzedzona była planami i projektami nad którymi toczyła się dyskusja. Przedstawiciele doktryny wypowiedali się w kwestii wprowadzenia dozoru jeszcze na etapie, gdzie wydawało się, że możliwe są zmiany – nie było jeszcze wtedy ostatecznej ustawy. A. Litwinowicz jeszcze w 2006 r. pisała podniośle: „w historii prawnokarnej odpowiedzialności zaczyna się właśnie nowa era, stymulowana rozwojem współczesnej techniki. Dychotomiczny podział na karę pozbawienia wolności i sankcje z nią niezwiązane powoli odchodzi w przeszłość. Niektóre demokratyczne państw od jakiegoś czasu stosują nową formę kontroli zachowania skazanych – mowa tutaj o elektronicznym monitoringu [...]”²³.

O ile sam fakt wprowadzenia do Polski dozoru elektronicznego mógł budzić entuzjazm, to już bardziej ostrożni byli komentatorzy w zakresie oceny wyboru miejsca, w

¹⁹ W. Juchacz, I. Zgoliński, *Aktualny model kary pozbawienia wolności i jego perspektywy*, „Studia z zakresu nauk prawnoustrojowych. Miscellanea”, t. 4, 2014, s. 51.

²⁰ K. Krajewski, *Wykonywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego a rozmiary populacji więziennej w Polsce*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, W. Górski i in. (red.), Warszawa 2013, s. 196.

²¹ *Ibid.*

²² P. Bogacki, M. Oleżałek, *Dozór elektroniczny jako środek ograniczenia przeludnienia w polskich zakładach karnych*, „Wiedza Prawnicza”, nr 4, 2014, s. 105.

²³ A. Litwinowicz, *Dozór elektroniczny a wymiar sprawiedliwości karnej w Polsce – próba oceny z perspektywy celów kary kryminalnej*, „Edukacja Prawnicza”, nr 5, 2006, s. 40.

którym miał on się znaleźć. M. Szewczyk wskazywała, że miejsce jakie dla niego przewidziano, a więc na gruncie kary pozbawienia wolności, nie może spełnić oczekiwanych w nim celów, gdyż zamiast alternatywy kary krótkoterminowej pozbawienia wolności jest alternatywą dla kar warunkowo zawieszonych²⁴. Autorka obawiała się tym samym, że aparat wymiaru sprawiedliwości zastąpi inny patologiczny wytwór polskiego systemu prawa karnego jakim było przez lata nadużywanie orzekania kary pozbawienia wolności w warunkowym zawieszeniu jej wykonania, zmniejszy może liczbę orzekanych kar pozbawienia wolności w warunkowym zawieszeniu jej wykonania, ale realnie nie zmniejszy liczby osób przebywających w więzieniach gdyż zastąpi ten sposób reakcji karnej, który w zdecydowanej większości przypadków – pomimo orzeczenia kary pozbawienia wolności – i tak nie prowadził skazanych za mury jednostek penitencjarnych. Już na gruncie stosowania przepisów wskazywano, że „przyjęte rozwiązanie stanowi w zasadzie alternatywę dla instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary”²⁵, czyli niejako potwierdzano obawy M. Szewczyk.

W. Wróbel z kolei przyglądając się planom wprowadzenia do polskiego systemu dozoru elektronicznego i zdając sobie sprawę, że ma ona być pomyślana jako sposób wykonywania kary pozbawienia wolności wypowiadał się tej kwestii krytycznie, wskazując, że lepszym miejscem przynajmniej na początku – byłoby potraktowanie go jako środek dozoru.²⁶ Sugerował więc, że właściwsze usytuowanie dla elektronicznego dozoru znajduje się na gruncie instytucji „dozoru” stanowiącej składnik mechanizmów probacyjnych. Tak też postulowali K. Dyl i G. Janicki jeszcze w 2005 r. pisząc, że „podstawową zaletą stosowania tej formy dozoru jest łatwość i szybkość z jaką osoba dozoruująca, najczęściej kurator, może sprawdzić miejsce pobytu dozorowanego, pozwala to natychmiastową reakcję w przypadku złamania warunków dozoru. Dozór elektroniczny daje także większe możliwości stopniowania dolegliwości i kontroli dozorowanego, w stosunku do tradycyjnego dozoru.”²⁷

W tym miejscu warto należy zaznaczyć, że dozór elektroniczny, który w Polsce głównie kojarzony jest z karą pozbawienia wolnością (z racji na kontekst jego wprowadzenia)

²⁴ M. Szewczyk, *Jaka alternatywa dla krótkoterminowej kary pozbawienia wolności?*, [w:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości: księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, K. Krajewski (red.), Warszawa 2007, s. 111.

²⁵ M. Nowakowski, *Rozważania...*, s. 774.

²⁶ W. Wróbel, *Kara pozbawienia wolności w Kodeksie karnym z 1997 r.: idea i rzeczywistość*, „CZPKiNP”, nr 1, 2007, s. 132.

²⁷ K. Dyl, G. Janicki, *Dozór elektroniczny*, „Zeszyty Prawnicze UKSW”, nr 5.2., 2005, s. 198.

nie wszędzie wykorzystywany jest tylko w ten sposób. Systemy prawne różnych krajów znalazły wiele zastosowań dla infrastruktury dozoru elektronicznego.

Jeszcze przed uchwaleniem w Polsce ustawy wprowadzającej do polskiego systemu możliwość wykorzystywania elektronicznego dozoru D. Sielicki opisywał sposoby funkcjonowania takich systemów za granicą. Nie mając jeszcze do czynienia z ustawą przesądzającą o tym, że dozór elektroniczny będzie systemem wykonywania kary pozbawienia wolności opowiadał się za wykorzystaniem jego w Polsce jako właściwa reakcja kara w stosunku do osób, wobec których bezcelowe jest orzekanie kary grzywny lub kary ograniczenia wolności, a także wobec osób z niepełnosprawnościami, ponadto wskazywał także, że mogłoby by być to właściwa odpłata dla sprawców posiadających stałą pracę może stanowić wychowawczą represję²⁸. Już po wprowadzeniu go do Polski I. Zgoliński omawiając tę zdobycz techniki wskazuje, że w istocie wykorzystać ją można w trzech gałęziach prawa penalnego, tj. w prawie karnym materialnym (także prawie karnym skarbowym), prawie karnym wykonawczym oraz w postępowaniu karnym. Najszerzej – jak dodaje – możliwości dozoru mogą być wykorzystane w prawie karnym materialnym jako:

a) modyfikator dla bezwzględnej kary pozbawienia wolności (kiedy część kary jest odbywana w zakładzie karnym, a część w ramach dozoru, w tym także w ramach instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia);

b) jedna z form odbywania kary ograniczenia wolności;

c) instrument orzekany w ramach środków probacyjnych;

d) instrument orzekany w ramach środka zabezpieczającego²⁹.

Potwierdzają to badania przeprowadzone przez B. Stańdo-Kawecką, która analizując przepisy dotyczące dozoru elektronicznego za granicą wskazuje, że „[p]odobnie jak w Stanach Zjednoczonych, w poszczególnych krajach europejskich dozór elektroniczny stosowany jest na różnych etapach postępowania karnego i w różny sposób został zintegrowany z systemem sankcji karnych.”³⁰.

W lutym 2014 r. Komitet Ministrów Rady Europy przyjął rekomendację dotyczącą dozoru elektronicznego³¹. Określa on pewne postulaty które Rada uznaje za ważne na

²⁸ D. Sielicki, *Elektroniczne monitorowanie przestępców-nowoczesna alternatywa kary pozbawienia wolności*, nr 47–48, 2005, s. 18–19.

²⁹ I. Zgoliński, *Dozór elektroniczny jako instrument polityki karnej. Wybrane uwagi na kanwie nowelizacji Kodeksu karnego i Kodeksu karnego wykonawczego*, „Studia Prawnicze KUL”, nr 4, 2015, s. 100.

³⁰ B. Stańdo-Kawecka, *Dozór elektroniczny w systemie...*, s. 36.

³¹ Recommendation CM/Rec(2014)4 of the Committee of Ministers to member States on electronic monitoring, <http://www.coe.int/cm> (18.03.2017).

gruncie funkcjonowania dozoru elektronicznego w różnych jego formach³². B. Stańdo-Kawecka uznaje, że najważniejsza rekomendacja Rady Europy dotyczy postulatu łączenia dozoru elektronicznego z innymi środkami dostosowanymi do właściwości sprawców przestępstw, a z punktu widzenia osiągnięcia celu mającego zmniejszyć powrotność do przestępności podkreślana ona wielką rolę w społecznej readaptacji kontaktów międzyludzkich³³.

