



Wojciech Zalewski*

Uniwersytet Gdański

DETENCJA „TERAPEUTYCZNA” – WĄTPLIWOŚCI KONSTYTUCYJNE I POLITYCZNO-KRYMINALNE W KONTEKŚCIE USTAWY O „BESTIACH”¹

Komu i czemu służy prawo karne? Odpowiedzi mogą być różne w zależności od celu i funkcji, które rozważamy. Poza innymi prawo karne pełni funkcję gwarancyjną. Nie zawsze dostatecznie doceniana² jest jedną z czterech najważniejszych funkcji prawa karnego, obok ochronnej, sprawiedliwościowej i kompensacyjnej. Funkcji tej warto przyjrzeć się w pierwszej kolejności w kontekście konstytucyjnym w czasie analizy zasady *nullum crimen sine lege* i szerzej – legalizmu. Postępowanie w ramach zasady legalizmu realizuje funkcję gwarancyjną³. O tej fundamentalnej zasadzie wiemy niemal wszystko. Napisano o niej tyle, że ma się wrażenie, iż nie została już przestrzeń na dyskusję. Okazuje się jednak, że „postęp” rozwoju prawa otwiera nowe przestrzenie i budzi stare demony⁴.

Walor wskazanej zasady jest niepodważalny. Wiele konstytucji, w tym polska konstytucja z 1997 r.⁵ (art. 42), nadaje jej rangę normy konstytucyjnej. Jako wzorce

* wojciech.zalewski@prawo.ug.edu.pl

¹ Autor ma świadomość niestosowności skróconej, publicystycznej, jednak popularnej, intytulacji ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz. U. z 2014 r., poz. 24, ze zm.) [dalej: u.p.w.o.z.p.], jednakże nazwa ta powszechnie się przyjęła i jest używana, głównie ze względu na swą lapidarność, również w wypowiedziach prawniczych, por. np. E. Łętowska, *Ustawa o „bestiach” jest niedobra*, „Gazeta Wyborcza”, 2.12.2013.

² Tak np. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 69 i nn., który wymienia funkcję gwarancyjną na końcu, w zbiorczym punkcie 7 zatytułowanym *Pozostałe funkcje*, obejmującym obok funkcji gwarancyjnej również afirmującą oraz subsydiarną.

³ Jak trafnie ujął to A. Marek: „Funkcja gwarancyjna, akcentowana w nowożytnych kodeksach karnych, wyraża się w postulatach, aby zakres czynów zabronionych był dla obywatela jasny i aby sądy mogły stosować tylko takie kary, które zostały określone w ustawie”, tenże, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 15 i nn.

⁴ Cudzyśłów przy „postępie” wyraża sceptycyzm autora co do kierunku niektórych zmian w prawie w ogólności, a prawie karnym w szczególności.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483, ze zm.).

kontroli konstytucyjnej prawa karnego przywoływane są najczęściej zasady: zasada zaufania do państwa, zakaz retroakcji i powtórnego karania (zasada *ne bis in idem*) (art. 2), zakaz stosowania tortur lub niehumanitarnego traktowania (art. 40), zasada afirmacji wolności osobistej oraz traktowania osoby pozbawionej wolności w sposób humanitarny, zachowania jej godności (art. 30), zasada proporcjonalności, w tym zwłaszcza w zakresie ograniczania wolności (art. 31 ust. 3)⁶.

Okazuje się jednak, że jeżeli instytucja, której istota polega na pozbawieniu wolności, jest orzekana w trybie postępowania cywilnego oraz odpowiednio podkreśli się deklaracje w zakresie jej terapeutycznego działania w warunkach izolacji, aby wskazane wzorce przestały być w ocenie konstytucyjnych sądów prawa adekwatne.

Wyrok polskiego Trybunału Konstytucyjnego⁷ o ustawie o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, uświadamia w całej pełni powagę sytuacji. Trybunał uznał wskazaną wyżej ustawę za niemal w całości zgodną z Konstytucją. Co ważne jednak, polski TK wpisał się w kształtującą się w ostatnich latach linię orzecniczą prezentowaną zarówno na poziomie krajowym, np. przez niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny (FTK), jak i Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC). Sprawa nie jest jednak oczywista, a polski TK wielu kwestii nie wyjaśnił w sposób przekonujący. Problem jest doniosły nie tylko w kontekście wskazanej ustawy czy nowelizacji polskiego kodeksu karnego z 2015 r.⁸, wprowadzającej głębokie zmiany w modelu środków zabezpieczających, rozwijającej założenia ustawy z 2013 r., która po tej noweli stała się ustawą epizodyczną⁹, ale szerzej; w kontekście filozoficznych i polityczno-kryminalnych założeń ochrony prawa i ochrony praw człowieka. Żeby rzec ująć jeszcze jaśniej: w całej pełni jawi się tu spór wartości między wolnością a bezpieczeństwem.