W załączniku znajduje się wyliczenie sposobów w jaki poszczególne kraje mogą wykorzystać dozór elektroniczny. Dozór elektroniczny może być wykorzystywany w:

- postępowaniu przygotowawczym;
- jako warunek zawieszenia postępowania karnego lub wykonania wyroku;
- jako samodzielny sposób wykonania kary lub środka karnego;
- jako środek uzupełniający mechanizmy probacyjne;
- jako element związany z przedterminowym zwolnieniem z zakładu karnego;
- jako sposób kontroli i nadzoru nad określonymi sprawcami lub sprawcami określonych typów przestępstw po zakończeniu odbywania kary w zakładzie karym;
- jako sposób monitorowania ruchów osób wewnątrz więzienia lub w zakresie obejmującym otwarte więzienia (*open prisons*);
- jako sposób ochrony ofiary przestępstw przed indywidualnymi podejrzanymi lub sprawcami;

W załączniku podaje się też przykład użycia jaki występuje w Polsce, czyli użycie dozoru elektronicznego jako modalności wykonywania kary pozbawienia wolności i uznawanie osób noszących bransoletki jako swoistych więźniów.

Jak widać dozór elektroniczny wykorzystywany jest na gruncie szeroko rozumianego prawa karnego w sposób wielokierunkowo, jednak pomimo różnorodności sposobów jego wykorzystania największe nadzieje wiązane są ze stopniowym wypieraniem kary pozbawienia wolności. Niektórzy wskazują, że jest on właśnie „najbardziej relewantną alternatywą dla sankcji w zakresie pozbawienia wolności”³⁴. Kwestią otwartą jest sposób wcielenia w życie tej alternatywy, w przypadku Polskim próbowano to osiągnąć poprzez stworzenie swoistej alternatywy na gruncie samej kary pozbawienia wolności – wykorzystując dozór jako jeden ze sposobów jej wykonania, lub jako wzmocnienie kolejnej

³² Kompleksowe omówienie rekomendacji wraz z komentarzem znajduje się w tekście: B. Stańdo-Kawecka, *Dozór elektroniczny w Polsce – uwagi w świetle rekomendacji Rady Europy*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego”, nr 86, 2015, s. 5 i n.

³³ *Ibid.*, s. 22.

³⁴ I. Zgoliński, *Dozór elektroniczny jako instrument ...*, s. 100.

łagodniejszej rodzajowo kary z kodeksu karnego czyli ograniczenia wolności. Jednak to nie jedyne sposoby, istnieją także postulaty dodania go „jako sankcji równoległej zwłaszcza do programu warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia”³⁵.

Problem z zakwalifikowaniem rodzajowym kary wykonywanej z wykorzystaniem dozoru elektronicznego

I. Kasińska sceptycznie nastawiona do wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego zadaje pytanie: „Czy można byłoby nazwać państwem prawa kraj, w którym przestępca chodzi niemal na wolności, z drobną opaską na ręce lub nodze, a niewinny człowiek musi schodzić mu z drogi, kraj, w którym nie będzie można mieć pewności, że wszyscy dookoła przestrzegają tego prawa?”³⁶ Wydaje się, że autorka utożsamia przestępców tylko i wyłącznie ze sprawcami czynów najcięższych, co oczywiście nie jest prawdą. Przestępcą jest osoba, która popełniła przestępstwo – jakiegokolwiek, a więc obok najcięższych zbrodni także drobniejsze występki. Przestępcą będzie więc także sprawca wypadku, w którym ktoś złamał nogę, czy osoba, która udostępniła w Internecie film chroniony prawami autorskimi. Nie każdy sprawca przestępstwa zasługuje na najcięższy rodzaj sankcji jakim jest kara pozbawienia wolności. Co więcej, sam kodeks karny uznaje karę pozbawienia wolności jest *ultima ratio* i pozwala na jej wymierzenie tylko i wyłącznie wtedy, kiedy niewystarczające jest zastosowanie wolnościowych środków reakcji karnej (art. 58 § 1 k.k.). Wracając więc do pytania postawionego przez cytowaną autorkę i należy pozytywnie odpowiedzieć na jej retoryczne pytanie. Oczywiście dozór elektroniczny może być przedmiotem krytyki, jednak nie w kwestii wskazanej przez autorkę leży źródło problemów związanych z oceną dozoru elektronicznego. Wspomniana wcześniej rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy z 2014 r.³⁷ wskazywała pod nr 39, że opinia publiczna powinna być informowana o etycznych i technologicznych aspektach dozoru elektronicznego, jego efektywności, jego celów oraz wartości jako instytucji ograniczającej wolności sprawców. W tym zakresie wydaje się, że Polsce istnieje dość spory chaos.

Pomimo występowania dozoru elektronicznego w debacie naukowej od kilkunastu lat w dalszym ciągu brak jest jednoznacznej koncepcji kwalifikującej czym – na gruncie kar – jest dozór elektroniczny i jaka jest jego istota. Czy bliżej mu do kary pozbawienia wolności,

³⁵ G. Wiciński, *Przerwa w karze pozbawienia wolności wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego”, nr 67–68, 2010, s. 29.

³⁶ I. Kasińska, *Czy wymiar sprawiedliwości wymierzy przestępcom sprawiedliwość?: system dozoru elektronicznego a funkcje i cele kary kryminalnej*, „Studia Prawnoustrojowe”, nr 10, 2009, s. 108.

³⁷ Recommendation CM/Rec(2014)4 of the Committee of Ministers to member States on electronic monitoring, <http://www.coe.int/cm> (18.03.2017).

ograniczenia wolności, jest samoistną karą niewyodrębnioną w katalogu z art. 32 k.k. czy środkiem probacyjnym czy jeszcze czymś innym? Poza potrzebą natury porządkującej, związanej z przejrzystością materii kodeksowej istnieje bardziej praktyczny wymiar, który dał o sobie znać na gruncie sprawy, która trafiła przed oblicze Sądu Najwyższego a prowadząca się do odpowiedzi na pytanie: Czy oddalenie się skazanego z miejsca odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego może być zakwalifikowane w płaszczyźnie znamion określających czynność sprawczą przestępstwa samouwolnienia się stypizowanego w przepisie art. 242 § 1 Kodeksu Karnego?³⁸.

W celu rozstrzygnięcia tego problemu należy odnieść się do istoty kary pozbawienia wolności oraz tego czego zakazuje przestępstwo tzw. samouwlnienia. Niestety nie wystarczy sama analiza tego czym jest „dozór elektroniczny” rozumiany jako infrastruktura składająca się z nadajnika, bransoletki i centrum monitorowania, gdyż jak wcześniej wykazano – są to tylko narzędzia, które pozwalają na różne ich wykorzystanie w tak odległych od siebie instytucjach jak zakaz zbliżania się do określonych osób, w tzw. zakazie stadionowym, środkach probacyjnych czy karze pozbawienia wolności. Konieczne jest więc poszukanie odpowiedzi na płaszczyźnie analizy poszczególnych kar.

Dozór elektroniczny a kara pozbawienia wolności

Z punktu widzenia interesującego nas problemu dozór elektroniczny pozawala na sprawowanie kontroli zdalnie, osoba dozorowana jest pod kontrolą aparatu państwa pomimo fizycznej obecności we własnym lokum. Ustawodawca przewidział dla niego miejsce w ramach kary pozbawienia wolności. Czy jednak możliwe w ogóle uznanie dozoru elektronicznego – nawet w najbardziej represyjnej formie jako ekwiwalentnego karze pozbawienia wolności? M. Cieślak aprobował stanowisko, że „kara, która przestanie być dolegliwością, przestanie być karą”³⁹. Można sparafrazować to pytanie i zastanowić się, czy kara pozbawienia wolności bez określonego minimalnego stopnia dolegliwości nie przestaje być karą pozbawienia wolności? Jak ustalić takie minimum i czy może być ono osiągnięte poza zakładem karnym z użyciem dozoru elektronicznego?

Próba zmierzenia się z tymi problemem wymaga odpowiedzi na to pytanie jaka jest - i czy w ogóle - granica uznawalności danej reakcji karnej za ekwiwalentną pozbawieniu wolności.

O treści kar mówił M. Cieślak, który przy próbie określenia problemu pisał, że „jej realistyczną substancję, oderwaną od jej celu i od skutków jakie wywołuje. Tak rozumiana

³⁸ Zagadnienie prawne o sygnaturze I KZP 11/16.

³⁹ M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, „Nowe Prawo”, nr 2, 1969, s. 201.

treść kary zależy przed wszystkim od rodzaju danego środka karnego i od jego ukształtowania w trakcie wykonania⁴⁰. Przywoływał też przykłady – „kara śmierci jest po prostu zabiciem człowieka i nie różni się pod tym względem od aktu, który w innych warunkach nazwiemy morderstwem; więzienie jest pozbawieniem wolności [...]”⁴¹. L. Lernell wskazywał, że nazwa pozbawienia wolności używana przez ustawodawcę jest współczesnym określeniem na karę więzienia i celem takiego jej nazewnictwa jest objęcie nią szerokiego spektrum sposobów jej wykonania⁴². Jednocześnie jednak zauważa, że „najgłębszą treścią tej kary jest utrata wolności przez jednostkę skazaną”⁴³.

Dostrzega jednak, że „pozbawienie” nie oznacza fizycznego unieruchomienia skazanego. Pisał:

„Truizmem będzie twierdzenie, że człowieka nawet w sensie fizycznym całkowicie odrzucić z wolności niepodobna lub prawie niepodobna. I więzień zachowuje jakiś margines wolności postępowania, ruchów, aczkolwiek cały tryb jego życia zamknięty jest w „ciasnym” gorsecie warunków więziennych”⁴⁴.

Przenosząc to na rozważania bardziej współczesne należy zauważyć, że także i obecnie (i to bez dozoru elektronicznego) kara pozbawienia wolności nie jest karą jednolitą może się różnić pod względem dolegliwości i zakresu kontroli nad skazanym. A. Grześkowiak wskazuje, że „[w] zakładach typu półotwartego, a zwłaszcza otwartego (art. 70 k.k.w.) izolacja od świata zewnętrznego nie jest tak rygorystyczna jakby to wynikało z treści tej, co do istoty, izolacyjnej kary”⁴⁵. Także M. Rusinek podkreślał, że kara pozbawienia wolności nie jest w swojej istocie instytucją jednolitą: „[n]ie wolno zresztą zapomnieć o tym, że różne są cele pozbawienia wolności i różne w swym charakterze instytucje prawa karnego związane z pozbawienia wolności nie zawsze dają się sprowadzić do wspólnego mianownika”⁴⁶. Biorąc tę różnorodność pod uwagę należy zastanowić się czy pomimo różnorodności wśród samej kary pozbawienia wolności istnieje jakiś wspólny mianownik pozwalający odróżnić tę karę od kary wykonywanej w reżimie dozoru elektronicznego.

Jeszcze w latach 70-tych, a więc na długo zanim w Polsce zaczęto w ogóle myśleć o dozorcze elektronicznym, nad problematyką treści (istoty) kary pozbawienia wolności

⁴⁰ *Ibid.*, s. 200.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² L. Lernell, *Rozważania o przestępstwie i karze na tle zagadnień współczesności: eseje*, Warszawa 1975, s. 186.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, s. 197.

⁴⁵ A. Grześkowiak [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny: komentarz*, Warszawa 2017, s. 317.

⁴⁶ M. Rusinek, *Krytycznie ...*, s. 53.

zastanawiał się w swoich esejach L. Lernell. Próbował opisać elementy składające się na się na karę pozbawienia wolności. W zakresie którym różnicować można pozbawienie wolności poza murami zakładów karnych od tej wykonywanej w ramach – nawet ograniczonej – izolacji. Wydaje się, że jednym z takich cech jest „przymusowa integracja środowiskowa”⁴⁷. Wychodzi on z założenia, że generalnie człowiek dorosły ma wpływ na to w jakim środowisku jest znajduje, nawet jeżeli część z nich nie jest do końca dobrowolna – jak kwestia rodziny, to w co najmniej minimalnym sensie ma możliwość wyboru środowiska i w tym przejawia się jego wolność⁴⁸. Co więcej, wskazuje:

„To przymusowe współżycie (właśnie dlatego, że jest przymusowe) staje się zarzewiem ciągłych konfliktów i dramatów osobistych, zmorą życia psychicznego osób odbywających karę pozbawienia wolności”⁴⁹

Aktualne pozostaje to przy karze pozbawienia wolności i próbie znalezienia sposobu rozróżnienia z tą wykonywaną w systemie dozoru elektronicznego. Dozór elektroniczny nie powoduje zmiany środowiska i umieszczenia w miejscu gdzie wymuszona jest interakcja z innymi skazanymi. Osoba dozorowana pozostaje w miejscu zamieszkania i śpi we własnym domu, chodzi do tej samej pracy. Osoba znajdująca się w zakładzie karnym – nawet typu otwartego - pod tym względem ma sytuację diametralnie różną. Czy tego chce czy nie musi przebywać wśród innych skazanych.

Kolejnym elementem istoty kary pozbawiania wolności według Lernella, który może w odróżnić ją od dozoru elektronicznego jest „dyscyplina”, wskazuje, że zespół reguł jakim mają się podporządkować osoby pozbawione wolności pochodzi od ludzi wolnych, a więc z zewnątrz⁵⁰. W tym kontekście ujawnia się kolejna różnica pomiędzy karą poza zakładem karny w systemie dozoru elektronicznego a karą pozbawienia wolności polegającą na izolacji. Osoba elektrycznie dozorowana w zasadzie nie ma nad sobą kontroli bezpośredniej w stopniu porównywalnym do kontroli funkcjonariuszy służby więziennej i administracji jednostek penitencjarnych. Rygor wykonywanej kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nakładany jest na początkowym jej etapie, podporządkowanie się jemu sprawia, że te warunki stać się mogą nieodczuwalne. Nawet jeżeli będzie musiał zmienić swoje dotychczasowe przyzwyczajenia (np. co do tego, że wieczorami wychodził po zakupy), to nie będzie to porównywalne z wymuszaniem określonego zachowania przez strażników

⁴⁷ L. Lernell, *Rozważania ...*, s. 199.

⁴⁸ *Ibid.*, s. 200.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, s. 201–202.

więziennych i administrację zakładu karnego oraz przepisy porządkowe. Wyrobienie nawyków odpowiadających np. harmonogramowi wykonywanej kary może spowodować, że nie będzie fizycznej obecności osób kontrolujących nad osobą wykonującą karę w systemie dozoru elektronicznego. Przy karze odbywanej w zakładzie karnym nawet przestrzeganie wszystkich zasad nie spowoduje, że strażników i poczucia kontroli nie będzie. W dalszym ciągu ten element pozostanie zauważalny. Należy też zwrócić uwagę, że sam fakt występowania dyscypliny związanej z harmonogramem wykonywanej kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie oznacza, że jest to element upodabniający ją do kary pozbawienia wolności. Inne sposoby reakcji karnej również mają w sobie podobne mechanizmy wymuszające posłuch u osób skazanych, a niektóre ich rodzaje nawet z większą intensywnością. Przykładowo kara ograniczenia wolności polegająca na wykonywaniu kontrolowanej pracy na cele społeczne zawiera w sobie zdecydowanie więcej elementów wymuszających określone zachowanie niż kara pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Osoba skazana na taką karę nie dość, że musi pojawiać się w miejscu wyznaczonym przez sąd, to jeszcze zobowiązana jest do wykonywania poleceń osoby nadzorującej pracę. To co więc odróżnia w tym względzie dozór elektroniczny od kary pozbawienia wolności wykonywanej w warunkach izolacji nie jest sam fakt występowania dyscypliny w jej ramach, ale jej charakter i intensywność.

Wydaje się, że do tej grupy czynników odróżniających dozór elektroniczny od kary pozbawienia wolności należy dodać jeszcze bezpośrednie następstwo pozbawienia wolności w warunkach izolacji jakim jest dla skazanego „oderwanie go od rodziny i społeczeństwa”⁵¹. Ta niedogodność kary pozbawienia wolności nie jest jednak tak samo odczuwalna we wszystkich typach zakładów karnych. W zakładzie karnym typu otwartego skazany może (art. 92 k.k.w.) np. wykonywać pracę poza zakładem karnym i ma możliwość do nieograniczonej liczby wizyt. Sypiać musi jednak w celach zakładu karnego a widzenia mogą być nadzorowane. Bez wątplenia są to dolegliwości, które nie występują przy dozorcze elektronicznym. Przy którym z punktu widzenia życia rodzinnego może nie zmienić się nic – a nawet z racji na większą ilość czasu spędzanego w domu – więzi te mogą się zacieśnić.

Paradoksalnie pojawianie się dozoru elektronicznego zmotywowało przedstawicieli nauki do wypowiedzania się w kwestii istoty kary pozbawienia wolności. Następowo to poprzez wskazywanie zalet dozoru elektronicznego – w kontrze do kary pozbawienia

⁵¹ T. Kalisz, *Kara pozbawienia wolności w perspektywie rozważań penologicznych i psychospołecznych*, [w:] *Pozbawienie wolności - funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, A. Rzepliński i in. (red.), Warszawa 2013, s. 280.

wolności. G. Szczygieł oceniając funkcjonowanie wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego wskazywała, że dzięki niej uniknęły osoby odbywające taką karę negatywnych konsekwencji izolacji: „demoralizacji, osłabienia więzi z rodziną, degradacji ekonomicznej, stygmatyzacji”⁵². Tak też uważa J. Lachowski, który podkreśla, że dozorowany może normalnie pracować i uczyć się oraz nie jest poddawany negatywnym wpływom środowiska więziennego⁵³. Brak przymusowej integracji środowiskowej, o której była wcześniej mowa także był zauważony przez W. Kotowskiego i B. Kurzępę:

„Zaletą tego systemu jest brak kontaktu skazanego z innymi skazanymi, jak to ma miejsce w warunkach zakładu karnego. Wykonywanie przez skazanego nałożonych na niego przez sąd penitencjarny obowiązków podlega wprawdzie ścisłej kontroli, lecz ma na celu wychowawcze oddziaływanie, które w określonych warunkach nieporównywalnie bardziej sprzyja zapobieganiu powrotów do przestępstwa lub przestępstwa skarbowego”⁵⁴.