Wypływając na niepewne wody antycypacji przyszłych regulacji, nie trzeba szczególnej przenikliwości, żeby dostrzec, że stoimy, nie tylko w Polsce, ale i na świecie, u progu kolejnych zmian w postaci zastępowania klasycznego prawa karnego czyn, prawem karnym sprawcy „niepoprawnego”, a jeszcze krok dalej – uniwersalnego „prawa zarządzania ryzykiem”, które zastąpi prawo karne, jakie dotąd znamy¹⁰. Stanie się tak, jeśli proces rozwoju detencji będzie postępował

⁶ Por. M. Królikowski, A. Sakowicz, *Granice legalności postpenalnej detencji sprawców niebezpiecznych*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 29–30.

⁷ Wyrok TK z dnia 23 listopada 2016 r., K 6/14 (Dz. U., poz. 2205); OTK-A 2016, poz. 98; LEX nr 2172426.

⁸ Tak zwana duża nowelizacja kodeksu karnego, ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U., poz. 396).

⁹ Zgodnie z art. 13 noweli lutowej w ustawie z 2013 r. po art. 3 dodano art. 3a w brzmieniu: „Ustawa ma zastosowanie do osób skazanych za czyn popełniony przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U., poz. 396)”.

¹⁰ Por. zwłaszcza M. Caianiello, M.L. Corrado, *Preventing Danger. New Paradigms in Criminal Justice*, Durham, North Carolina 2013; W. Zalewski, *Przestępca „niepoprawny” – jako problem polityki kryminalnej*, Gdańsk 2010.

i nie nastąpią stosowne zmiany w prawie, w tym w Konstytucji. O propozycjach w tym zakresie będzie mowa w końcowej części niniejszego tekstu. Ten kierunek rodzi wątpliwości w świetle tego, czy kolejne represyjne w swej istocie regulacje mieszczą się w standardzie konstytucyjnym.

Zacznijmy od historii.

Szerokie stosowanie środków zabezpieczających nie jest niczym nowym. Takie „wzmocnienie” wyrosło z przekonania, że prawo karne i klasycznie przyjmowana kara nie zdają egzaminu i trzeba je zastąpić środkami bardziej efektywnymi, miało już miejsce. Na przełomie XIX i XX w. przyjęto w Europie i na świecie wiele regulacji wymierzonych w przestępców „z urodzenia”, immanentnie niebezpiecznych. Włoski *delinquente nato*, niemiecki *Gewohnheitsverbrecher*, angielski *habitual criminal*, francuski *criminel habituel*, odegrali swe role i na pewnym etapie rozwoju, mówiąc obrazowo, zeszli ze sceny. Trwał, nieco w cieniu, włoski *delinquente nato*, ukryty w dobrze skrojonym modelu *doppio binario*¹¹, jednak generalnie wydawało się, że pomysł się wypalił. Szczegóły historycznej ewolucji środków zabezpieczających omówiłem w innym miejscu¹², czuję się więc zwolniony z obowiązku szerszego przedstawiania wskazanego interesującego procesu historycznego. Na potrzeby niniejszego tekstu chciałbym jednak spożytkować nieco owoców poprzednich ustaleń.

Ogólny wniosek jest taki, że sądy rzadko stosowały nadmiernie, ich zdaniem, represyjne przepisy o karach skrajnych lub środkach zabezpieczających wymierzone w przestępców niepoprawnych. Działo się tak zarówno w Europie, np. Norwegia w kodeksie Bernharda Getza z 1902 r. czy też w USA słynne *Baume's Law* z 1924 r., która skończyła żywot mocą *desuetudo*. W innych krajach, jak w Polsce, przepisy obowiązywały zbyt krótko, aby wyprowadzić jednoznaczne wnioski. Pewne refleksje jednak i tu można i należy podjąć, gdyż wnioski są pouczające.