K. Dyl, G. Janicki podkreślali z kolei pozytywny wpływ elektronicznego dozoru na życie rodzinno-społeczne skazanego :

„Wydaje się, że zalety dozoru, przede wszystkim to, że dozorowany może uczestniczyć w życiu rodzinnym, nie traci kontaktu z dziećmi, może brać czynny udział w ich wychowaniu, może opiekować się bliskimi, przeważają wady, jakimi będzie konieczność przestrzegania przez danego członka rodziny określonego planu dnia, godziny policyjnej, czy nawet całkowitego domowego aresztu - co wiązać się może z pewną dolegliwością dla członków rodziny.”⁵⁵

Powyższe przykłady opisów zalet dozoru elektronicznego w porównaniu z pozbawieniem wolności potwierdzają, że kara pozbawienia wolności ma swoją unikalną treść, która jest jakościowo różna od tej, jaką wiązać możemy z wykonywaniem kary z użyciem dozoru elektronicznego.

Podsumowując tę część rozważań należy stwierdzić, że elementami odróżniającymi wykonywanie kary w systemie dozoru elektronicznego od „innych rodzajów” kary pozbawienia wolności są: izolacja, przymusowa integracja środowiskowa, oraz dyscyplina. Te elementy według L. Lernella stanowią konstytutywne właściwości kary pozbawienia wolności. Dodatkowo immamentnym składnikiem kary pozbawienia wolności jest

⁵² G. Szczygieł, *Kara pozbawienia wolności*, [w:] *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, M. Melezini (red.), t. 6, Warszawa 2016, s. 307.

⁵³ J. Lachowski, *Wybrane zagadnienia sporne na tle wykładni przepisów ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego*, [w:] *Problemy wymiary sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, A. Błachnio-Parzych i in. (red.), Warszawa 2013, s. 587.

⁵⁴ W. Kotowski, B. Kurzępa, *Dozór elektroniczny - zarys problematyki*, „Probacja”, nr 2, 2009, s. 72.

⁵⁵ K. Dyl, G. Janicki, *Dozór elektroniczny...*, s. 203.

pogorszenie sposobności kontaktów z rodziną i uczestniczeniu w życiu społecznym. Te wszystkie elementy występują w karze pozbawienia wolności (wszystkie typy zakładów karnych), a nie znajdziemy ich w karze wykonywanej z użyciem dozoru elektronicznego. Opisane składniki określają istotę kary pozbawienia wolności, w której nie mieści się dozór elektroniczny.

Powyższa argumentacja różnicująca karę pozbawienia wolności od dozoru elektronicznego konieczna jest ze względu na to, że ustawodawca zdecydował się o umieszczeniu dozoru elektronicznego w kodeksowych ramach kary pozbawienia wolności. Czy jednak wszystko to co ustawodawca nazwie pozbawieniem wolności będzie faktycznym pozbawieniem wolności? Można sobie przecież wyobrazić sytuację, w której jednym ze sposobów wykonywania kary „pozbawienia wolności” byłoby coś zupełnie innego – np. wykonywanie pracy na cele społeczne. Ustawodawca do pewnych granic wyznaczanych przez normy konstytucyjne i prawo międzynarodowe ma swobodę kształtowania poszczególnych przepisów. Mógłby więc także uznać – obok dozoru elektronicznego pracę na cele społeczne jako pełnoprawny sposób wykonywania kary pozbawienia wolności. Czy w takim razie wolno byłoby nam twierdzić, że osoba wykonująca taką pracę – poza zakładem karnym – jest w rzeczywistości pozbawiona wolności? Uznanie takiej możliwości byłoby absurdalne. Wydaje się, że uznalibyśmy, iż wykonywanie pracy nie jest pozbawieniem wolności, ale jest wykonywaniem pracy, które nie ma w sobie cech pozbawienia wolności. Praca nie ma cech pobawienia wolności, tak samo jak nie ma ich dozór elektroniczny. Stąd określając charakter danego środka należy odnosić się do jego istoty i jeżeli nie zawiera on cech danej kary, to należy uznać, że nią nie jest. Reasumując, ze względu na brak konstytutywnych cech istoty kary pozbawienia wolności należy stwierdzić, że osoba dozorowana z wykorzystaniem dozoru elektronicznego nie jest pozbawiona wolności.

Innym argumentem za tym, że nie powinno być dowolności w ustawowym kształtowaniu kary w oderwaniu od jej istoty jest cel jaki ma ona pełnić. Właśnie ta nieprzyjemna treść kary pozbawienia wolności jest istotna z punktu widzenia prewencji generalnej. Kara pozbawiania wolności jest „instrumentem oddziaływania na grupę społeczną w celu zapewnienia określonego stopnia jej konformizmu z przyjętymi normami postępowania”⁵⁶. Brak tej odstraszałającej treści wyzuje karę pozbawienia wolności ze swej mocy oddziaływania. Tak też pisała Krajowa Rada Sądownictwa w 2005 roku w opinii w

⁵⁶ T. Kalisz, *Kara pozbawienia wolności...*, s. 286.

sprawie planów wykorzystania systemu dozoru elektronicznego w prawie karnym⁵⁷. Zawarto w niej twierdzenie:

„W sytuacji, kiedy zastępcza kara pozbawienia wolności odbywana byłaby w systemie dozoru elektronicznego, na wolności, w miejscu pobytu skazanego, straciłaby znaczenie na swojej surowości i jej rola jako czynnika wymuszającego na skazanych określone zachowania znacznie straciłaby swoje znaczenie.”⁵⁸

Decyzja ustawodawcy, dotycząca umieszczenia dozoru elektronicznego w ramach kary pozbawienia wolności, spowodowała mnóstwo nieporozumień. Wypowiadanie się o dozorcze elektronicznym przyniosło wiele trudności dla komentatorów. Istota dozoru elektronicznego była niejasna. P. Artymionek pisała, że „[n]ależy się zastanowić nad charakterem kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Czy jest to nowy rodzaj kary, czy też tylko nowy sposób jej wykonywania?”⁵⁹ M. Budyn-Kulik omawiając w opracowaniu dla Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości alternatywy dla kary pozbawienia wolności umieściła dozór elektroniczny w części pt. „quasi alternatywy dla kary pozbawienia wolności, związane z wykonywaniem kary pozbawienia wolności”⁶⁰ I. Zgoliński wskazywał, że „dozór elektroniczny nie jest rodzajem kary, lecz sposobem jej odbywania”⁶¹. A. Litwinowicz z kolei pisała: „Na pierwszy rzut oka wydaje się, że nie jest to kara kryminalna w ścisłym tego słowa znaczeniu, a raczej bardzo rygorystyczny środek karny o charakterze probacyjnym, zawierający w sobie elementy kary ograniczenia wolności”⁶². R. Stefański pytał „[...] czy jest to nowy rodzaj kary, środek probacyjny, czy tylko nowy sposób jej wykonywania?”⁶³. Sam autor jednak dodaje, że odpowiedź na to pytanie nie jest prosta: „postanowienia ustawy dają podstawę do uznania jej za nowy rodzaj kary skoro kara nie jest wykonywana w zakładzie karnym, a istotą kary pozbawienia wolności jest izolacja skazanego, a z drugiej strony nakładane na skazanego obowiązki zbliżają ją do środków probacyjnych”⁶⁴. Jak widać wachlarz możliwych sposobów podejścia do problemu dozoru elektronicznego jest mocno zróżnicowany.

⁵⁷ Opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 17 marca 2005 r., www.krs.pl.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ P. Artymionek, *System dozoru elektronicznego jako nowa forma wykonywania kary pozbawienia wolności*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie”, nr 5, 2010, s. 105.

⁶⁰ M. Budyn-Kulik, *Kary i środki karne alternatywne wobec kary pozbawienia wolności*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości 2010, s. 10.

⁶¹ I. Zgoliński, *Nowe sposoby wykonywania kary pozbawienia wolności*, „Jurysta”, nr 5, 2008, s. 7.

⁶² A. Litwinowicz, *Dozór elektroniczny a wymiar...*, s. 45.

⁶³ R.A. Stefański, *Kara pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy”, nr 4, 2007, s. 30.

⁶⁴ *Ibid.*

Argumenty za tym, żeby kwalifikować dozór elektroniczny jako karę pozbawienia wolności są w zasadzie dwa. Jeden związany z miejscem jakie zdecydował się nadać mu ustawodawca, a drugi to próba wywiedzenia, że dozór elektroniczny jest izolacją. Zaczniemy od tego drugiego.