Polskie sądy krótko stosowały przepisy o postpenalnych środkach zabezpieczających, w tym zwłaszcza art. 84 kodeksu karnego z 1932 r. do 1939 r. Jednak w związku z tym, że rozporządzenie wykonawcze do kodeksu karnego, na podstawie którego powstał np. zakład w Koronowie, wydano dopiero w 1934 r. – od tej daty można liczyć początek walki z niepoprawnymi według nowych metod w Polsce¹³.

W niecałe dwa lata po stworzeniu zakładu ukazały się wyniki badań Witolda Świdy, będące podsumowaniem pierwszego okresu stosowania środka zabezpieczającego w postaci zakładu dla niepoprawnych w Polsce¹⁴. Jak wykazały badania, sędziowie polscy, w porównaniu np. z norweskimi czy brytyjskimi, stosowali

¹¹ M. Pelissero, *The doppio binario in Italian criminal law*, www.law.unc.edu [dostęp: 11.01.2018].

¹² Por. W. Zalewski, *Przestępca „niepoprawny” – jako problem polityki kryminalnej*, Gdańsk 2010.

¹³ Por. szerzej J. Nelken, *Polska myśl kryminologiczna od schyłku XIX w. do 1939 r.*, „Archiwum Kryminologii” 1986, t. 13, s. 250 i nn.

¹⁴ Por. W. Świda, *Zakład dla niepoprawnych w praktyce sądów polskich*, „Głos Sądownictwa” 1936, nr 7–8.

detencję nader często. Do 24 października 1935 r. zakład dla niepoprawnych orzeczono prawomocnie wobec 392 przestępców. Przeważali młodzi internowani. W grupie osadzonych aż 77% nie ukończyło 35 lat. Podstawę karną orzeczenia stanowiły zazwyczaj krótkie kary pozbawienia wolności. Skazani na kary od 6 miesięcy do 1 roku – 36%, powyżej roku do 2 lat – 31%, powyżej 2 do 5 lat – 29%, skazani powyżej 5 lat stanowili jedynie 3% ogółu badanych¹⁵.

Jednakże wskazane wyniki niekoniecznie świadczą o nadmiernej swobodzie w orzekaniu detencji, którą mieli przejawiać sędziowie polscy. To prawda, że środek w postaci detencji stosowano wobec ludzi młodych do 35 roku życia, prawdą jest również, że stosowano go za przestępstwa przeciwko mieniu, a nie np. poważne przestępstwa przeciwko osobie. Nie wydaje się jednak, że należy czynić z tego powodu orzecznictwu polskiemu poważny zarzut¹⁶. Przeciwnie, ich działanie wydaje się racjonalne. Faktem potwierdzonym kryminologicznie jest popełnianie przestępstw głównie przez młodych sprawców¹⁷, nie może więc dziwić, że to oni w głównej mierze trafiali do zakładu. Liczba umieszczonych w zakładach dla niepoprawnych stopniowo rosła: w 1937 r. umieszczono w nich – 256 osób, a w 1938 r. – 420. Zakład dla niepoprawnych miał w okresie międzywojennym licznych zwolenników¹⁸.

Obszerne badania na temat niepoprawnych przestępców przebywających w zakładzie w Lublińcu przeprowadził Stanisław Batawia¹⁹. Poddął badaniu 150 internowanych z ogólnej liczby 163 przebywających wówczas w zakładzie, co znaczyło, że przebadano znakomitą większość (90,9%) przebywających tam osób. Badania Batawii potwierdziły zasadniczo wyniki nieco wcześniejszych ustaleń Świdy. Internowaniu byli poddawani głównie sprawcy młodzi – 62,6% ogółu internowanych nie osiągnęło 30. roku życia, a 38,6% miało poniżej 25 lat. Z drugiej jednak strony w badanej grupie przeważali wielokrotni recydywiści. Aż 30% osadzonych było karanych ponad 10 razy. Łącznie z nimi aż 72% osadzonych karanych było powyżej 5 razy, zaś tylko 28% osadzonych karanych było mniej niż 5 razy. **Wszyscy** badani przestępcy zostali umieszczeni w zakładzie **za przestępstwa przeciwko mieniu**, z czego aż 135 (90%) za kradzież²⁰.

Wnioski, jakie wyprowadził z zebranych danych Batawia, były krytyczne wobec prowadzonej polityki karnej. Autor uważał za zdecydowanie błędne stosowanie wobec młodocianych krótkoterminowych kar pozbawienia wolności. Wskazywał na konieczność oszczędnego operowania detencją. W warunkach polskich

¹⁵ Por. tamże, s. 537–550.

¹⁶ Por. A. Flatau-Kowalska, *Środki zabezpieczające w prawie karnym*, Warszawa 1956, s. 191.

¹⁷ Por. np. Ch. Hale, K. Hayward, A. Wahidin, E. Wincup, *Criminology*, Oxford, New York 2005, s. 385 i nn.; S. Brown, *Understanding Youth and Crime: Listening to Youth?*, Open University Press 2005.

¹⁸ Por. podobnie S. Lelental, *Postępowanie z recydywistami w systemie penitencjarnym II Rzeczypospolitej* [w:] *Księga jubileuszowa więziennictwa polskiego 1918–1988*, red. A. Marek, Warszawa 1990, s. 94.

¹⁹ Por. S. Batawia, *Niepoprawni przestępcy w świetle 150 wyroków z art. 84 k.k.*, „Archiwum Kryminologiczne” 1937, z. 3–4, s. 440 i nn.

²⁰ Por. tamże, s. 442, 458 i nn.

diagnozowanie kryminologiczne było powierzchowne i oparte na wątlm materiale. **Batawia konstatował zupełny brak danych biologiczno-kryminalnych i wyczerpujących wywiadów środowiskowych. W tych warunkach diagnoza niepoprawności musiała być, z konieczności, oparta jedynie o dane o wcześniejszej karalności i materiał bieżącej sprawy**²¹.

W Polsce w okresie międzywojennym na pobyt w zakładzie dla niepoprawnych skazywano głównie recydywistów wielokrotnych, co świadczy o wstrzeżności sędziów w stosowaniu detencji wobec wcześniej niekaranych sprawców zawodowych czy z nawyknięcia. Przepęstwa przeciw mieniu, jako zasadnicza podstawa orzeczonej kary przed orzeczeniem detencji, świadczą z kolei o tym, że przestęstwo było głównym lub pobocznym źródłem utrzymania internowanych. Dla sprawców poważnych przestęstw rezerwowano przede wszystkim więzienie. Brakowało badań kryminologicznych i rzetelnych ustaleń prognostycznych.

Po zmianie ustroju system środków zabezpieczających przestał funkcjonować w przedwojennym kształcie. Praktycznie zrezygnowano ze stosowania art. 84 k.k. z 1932 r., choć początkowo nadal go orzekano. Przełomem okazało się orzecznictwo Sądu Najwyższego. Judykatem z dnia 8 kwietnia 1952 r. zniósł zakłady dla niepoprawnych. Orzeczenie to, ze względu na jego wagę dla niniejszych rozważań, warto przytoczyć *in extenso*. Sąd Najwyższy stwierdził: „Umieszczenie przestępców w zakładzie dla niepoprawnych jest zasadniczo sprzeczne z podstawami socjalistycznego prawa karnego. Instytucja ta wywodzi się z tzw. pozytywistycznej szkoły prawa karnego, szkoły, która wyraża interesy imperialistyczne i która tezami swymi o środkach zabezpieczających służy do uzasadnienia faszystowskiego terroru w postaci chociażby obozów koncentracyjnych. Instytucja ta w Polsce Ludowej w żadnym razie nie powinna być stosowana, będąc w zasadniczej sprzeczności z podstawami praworządności socjalistycznej i z naczelną tezą, iż w warunkach państwa ludowego nie może być mowy o przestępcach niepoprawnych, gdyż państwo ludowe w pełni umożliwia włączenie każdego przestępcy – po odbyciu przez niego kary – do twórczego wysiłku narodu, przyczyniając się do wychowania przestępcy”²².

Jak widać, Sąd Najwyższy posłużył się w tezie orzeczenia trzema argumentami. Po pierwsze, środki zabezpieczające były „zasadniczo sprzeczne” z podstawami socjalistycznego prawa karnego. Po drugie, teza o potrzebie stosowania środków zabezpieczających służyła do uzasadnienia faszystowskiego terroru i funkcjonowania obozów koncentracyjnych. Po trzecie, środki zabezpieczające nie mogły być stosowane w Polsce Ludowej, w warunkach państwa ludowego bowiem nie mogło być mowy o przestępcach niepoprawnych, albowiem w państwie ludowym każdego można poprawić.

²¹ Por. tamże, s. 470–471.

²² Wyrok SN z dnia 8 kwietnia 1952 r., IV K 19/51, OSN(K) 1952, nr 5, s. 67, LEX nr 164340.