K. Zawiślan próbując dociec istoty elektronicznego dozoru w ramach wykonywania kary pozbawienia wolności wskazuje, że można przyjmować dwie optyki. Pierwsza zakłada, że wykonywanie kary pozbawienia wolności w ramach systemu dozoru elektronicznego faktycznie jest pozbawieniem wolności odpowiadającym izolacji penitencjarnej, a druga opcja, zgodnie z którą aspekt pozbawienia wolności jest tylko iluzją⁶⁵. Autorka opowiada się za pierwszą opcją pisząc: „Wydaje się więc, że dozór elektroniczny stanowi przede wszystkim izolację, natomiast jej iluzoryczność należy potraktować jedynie jako zarzut chybiony, bo wynikający z powierzchowności ocen.”⁶⁶

Kluczowy moment pracy opublikowanej pod tytułem „Dozór elektroniczny: izolacja czy iluzja?” znajduje się w ostatnim akapicie:

„Potwierdza się więc zasygnalizowana na wstępie teza o izolacji jako najistotniejszej dolegliwości wykorzystania systemu dozoru elektronicznego. Ścisła kontrola poczynań osoby, mimo jej fizycznej nieobecności za murami aresztu, staje się faktem za sprawą rozbudowanego systemu nadzoru. Iluzją jest zatem brak dolegliwości związanej z oddzieleniem od społeczeństwa – ta dolegliwość, poprzez system nadzoru, jest jedynie złagodzona, za sprawą przebywania w warunkach domowych. Humanitaryzm wykorzystania systemu dozoru elektronicznego jest przekonującym argumentem za poparciem pozytywnej oceny izolacyjnego charakteru omawianego rozwiązania.”⁶⁷

Autorka niestety nie udowadnia wcześniej swojej tezy o tym, że osoba dozorowana elektronicznie jest faktycznie izolowana, ale z powyższego fragmentu można spróbować wyinterpretować co autorka uznaje za równoważne izolacji. Jest tym „rozbudowany system nadzoru”, czym określa warunki dozoru wynikające z ustawy. Uznaje, że sam fakt występowania jakiegokolwiek dolegliwości związanej z nadzorem nad skazanym pozwala na postawienie znaku równości pomiędzy sytuacją dozorowanego elektronicznie a pozbawionego wolności w warunkach penitencjarnych. Z racji na wskazane wcześniej immamentne cechy pozbawienia wolności wydaje się, że teza zaprezentowana przez autorkę nie może zostać uznana za prawdziwą. W takim wypadku każda kara i niemalże wszystkie środki karne mogłyby zostać uznane za równoważne karze pozbawienia wolności. To, że w

⁶⁵ K. Zawiślan, *Dozór elektroniczny: izolacja czy iluzja?*, „Państwo i Społeczeństwo”, nr 4, 2014, s. 12.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*, s. 23.

dozorze elektronicznym odczuwalna jest dolegliwość to nie znaczy, że mamy do czynienia z pozbawieniem wolności.

Wracając do pierwszego argumentu za uznaniem dozoru elektronicznego karą pozbawienia wolności należy wskazać, że sprowadza się do podkreślenia miejsca jakie przewidział dla tej instytucji ustawodawca. V. Konarska-Wrzošek wskazuje, że „[d]ozór elektroniczny tylko od strony formalnej [...] jest jednym z systemów wykonywania kary pozbawienia wolności i tak musi być aktualnie postrzegany.”⁶⁸ P. Artymionek podkreśla: „Po pierwsze, najważniejsza jest regulacja prawna, a nie zapis w uzasadnieniu do projektu ustawy, [...]Dodatkowo za tym, że kara pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie jest nowym rodzajem kary, przemawia fakt, iż nie jest ona orzekana przez sąd wymierzający karę, ale przez sąd penitencjarny, który udziela zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego”⁶⁹ G. Wiciński dochodzi do podobnych wniosków wskazując, że z „dogmatycznego punktu widzenia wypada więc się zgodzić, że skazany odbywa orzeczoną bezwzględną karę pozbawienia wolność w reżimie jednego z czterech przewidzianych prawem systemów.”⁷⁰ Podobnie uważa R.A. Stefański, uznaje, że najważniejsze jest to co jest w ustawie, „a tam jest informacja, że jest to sposób wykonywania kary pozbawienia wolności”⁷¹. Wszystkie te zdania są w zasadzie tym samym argumentem związanym z decyzji ustawodawcy. Biorąc ten fakt pod uwagę należy stwierdzić, że wprawdzie formalnie dozór elektryczny jest pozbawieniem wolności, to faktycznie nim nie jest. Na co wskazują także wskazani powyżej autorzy. R.A. Stefański pomimo swojej mocnej deklaracji, oceniając istotę tej reakcji karnej, wskazuje, że „zbliza się ona – ze względu na **wykonywanie w warunkach wolnościowych** [podkreślenie KM] – do kary ograniczenia wolności, a z karą pozbawienia wolności łączy ją bardziej nazwa”⁷².

To rozróżnienie na formalne i faktyczne pozbawienie wolności uzasadnione jest także na gruncie analizy przebiegu legislacyjnego związanego z regulacjami dotyczącymi dozoru elektronicznego. W uzasadnieniu do projektu ustawy jej twórcy wskazują przecież, iż „system dozoru elektronicznego jest humanitarną **alternatywą dla pozbawienia wolności** [podkreślenie KM]”⁷³

⁶⁸ V. Konarska-Wrzošek, *Propozycje zmian katalogu kar w Kodeksie Karnym z 1997 r. w zakresie kar pozbawienia wolności oraz dolegliwości związanych z niektórymi rodzajami kar wolnościowych*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, t. II*, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Warszawa 2012, s. 866.

⁶⁹ P. Artymionek, *System dozoru elektronicznego jako...*, s. 105.

⁷⁰ G. Wiciński, *Przerwa w karze...*, s. 43.

⁷¹ R.A. Stefański, *Kara pozbawienia wolności...*, s. 30.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Sejm RP V kadencji, Nr druku: 1352.

W ustawie nowelizującej z 25 maja 2012 r.⁷⁴, a więc 3 lata od uruchomienia systemu wskazywano w uzasadnieniu do jej wprowadzenia:

„Niewielka liczba naruszeń oznacza, że **pomimo pobytu w warunkach wolnościowych i nie podlegania reżimowi kontroli penitencjarnej** [podkreślenie KM] skazani cenią sobie możliwość odbywania kary w systemie, który umożliwia im kontakt z rodziną, pracą i środowiskiem społecznym, i samodzielnie kontrolują swoje zachowania, dostosowując się do wymogów systemu. Należy podkreślić, że mechanizmy takiej samokontroli mają bardzo pozytywne znaczenie w procesie resocjalizacji i reintegracji społecznej. Dzięki takiemu systemowi odbywania kary skazani mają możliwość nieskrępowanego wykonywania pracy zawodowej, zachowania więzi i relacji społecznych, kontynuowania nauki lub realizacji swoich obowiązków rodzinnych, tj. opieki nad osobami zależnymi.”⁷⁵

Skoro więc sam ustawodawca w traktując stan elektronicznego dozoru jako alternatywny dla pozbawienia wolności należy przyjąć podział na formalne i faktyczne pozbawienie wolności. Dozór elektroniczny przy takim podziale byłby w ramach kary pozbawienia wolności jest nim formalnie, jednak nie jest nim faktycznie.

Samouwolnienie

Biorąc pod uwagę rozważania powyższe i konstatację dotyczącą tego czym jest dozór elektroniczny na gruncie kary pozbawienia wolności można odnieść to do praktycznego problemu związanego z tym czy uwolnienie się od dozoru elektronicznego stanowi realizację typu czynu określonego w art. 242 § 1 k.k.⁷⁶. Przypomnijmy, Sąd Najwyższy stanął przed koniecznością odpowiedzi na pytanie „Czy oddalenie się skazanego z miejsca odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego może być zakwalifikowane w płaszczyźnie znamion określających czynność sprawczą przestępstwa samouwolnienia się stypizowanego w przepisie art. 242 § 1 Kodeksu Karnego?”⁷⁷

Zacząć należy od tego, że ustawa posługuje się stwierdzeniem „kto [...] będąc pozbawionym wolności”, można stąd wnioskować, że chodzić może chodzić o faktyczny stan w jakim znajduje się dana osoba. Na gruncie poprzedniego kodeksu karnego przestępstwo samouwolnienia podobnie określało czynność sprawczą i W. Dadak wskazywał, że

⁷⁴ Ustawa z dnia 25 maja 2012 r. o zmianie ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, Dz. U. Nr 692.

⁷⁵ Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 179.

⁷⁶ Kto uwalnia się sam, będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2

⁷⁷ I KZP 11/16.