Choć anachroniczne orzeczenie z 1952 r., prześląknięte frazeologią socjalistyczną, zawiera wątki żywe do dziś w dyskusji nad detencją postpenalną.

W innych państwach europejskich środki postpenalne były stosowane rzadko. Przykładem – Wielka Brytania. Kolejne nowelizacje prawa spowodowały, że system walki z recydywą i *habitual criminals* został rozbudowany. Jak ujął to Leon Radzinowicz: „pierwsze projekty rozwiązań ustawowych były tak radykalne, tak pozytywistyczne w tonie i substancji, że nawet Enrico Ferri, mój rzymski mistrz, nie wahałby się ich wesprzeć”²³. Ostatecznie przyjęto ostrożne rozwiązanie dwutorowe (*dualtrack system*). Istniała możliwość orzeczenia środka zabezpieczającego wobec sprawcy uznanego za chronicznego na okres do 10 lat, po tym jak odcierpiał karę ciężkich robót (*penal servitude*). Ta hybryda nie spełniła jednak pokładanych nadziei. Radzinowicz podsumował: „moja wizyta w Camp Hill w 1937 r., była przykrym doświadczeniem. Spotkałem tam małą grupę przypadkowo dobranych, zgrzybiałych seniorów – obywateli przestępców, szczerze zdziwionych, że przychodzi im kończyć swe antysocjalne kariery w tak niespójnym i bezcelowym otoczeniu. W moim przekonaniu system, wobec którego pierwotnie formułowano tak rozliczne oczekiwania, był już nie do naprawienia: był i pozostał ruiną”²⁴.

Środki zabezpieczające stosowane w XX w. nie okazały się skuteczne. Nie wyeliminowały trwale większości przestępców seksualnych, zabójców itd. Poza zakładami dla niebezpiecznych nadal popełniano przestępstwa. Nie znaleziono skutecznej terapii np. parafilii, agresji itd. Przyjęte w prawie środki wzbudzały natomiast opór sędziów, którzy widzieli w nich narzędzie nadmiernej represji karnej oraz przejaw wtórnego karania za to samo. W Polsce środki zabezpieczające skierowano wobec przestępców drobnych, popełniających czyny przeciwko mieniu. Tak samo jak gdzie indziej nie odnaleziono leku na przestępstwo, a nawet nie próbowano go szukać. Nie dokonywano diagnoz kryminologicznych.

Do sławnego orzeczenia w sprawie *M. v. Niemcy* na początku XXI w. środki postpenalne orzekane w związku z popełnionym przestępstwem zachowało u siebie osiem państw europejskich: Niemcy, Austria, Szwajcaria, Włochy, Dania, Słowacja, San Marino i Liechtenstein²⁵.

Koniec XX w. i początek obecnego stulecia to czas surowej represji wobec przestępców motywowanej populistycznie, a nie naukowo. Okazało się, że dla zmiany polityki kryminalnej nie potrzeba dowodów naukowych, wielu politykom wystarcza tzw. zdrowy rozsądek. Od kilkudziesięciu lat ton polityce kryminalnej nadają, między innymi, tacy politolodzy, jak np. James Q. Wilson, który w podsumowaniu swojej kluczowej pracy już w 1975 r. stwierdził, że: „niektóre osoby odrzucą przestępstwo nawet wtedy, gdy nie będziemy ich od niego odstraszać, inni zaś będą szukać okazji, nawet wtedy, gdy zrobimy wszystko, co

²³ L. Radzinowicz, *Adventures in Criminology*, London 1999, s. 94.

²⁴ Tamże, s. 95.

²⁵ Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 2009 r., 19359/04, *M. v. Germany*, teza 70.

w naszej mocy, by ich zreformować. Nikczemnicy istnieją. Nic w ich wypadku nie działa poza oddzieleniem ich od niewinnych. Jest też wielu takich, którzy nie są ani nikczemni, ani niewinni, lecz czujni, ostrożni, kalkulujący możliwości, oceniający naszą reakcję na nikczemność i podejmujący decyzję w zależności od tego, co się im opłaca”²⁶. Diagnoza Wilsona dotycząca praktyki stosowania prawa w Ameryce jest surowa: „Lekceważyliśmy nikczemnych, sztydziłiśmy z niewinnych, zachęcaliśmy kalkulujących. Sprawiedliwość cierpi, tak jak i my wszyscy”. Po 36 latach Wilson nie zmienił zdania. Nadal uważa, że „niektórzy ludzie są bardziej biologicznie predestynowani do popełniania przestępstw niż inni”²⁷. Ale nawet Wilson dostrzega inne niż biologiczne czynniki przestępczości. Uważa, że wzrostu przestępczości nie da się wyjaśnić jakimś nagłym wzrostem biologicznej predyspozycji do przestępstwa²⁸.