„pozbawienie wolności jest właściwością charakteryzującą położenie sprawcy”⁷⁸. M. Małecki odnosząc się już do tej kwestii w kontekście dozoru elektronicznego pisał, że na gruncie tego przepisu pozbawieniem wolności jest „przede wszystkim fizyczne pozbawienie danej osoby możliwości lokomocyjnych w wybranym przez siebie kierunku i w dowolnym czasie”⁷⁹, a w związku z tym uznawał, że „osoba wykonująca karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie jest osobą faktycznie pozbawioną wolności w rozumieniu art. 242 k.k.”⁸⁰

Dla przypomnienia wcześniejszych rozważań - istotny jest zaproponowany podział na formalne i faktyczne pozbawienie wolności. Dozór elektroniczny w takim rozróżnieniu jest karą pozbawienia wolności – ze względu na miejsce normatywne nadane mu przez ustawodawcę, jednak nie jest faktycznym „pozbawieniem” wolności – gdyż jak wskazano nie spełnia pewnego minimum dolegliwości, który wiąże się karą pozbawienia wolności, a także sam ustawodawca uznaje go za coś alternatywnego dla pozbawiania wolności. Dozór elektroniczny nie jest więc faktycznie pozbawieniem wolności, a jedynie formalnie znajduje się w takim miejscu systemu prawnego. Nakładając więc na to rozróżnienie użyte przez ustawodawcę sformułowanie na gruncie art. 242 § 1 k.k. należy uznać, że chodzi tam o faktyczne pozbawienie wolności, co wyklucza pociągnięcie do odpowiedzialności karnej z tego przepisu osoby oswobadzającej się z reżimu dozoru elektronicznego – nawet jeżeli jest stosowany w ramach kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym.

Do podobnych wniosków końcowych – w zakresie niemożliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej – dochodzą także inni przedstawiciele doktryny. L. Tyszkiewicz twierdzi, że „art. 242 nie ma zastosowania w przypadku wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego”⁸¹. A. Wojtaszczyk, W. Wróbel i W. Zontek w bardziej rozbudowanej argumentacji wskazywali – w kontekście dezaktywacji urządzeń dozoru elektronicznego - że „konsekwentnie powyżej opisane czynności należałoby traktować raczej, jak naruszenie warunków wykonywania kary w tym systemie z konsekwencjami przewidzianymi w tej ustawie. Rozwiązanie takie, ograniczające penalizację

⁷⁸ W. Dadak, *Pozbawienie wolności jako znamię przestępstwa samouwlnienia (Uwagi na tle kryminalizacji samouwlnień)*, „PiP”, nr 10–11, 1995, s. 87.

⁷⁹ M. Małecki, *Samouwlnienie się od dozoru*, „Dogmaty Karnisty” z dn. 6 XII 2016 r., < dogmatykarnisty.blogspot.com/2016/12/samouwlnienie-sie-od-dozoru.html >.

⁸⁰ M. Małecki, *Samouwlnienie się...*, < dogmatykarnisty.blogspot.com/2016/12/samouwlnienie-sie-od-dozoru.html >.

⁸¹ L. Tyszkiewicz [w:] M. Filar, *Kodeks karny: komentarz*, Warszawa 2016, s. 1415.

w tego typu przypadkach wydaje się racjonalne⁸² Ten argument odnosi się do tego, że przepisy dotyczące dozoru elektronicznego zawierają własne konsekwencje przełamania zasad wykonywani dozoru i to one powinny być stosowane w opisanej sytuacji. Tak też uważa M. Małecki który wskazuje, że „nie wydaje się dopuszczalne dodatkowe sankcjonowanie takich naruszeń przez obarczanie tej osoby – poza uchyleniem zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego – odpowiedzialnością karną za kolejne przestępstwo, sprowadzające się, w istocie rzeczy, do naruszenia obowiązków swoistego okresu próby, tj. wykonywania kary poza murami zakładu karnego, w iście rodzinnych, domowych warunkach⁸³”.

Inny argument cytowanej wyżej pracy autorów A. Wojtaszczyka, W. Wróbla i W. Zontka znalazł się nieco na marginesie rozważań w przepisie opatrzonym numerem 266:

„Wszakże teza odwrotna prowadzić musiałaby nieuchronnie do przesądzenia o odpowiedzialności karnej z art. 242 KK w sytuacji każdego naruszenia obowiązków probacyjnych nakładanych na sprawcę przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności (np. bezprawnego opuszczenia szkoły, w której sprawca miał obowiązek pobierać naukę). Przypomnieć należy, że *ratio legis* przepisu dotyczy najbardziej dotkliwych dla funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości stanów faktycznych, w których najdalej idąca forma ingerencji w wolność człowieka zostaje przełamana jego własną decyzją. Chodzi o uwolnienie się spod pozbawienia wolności, a nie spod warunków mających odmienny charakter i będących niejako substytutami faktycznego pozbawienia wolności, na rzecz resocjalizacji i realizacji pewnej szansy dla sprawcy. Czym innym jest bowiem zniweczenie decyzji o pozbawieniu wolności, a czym innym naruszenie warunków tego pozbawienia.”⁸⁴

Argument ten związany jest oceną jakoby karanie za samouwlnienie z dozoru elektronicznego na gruncie art. 242 § 1 k.k. było nieracjonalne. Aby wzmocnić ten argument należy się zastanowić jaki był kontekst historyczny tej regulacji. Z całą pewnością powstał on na długo przed wprowadzeniem dozoru elektronicznego w czasach gdy zerwanie się spod kontroli strażników więziennych nie dość, że powodowało konieczność podjęcia pościgu za skazanym⁸⁵, to jeszcze wpływało demoralizująco na pozostałych więźniów, napełniając ich nadzieją i pokazując, że ochrona jest wadliwa. Intensywność ataku na dobro prawne w postaci wymiaru sprawiedliwości wydaje się być nieporównywalnie mniejsza w przypadku

⁸² A. Wojtaszczyk, W. Wróbel, W. Zontek, *Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości*, [w:] *System prawa karnego. Tom 8. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, L. Gardocki (red.), Warszawa 2013, s. 675.

⁸³ M. Małecki, *Samouwolnienie się...*, < dogmatykarnisty.blogspot.com/2016/12/samouwolnienie-sie-od-dozoru.html >.

⁸⁴ A. Wojtaszczyk, W. Wróbel, W. Zontek, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 675.

⁸⁵ M. Szewczyk [w:] A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117 - 277 KK.*, Warszawa 2013, s. 1285.

nieprzestrzegania zasad elektronicznego dozoru. Należy mieć na uwadze, że poza formalnym wypełnieniem znamion typu czynu zabronionego dodatkowo art. 1 § 2 k.k. wymaga aby społeczna szkodliwość czynu była wyższa niż znikoma. Przepis ten ma również zastosowanie do typu określonego w art. 242 § 1 k.k. Atak na dobro prawne musi charakteryzować się pewną doniosłością, usprawiedliwiająca podjęcie reakcji karnej. Nawet jeżeliby przyjąć (błędnie), że art. 242 § 1 k.k. dotyczy także sytuacji oddalenia się z miejsca elektronicznego dozoru to należałoby wykazać, że zachowanie to jest karygodne. Punktem odniesienia dla oceny karygodności zachowania powinna być w takim przypadku ucieczka z zakładu karnego pociągająca za sobą konieczność przeprowadzenia pościgu i wpływająca destrukcyjnie na morale współwięźniów, czyli klasyczny sposób realizacji tego typu czynu zabronionego⁸⁶.

Innym argumentem, który można potencjalnie rozważyć – gdyby nawet przyjąć, że art. 242 § 1 może mieć zastosowanie do oddalenia się z miejsca elektronicznego dozoru - jest kwestia błędu co do znamienia typu czynu zabronionego (art. 28 § 1 k.k.). W sytuacji, której w oficjalnych komunikatach, a nawet w uzasadnieniach do projektów ustaw, jest informacja, że stan opisywany jako wykonywanie kary w systemie dozoru elektronicznego jest alternatywą dla pozbawienia wolności i jest wykonywaniem kary w warunkach wolnościowych, to wydaje się niewłaściwe wymaganie od obywatela aby traktował swój stan inaczej. Aby uważał, że jest jednocześnie pozbawiony i niepozbawiony wolności. A do takich wniosków należałoby dojść kwalifikując to zachowanie z art. 242 § 1 k.k.. Przecież właśnie tego stanu pozbawienia wolności chciał on uniknąć godząc się lub składając osobiście wniosek o możliwość zastosowania wobec niego kary w systemie dozoru elektronicznego. Co więcej, w oficjalnych informatorach dostępnych na państwowych domenach – np. na stronie Sądu Okręgowego we Wrocławiu znajduje się dokument pod nazwą „Informator dla skazanego”, w którego treści już w pierwszym merytorycznym zdaniu znajduje się wyjaśnienie czym jest dozór elektroniczny: „Dozór elektroniczny pozwala osobie skazanej na odbycie kary w **warunkach wolnościowych** [podkreślenie KM] [...]”⁸⁷. Pozostawanie w w usprawiedliwionym błędzie określonym w art. 28 § 1 k.k. ze względu na brak możliwości przypisania winy sprawcy wyłącza możliwość przypisania mu odpowiedzialności karnej.