Poglądy i prace takich autorów, jak James Q. Wilson, Andrew von Hirsch czy Ernest van den Haag, niewiele zmieniłyby, gdyby nie kontrola konstytucyjności prawa karnego. Zmianę nastroju penalnego w USA z liberalnego na represyjny wywołało orzeczenie tamtejszego Sądu Najwyższego w sprawie *Gregg v. Georgia* z 1976 r., mocą którego przywrócono stosowanie kary śmierci. Orzeczenie to podważyło przyjętą cztery lata wcześniej w 1972 r. decyzję w sprawie *Furman v. Georgia* wskazującą, że brak jasnych standardów orzekania kary głównej narusza ósmą poprawkę do amerykańskiej konstytucji, jest nieludzkie i okrutne. Po czterech latach moratorium na wykonywanie kary śmierci w kolejnych stanach (Georgia, Floryda, Teksas i inne) przyjęto szereg wytycznych, które miały zapobiec arbitralności w jej orzekaniu. Ostatecznie w 1976 r. SN uznał, że kara główna jest konstytucyjna, a przyjęte zasady orzekania wykluczają dowolność. Wedle licznych badań praktyka ostatnich czterdziestu lat dowodzi jednak czegoś przeciwnego²⁹.

Choć wpływ amerykańskiej kryminologii i praktyki prawnej na praktykę stosowania prawa w Europie jest ograniczony, to nie należy go lekceważyć. Wiele ustawodawstw, w tym polskie, idzie tropem amerykańskim. Przykładowo polska ustawa o rejestrze przestępców seksualnych ma przecież swe źródło w Megan’s Law, w Europie przyjęto szeroko amerykańskie „targi o winę” i praktykę skazań

²⁶ Dosłowanie: „some persons will shun crime even if we do nothing to deter them, while others will seek it out even if we do everything to reform them. Wicked people exist. Nothing avails except to set them apart from innocent people. And many people, neither wicked nor innocent, but watchful, dissembling, and calculating of their opportunities, ponder our reaction to wickedness as a cue to what they might profitably do. We have trifled with the wicked, made sport of the innocent, and encouraged the calculators. Justice suffers, and so do we all”, J.Q. Wilson, *Thinking About Crime*, New York 1975, s. 209.

²⁷ J.Q. Wilson, *Crime and Public Policy* [w:] *Crime and Public Policy*, eds. J.Q. Wilson, J. Petersilia, Oxford, New York 2011, s. 619.

²⁸ Tamże.

²⁹ Por. przegląd w R.C. Dieter, *Struck by Lightning: The Continuing Arbitrariness of the Death Penalty Thirty-Five Years After Its Re-instatement in 1976*, Washington 2011, www.deathpenaltyinfo.org [dostęp: 11.01.2018].

bez rozprawy, rozprzestrzeniło się stosowanie świadków koronnych, anonimowych itd., a w ostatnim czasie następuje zbliżenie w kwestii detencji i arbitralności w jej orzekaniu. Paralele widać zwłaszcza na poziomie analiz konstytucyjności stanowionego i stosowanego prawa³⁰.

Przez lata w Europie nie podejmowano szerszej refleksji nad środkami zabezpieczającymi. Aż do czasu, gdy z różnych powodów opinia publiczna zainteresowała się przestępczością agresywną i seksualną. Sporą rolę odegrały media. Medialny kontekst sprawy odgrywa we współczesnym świecie istotną rolę. Niekiedy pisze się nawet o ataku mediów na demokrację, zwłaszcza w kontekście stanowienia prawa karnego³¹. Kolejne reformy prawa karnego w Polsce wymierzone w przestępców groźnych, zwłaszcza seksualnych, były przecież podejmowane w rytm doniesień medialnych o bulwersujących, acz pojedynczych przypadkach³².

W ostatnich latach jesteśmy świadkami interesujących procesów, w których odchodzi się od rozwiązań prawno-karnych, które okazują się, zdaniem rządzących, mało efektywne i kosztowne. Niektóre istniejące rozwiązania, zdaniem ustawodawców, należy zmienić z uwagi na nadmierne gwarancje prawno-człowiecze, jakie niesie ze sobą prawo karne zabezpieczone normami konstytucyjnymi. W kolejnych ustawach obserwujemy proces „administratywizacji” prawa karnego, w ramach którego sankcje prawno-karne są zastępowane administracyjnymi, a przestępstwa deliktami administracyjnymi. Odchodzi w przeszłość zasada domniemania niewinności, zostaje osłabiona zasada sądowego wymiaru kar i inne. Najwyższe instancje sądowe, trybunały konstytucyjne, godzą się na anihilację gwarancji prawa karnego, jeżeli przyjęte sankcje dostatecznie różnią się od kar. Przyjmuje się, że np. bezterminowe detencje są zgodne z wymogami konstytucyjnymi, o ile przejdą „test dostatecznej różnicy” (*the constitutional test of „distance”*)³³. Niekiedy sądy konstytucyjne same podpowiadają, jakie warunki muszą być spełnione, aby represyjne prawo nie zostało uznane za prawo karne, a przyjęte sankcje za karę.

W Niemczech sprawą, która dała impuls dla ustawy wprowadzającej niepełne środki detencji (*Das Therapieunterbringungsgesetz*), była sprawa *M. v. Niemcy* z 2009 r. rozpatrywana przed ETPC. Kanwa sprawy była złożona. Pan M. w za-

³⁰ Por. Ch. Slobogin, *Preventive Detention in Europe and the United States*, Vanderbilt University Law School, 3.05.2012, <http://www.law.unc.edu/>; M.L. Corrado, *Detention as Punishment and Detention as Regulation*, Vanderbilt University Law School, 3.05.2012, <http://www.law.unc.edu/> [dostęp: 11.01.2018].

³¹ Por. M. Dean, *Democracy under attack. How the media distort policy and politics*, The University of Chicago Press 2012. Autor, podsumowując rozważania, w ciekawy sposób wyjaśnia umieszczenie krwiożerczego rekina na okładce pracy wydanej przez poważne wydawnictwo uniwersyteckie: „Is the shark cover on this book fair? Most certainly it is. The media still do good work, but overall contribution to policy – making is negative: cynical, derisive, sarcastic, scornful and contemptuous”, s. 391.

³² Por. W. Zalewski, *Therapeutic and Legislative Approaches to Sex Offenders in Poland*, „Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform” 2014, No. 1: *Developing Sexual Offender Laws and Treatment in Europe*, ed. G. Wößner, s. 48 i nn.

³³ Por. M.L. Corrado, *Detention...*, s. 16.

sadzie całe dorosłe życie spędził w instytucjach penitencjarnych. Karano go za różne przestępstwa, w tym usiłowanie zabójstwa, rozbój w wieku lat 20 w 1977 r. W 1986 r. został skazany na karę 5 lat pozbawiania wolności oraz środek zabezpieczający postpenalny – *Sicherungsverwahrung*³⁴, czyli kolejne 10 lat za usiłowanie zabójstwa kuratorki. Nowelizacją StGB z 1998 r. dotyczącą środków zabezpieczających wprowadzono w Niemczech możliwość orzekania bezterminowego środków zabezpieczających w miejsce dotychczasowej regulacji przewidującej dziesięcioletni okres detencji. Wobec agresywnych zachowań M. w zakładzie karnym, właśnie wobec niego pierwotnie orzeczoną dziesięcioletnią detencję, przedłużono bezterminowo. M. się odwołał. Jednak ani niemiecki Sąd Apelacyjny w 1998 r., ani w 2004 r. niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny nie stwierdziły naruszenia niemieckiej konstytucji, zakazującej m.in. retroakcji przepisów karnych, gdyż środek zabezpieczający nie był, w ich ocenie, karą.

Orzeczenie FTK z 2004 r. jest obszerne. Zawiera 84 strony szczegółowych rozważań, w odniesieniu do czterech gwarancji konstytucyjnych: prawa do wolności, zakazu retroakcji, rządów prawa oraz szacunku dla ludzkiej godności. Trybunał zaczął od potwierdzenia, że środek zabezpieczający skutkuje poważnym ograniczeniem wolności, jednak ostateczna konkluzja była korzystna dla noweli³⁵.

Stosunek FTK zmienił się dopiero po orzeczeniu ETPC w sprawie M.