⁸⁶ Można wprawdzie wyobrazić sobie sytuację, w której możliwe byłoby twierdzenie odwrotne – np. osoba dozorowana nagrywa filmy na YouTube w których pokazuje jak odcina bransoletkę, albo w inny publiczny sposób relacjonuje swój lekceważący stosunek do warunków dozoru. Jednak wydaje się, że w większości przypadków oddalenie się z miejsca dozoru nie stanowiłoby czynu na tyle karygodnego by spełnić wymagania dostatecznej karygodności z art. 1 § 2 k.k.

⁸⁷ *Informator dla skazanego dotyczący wykonywania kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego*, Portal Sądu Okręgowego we Wrocławiu, http://www.wroclaw.so.gov.pl/documents/informator_dla_skananego.pdf, dostęp dnia 22.03.2017 r.

Co więcej, nawet gdyby uznać, że sprawca nie działał w błędzie to jeszcze w toku postępowania karnego należałoby mu wykazać wszystkie znamiona składające się na przestępstwo określone w art. 242 § 1 k.k. Zarówno te przedmiotowe jak i podmiotowe. Przestępstwo to może być popełnione wyłącznie umyślnie, więc z tego punktu widzenia należy mu wykazać, że na płaszczyźnie intelektualnej miał co najmniej świadomość możliwości tego, że swoim zachowaniem samouwalnia się ze stanu pozbawienia wolności. Co byłoby wątpliwe w kontekście poczynionych wcześniej ustaleń dotyczących natury stanu w jakim się on znajduje.

Podsumowując, należy przyjąć, że oddalenie się skazanego z miejsca odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie może być zakwalifikowane w płaszczyźnie znamion określających czynność sprawczą przestępstwa samouwolnienia się stypizowanego w przepisie art. 242 § 1 k.k. Po pierwsze nie jest to osoba faktycznie (a jedynie formalnie) pozbawienia wolności, a taki faktyczny stan wymaga ustawodawca na gruncie tego przepisu. Po drugie, przepisy regulujące reżim wykonywania dozoru elektronicznego zawierają własne konsekwencje jego naruszenia, w tym – może to doprowadzić do cofnięcia przez sąd zgody na wykonywania kary w tym systemie. Po trzecie – nawet jeżeli by błędnie przyjąć, że oddalenie może być rozpatrywane na gruncie tego przepisu, to konieczne byłoby wykazanie, że takie zachowanie jest społecznie szkodliwe w stopniu wyższym niż znikomy (art. 1 § 2 k.k.), a badanie stopnia społecznej szkodliwości zachowania powinno być zrelatywizowane do ucieczki z zakładu karnego wraz z typowymi konsekwencjami takiego zachowania (konieczność prowadzenia pościgu, demoralizujący wpływ na współwięźniów). Po czwarte, z oficjalnych państwowych dokumentów wynika, że jest to kara wykonywana w warunkach wolnościowych, czego konsekwencją musi być przyjęcie, że sprawca pozostaje w usprawiedliwionym błędzie (art. 28 § 1 k.k.) co do znamienia, że jest tej wolności pozbawiony. Po piąte, jeżeli nawet nie uznalibyśmy, że działa on w błędzie, to w dalszym ciągu wykazać należy wszystkie znamiona opisywanego typu, w tym także te podmiotowe. Typ ten jest przestępstwem umyślnym i sprawca musi być świadomy wszystkich znamion składających się na nie, w tym także tego, że samouwalnia się ze stanu pozbawienia wolności.

Ograniczenie wolności

Zostawiając już problematykę pozbawienia wolności należy odpowiedzieć również na pytanie czy dozór elektroniczny „pasuje” może do kary ograniczenia wolności. Zajęcie się tym problemem jest to o tyle uzasadnione, że po pierwsze dozór elektroniczny z kary

pozbawienia wolności został zaimplementowany do tej właśnie kary, a po drugie pojawiały się mocne tezy, że dozór to „*de facto* kara ograniczenia wolności”⁸⁸.

W okresie pomiędzy 1 lipca 2015 r. a 14 kwietnia 2016 dozór elektroniczny stał się elementem zwiększającym dolegliwość kary ograniczenia wolności⁸⁹. T. Sroka pisał, że sprawiło to, że jej normatywna treść stała się bardziej adekwatna w kontekście nazwy jaką nosi⁹⁰. Sąd miał możliwość wyboru formy kary ograniczenia wolności – nie musiał przy orzekaniu tej kary wybierać opcji z dozorem elektronicznym, a w zależności od liczby obowiązków nałożonych na skazanego kara ta mogła być bardzo dolegliwa albo bardzo łagodna⁹¹.

M. Małecki pisał, że „funkcję ograniczenia wolności spełnia również, ze swojej istoty, stacjonarny dozór elektroniczny. Skazany nie przebywa w więzieniu, a na wolności, w środowisku rodzinnym i sąsiedzkiem; wolność poruszania się i udziału w życiu społecznym zostaje na pewien okres ograniczona”⁹². O ile więc wydaje się, że nie będzie kontrowersyjne twierdzenie, że istota dozoru elektronicznego w kształcie po 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r. mieści się z zakresie znaczeniowym słów „ograniczenia wolności”, to pozostaje jeszcze odpowiedź na pytanie jaka jest istota samej kary ograniczenia wolności obecnej w polskim systemie karnym.

M. Szewczyk uznaje, że to co znajduje się pod nazwą „ograniczenie wolności” powinno nosić raczej nazwę „kary pracy”⁹³. Ta sama autorka omawiając karę ograniczania wolności i analizując ją przez pryzmat jej treści, a nie nazwy, wskazuje, że analogiczne rozwiązania znajdują się także w innych systemach prawnych, np. w amerykańskim systemie prawnym pod nazwą „*community service*”⁹⁴. Takie były też założenia projektodawców – wprost pisano, że miała ona odpowiadać stosowanej w innych krajach karze

⁸⁸ V. Konarska-Wrzosek, *Propozycje zmian...*, s. 866.

⁸⁹ Por. K. Mamak, D. Zając, *Dozór elektroniczny w świetle nowelizacji prawa karnego*, „IPP TBSP UJ”, nr 1, 2015, s. 127 i n.

⁹⁰ T. Sroka, *Kara ograniczenia wolności*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, W. Wróbel (red.), Kraków 2015, s. 85.

⁹¹ S. Lelental, *Dozór elektroniczny w świetle rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z 4 kwietnia 2014 r.*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego”, nr 83, 2014, s. 9.

⁹² M. Małecki, *Powrót do rozwiązań, które nie zdały egzaminu*, „Dziennik Gazeta Prawna”, dodatek „Prawnik” z dn. 19 I 2016 r., nr 11 (4158), s. D6-D7.

⁹³ Por. M. Szewczyk, *Kara pracy na cele społeczne na tle rozważań o przestępstwie i karze: studium prawnoporównawcze*, Kraków 1996.

⁹⁴ M. Szewczyk [w:] A. Barczak-Oplustil i in., *Kodeks karny: część ogólna. T. 1, Komentarz do art. 1-52*, Warszawa 2016, s. 718.

„community service”, a polegać miała na wykonywaniu nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne⁹⁵.

Ponadto obecnie obok „wykonywania pracy” kodeks przewiduje, że jej formą może być potrącenie, które z kolei może być traktowane jako faktycznie rozłożoną grzywną na raty⁹⁶.

To co obecnie znajduje się więc w art. 34 nijak się ma do znaczenia słów składających się na frazę „ograniczenia wolności”. Oczywiście można znaleźć jakieś metaforyczne uzasadnienie łączące wykonywanie pracy na cele społeczne z „ograniczeniem wolności” - bo przecież w jakimś sensie wolność do swobodnego dysponowania swoim czasem jest na skutek tej kary ograniczana – jednak takie rozumowanie jest wadliwe.

T. Sroka wskazywał dlaczego według niego dozór elektroniczny jest ograniczeniem wolności:

„Dozór elektroniczny jest jednym ze sposobów ograniczenia wolności człowieka, podobnie jak kara pozbawienia wolności. [...] W konsekwencji kara ograniczenia wolności w systemie dozoru elektronicznego stanowi ingerencję w wolność człowieka jak kara pozbawienia wolności, niemniej stopień ingerencji jest mniejszy – poza koniecznością przebywania w wyznaczonym miejscu w pewnych przedziałach czasowych skazany ma co do zasady swobodę postępowania, przemieszczania i kształtowania swojej aktywności.”⁹⁷

Używanie takiego uzasadnienia jest zawodne o tyle, że podobnej wagi argumenty znajdziemy także w zakresie kary grzywny (wolność do dysponowania własnymi środkami pieniężnymi) jak i przy środkach karnych, np. przy zakazie wykonywania zawodu jako ograniczającego wolność do wyboru ścieżki zawodowej. Jak wcześniej wykazano – przy każdej pozbawienia wolności – że jej istota różni się od tego co może zaproponować dozór elektroniczny, nie ma więc jednej skali na której da się te dwa sposoby reakcji karnej przyłożyć i oceniać intensywność „pozbawienia/ograniczenia” wolności bez odniesienia się do innych kar czy środków karnych. Dozór elektroniczny nie ma unikalnych punktów stycznych z pozbawieniem wolności.

Argument więc, że dozór elektroniczny „pasował” do kary ograniczenia wolności właściwy jest wyłącznie do semantycznej analizy określających ją słów, a nie do jej istoty wynikającej z analizy jej treści i intencji ustawodawcy. Podczas krótkiego okresu możliwości

⁹⁵ I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak (red.), *Nowe kodeksy karne - z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 140.

⁹⁶ V. Konarska-Wrzosek, *W kwestii nowego kształtu kary ograniczenia wolności*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, W. Górski i in. (red.), Warszawa 2013, s. 180.

⁹⁷ T. Sroka, *Kara ograniczenia wolności...*, s. 113.

wykonywania dozoru elektronicznego w ramach kary ograniczenia wolności był to jedyny czas, że nie było niespójności pomiędzy jej nazwą a treścią, co jednak wprowadziło kolejne problemy interpretacyjne.

Umieszczenie na nowo dozoru elektronicznego w ramach kary ograniczenia wolności z punktu widzenia porządkujących zabiegów nie byłaby więc zasadne.

Uwagi terminologiczne

Próbując jakoś uporządkować to zamieszanie terminologiczne można sformułować postulaty *de lege ferenda*. Wydaje się, że rozwiązaniem wartym rozważenia byłoby umieszczenie w katalogu kar – obok kar pozbawienia wolności i kary grzywny - kary „aresztu domowego” i „kary pracy”, a „kara ograniczenia wolności” powinna zostać wykreślona z kodeksu karnego. Taki podział odpowiadałby w lepszym stopniu istocie tego na czym polegają omawiane instytucje. Nazwa „areszt domowy” byłaby o tyle lepsza niż nazwa „dozór elektroniczny” gdyż jak wskazano wcześniej – dozór elektroniczny jest tylko narzędziem, które może być używane przy różnych instytucjach (nie mówi więc nic o istocie kary), po drugie nazwa „areszt domowy” pojawiła się już w polskim piśmiennictwie⁹⁸, jak również funkcjonuje w przestrzeni publicznej jako opis tego czym jest dozór elektroniczny przy wykonywaniu kary pozbawienia wolności⁹⁹. Sama nazwa różnicuje ją od kary pozbawienia wolności, nawiązuje do kary aresztu z kodeksu wykroczeń, jednak poprzez dodanie słowa „domowy” pozwala, że może być traktowana jako jego łagodniejsza forma. Wydaje się, że taka nazwa – wzmocniona odpowiednią intensywnością kontroli z wykorzystaniem infrastruktury dozoru elektronicznego – umocniłaby jej pozycje wśród potencjalnych alternatyw dla kary pozbawienia wolności bowiem byłaby bardziej zrozumiała – zarówno dla podsądnych jak i dla samego sądu.

Tezy

1. „Dozór elektroniczny” jest nazwą na zespół narzędzi, które w zależności od sposobu ukształtowania mogą być wykorzystane w różnych instytucjach szeroko rozumianego prawa karnego.

⁹⁸ Zob. J. Jasiński, *Areszt domowy*

⁹⁹ Por. *Areszt domowy i elektroniczne bransolety: sędziowie nie przekonali się do SDE - Prawo karne - rp.pl*, [w:] <http://www.rp.pl/artukul/1137992-Areszt-domowy-i-elektroniczne-bransolety--sedziowie-nie-przekonali-sie-do-SDE.html> (2017); *Areszt domowy zastąpi cele*, [w:] <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/480629,areszt-domowy-zastapi-cele.html> (2017); *Łodzianka z elektroniczną bransoletą skazana na areszt domowy*, [w:] <http://www.expressilustrowany.pl/artukul/863029,lodzianka-z-elektroniczna-bransoletka-skazana-na-areszt-domowy,id,t.html> (2017).

2. Wyróżniającą cechą „dozoru elektronicznego” jest możliwość sprawowania zdalnej kontroli nad osobą, w stosunku do której jest on zastosowany.
3. Ze względu na możliwość swobodnego kształtowania reżimu w jakim „dozór elektroniczny” jest stosowany oraz wyboru urządzeń na niego się składających - nie ma swojej niepowtarzalnej „istoty”.
4. Immamentne cechy kary pozbawienia wolności niewystępujące na gruncie dozoru elektronicznego to: izolacja, przymusowa integracja środowiskowa, specyficzna dyscyplina oraz dewastujący wpływ na życie rodzinno-społeczne.
5. Nie każda reakcja karna nazwana przez ustawodawcę kara pozbawienia wolności będzie pozbawieniem wolności. Sposobem poradzenia sobie z tą niespójnością nazwy i treści kary jest wprowadzenie podziału na formalne i faktyczne pozbawienie wolności.
6. Kara wykonywana w systemie dozoru elektronicznego nie jest faktycznym pozbawieniem wolności.
7. Przepisy z art. 242 § 1 k.k. penalizuje samouwolnienie się ze stanu pozbawienia wolności, a więc chodzić może wyłącznie o osobę, która faktycznie pozbawiona jest wolności (nie formalnie).
8. Osoba wykonująca karę w systemie dozoru elektronicznego nie jest faktycznie pozbawiona wolności, nie może więc odpowiadać za przestępstwo określone w art. 242 § 1 k.k.
9. Przepisy regulujące dozór elektroniczny zawierają własne konsekwencje naruszenia zasad odbywania kary w systemie dozoru elektronicznego, także w zakresie oddalania się z miejsca dozoru i te przepisy powinny być w pierwszej kolejności stosowane.
10. Gdyby przyjąć (błędnie), że można zastosować przepisy art. 242 § 1 k.k. do osoby oddalającej się z miejsca dozoru to należy wykazać, że czyn spełnia wymogi art. 1 § 2 k.k. i jest społecznie szkodliwy w stopniu większym niż znikomy.
11. Badanie stopnia społecznej szkodliwości przestępstwa samouwolnienia (art. 242 § 1 k.k.) powinno być zrelatywizowane do sytuacji ucieczki z zakładu karnego, który wymusza pościg za skazanym i wpływa demoralizująco na współwięźniów.
12. Gdyby przyjąć (błędnie), że można zastosować przepisy art. 242 § 1 k.k. do osoby oddalającej się z miejsca dozoru to należy zbadać, czy ta osoba nie działała w usprawiedliwionym błędzie co typu czynu zabronionego (art. 28 § 1 k.k.). Chodzi o znamię „kto [...] będąc pozbawiony wolności”. W oficjalnych dokumentach i

- uzasadnieniach do ustawy wskazywano wprost, że dozór elektroniczny polega na wykonywaniu kary w warunkach wolnościowych i nie pozbawia skazanego wolności.
13. Gdyby przyjąć (błędnie), że można zastosować przepisy art. 242 § 1 k.k. do osoby oddalającej się z miejsca dozoru to należy udowodnić, że ta osoba miała świadomość tego, że swoim zachowaniem uwalnia się ze stanu pozbawienia wolności, jest to bowiem warunek konieczny przypisania odpowiedzialności za ten typ czynu zabronionego, który charakteryzuje się umyślnością.
 14. Treścią kary „ograniczenia wolności” jest kara pracy na cele społeczne i grzywna rozłożona na raty. Nazwa kary nie odpowiada więc jej treści.
 15. W okresie od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r. w ramach kary ograniczenia wolności można było zastosować dozór elektroniczny, to był jedyny okres w historii funkcjonowaniu tej kary, w której nazwa była najbardziej zbliżona do swojej treści.
 16. W celu uporządkowania kwestii terminologicznych w zakresie kar postuluje się wykreślenie kary ograniczenia wolności, a zamiast jej w katalogu z art. 32 k.k. powinna pojawić się „kara pracy na cele społeczne” oraz kara „aresztu domowego”.
 17. Kara „aresztu domowego” byłaby samodzielną karą wykorzystującą infrastrukturę dozoru elektronicznego.
 18. Niewłaściwe byłoby stosowanie nazwy „kary dozoru elektronicznego”, gdyż dozór elektroniczny nie ma swojej unikalnej treści, jak również wykorzystywany jest w wielu odległych od siebie instytucjach, co prowadziło do deprecjonowania jego znaczenia jako alternatywy kary pozbawienia wolności.
 19. Nazwa „areszt domowy” pojawiała się w obrocie naukowym, w prasie specjalistycznej jak również w gazetach codziennych. Odpowiada w większym stopniu treści jaką do tej pory wykorzystywano w ramach kary pozbawienia wolności oraz kary ograniczenia wolności.