Europejski Trybunał Praw Człowieka po rozpoznaniu skargi M. uznał słusznie, że naruszono Konwencję Europejską Praw Człowieka i jednogłośnie uznał za niezgodne z art. 7 ust 1 i art. 5 Konwencji retroaktywne działanie przepisów o izolacji sprawcy niebezpiecznego dla społeczeństwa. Środki zabezpieczające uznano za kary, a te nie mogą być wprowadzane czy zmieniane na niekorzyść sprawcy retroaktywnie. Następnie podobny w treści werdykt wydał niemiecki FTK, uznając nowelizację StGB za niezgodną z niemiecką konstytucją³⁶. Wydawało się, że sprawy idą w dobrym kierunku, jeśli uznać za wartość wolność, godność i wypływające z niej zasady demokratycznego prawa karnego. Jednak jedynie przez chwilę.

Warto poświęcić temu orzeczeniu z dnia 4 maja 2011 r.³⁷ trochę uwagi. Federalny Trybunał Konstytucyjny na wstępie musiał się uporać ze swym orzecz-

³⁴ Środki te wprowadzono do niemieckiego prawa karnego w 1933 r. po dojściu Adolfa Hitlera do władzy.

³⁵ Por. wyrok <http://www.bundesverfassungsgericht.de/> [dostęp: 11.01.2018]; omówienie zob. Ch. Slobogin, *Preventive Detention...*

³⁶ Por. szerzej E. Weigend, J. Długosz, *Stosowanie środka zabezpieczającego określonego w art. 95a § 1a k.k. w świetle standardów europejskich*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 4, s. 61, przyp. 22; ciż, *Nowa postać postpenalnego środka zabezpieczającego o charakterze izolacyjnym w niemieckim prawie karnym* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, s. 670–671. Wcześniej w wyroku z dnia 5 lutego 2004 r., 2 BvR 2020/01, BGBl. I, s. 1069, przed omawianym wyrokiem ETPC niemiecki Sąd Konstytucyjny nie dopatrzył się niezgodności z przepisami niemieckiej ustawy zasadniczej.

³⁷ Wyrok FTK z dnia 4 maja 2011 r., 2 BvR 2365/09, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/> [dostęp: 11.01.2018].

niem z 2004 r. Uzasadnieniem zmiany stanowiska było pojawienie się nowych okoliczności, za jakie uznano orzeczenie ETPC z 2009 r. Nadano mu walor równy zmianie prawa. W części merytorycznej najistotniejsze są dwa nakazy, które ma spełnić tworzone prawo detencyjne, aby czynić zadość wymogom konstytucyjnym. Są to: 1) nakaz zachowania jednoznacznego rozróżnienia między sposobem wykonywania kary pozbawienia wolności i postpenalnego środka izolacyjnego (*Abstandsgebot*), 2) nakaz ochrony zaufania związany z zakazem naruszania konstytucyjnych gwarancji nabytych praw jednostki (*Vertrauensschutzgebot*).

W nakazie drugim chodzi przede wszystkim o zakaz retroakcji, który rozciągnięto na klasyczne postpenalne środki zabezpieczające.

Ciekawiej przedstawia się nakaz pierwszy. Idzie o to, że izolacja postpenalna musi wyraźnie różnić się od kar, w tym kar izolacyjnych. Ma służyć przede wszystkim zapobieżeniu popełnienia przestępstwa. Detencja musi pełnić dalsze funkcje wobec osoby izolowanej, w tym przede wszystkim służyć terapii, a w dalszej perspektywie przygotowywać osobę izolowaną do opuszczenia zakładu i przestrzegania porządku prawnego³⁸. Detencja jako kara dodatkowa nie jest zgodna z ustawą zasadniczą, ale jeśli zachowuje dostateczny, konstrukcyjny, dystans od kar, jest zgodna z niemiecką konstytucją (art. 104).

W efekcie orzeczenie FTK zawiera zbiór wskazówek dla ustawodawcy, których spełnienie gwarantuje zdanie „testu dostatecznej różnicy”. Było jasne, że wprowadzenie klasycznego, postpenalnego środka zabezpieczającego nieleczniczego w odniesieniu do sprawców, którzy zostali już prawomocnie skazani, byłoby złamaniem fundamentalnych zasad prawa karnego, prawa konstytucyjnego i praw człowieka, z zakazem retroakcji i podwójnym karaniem na czele. Dlatego postanowiono pójść inną drogą. W efekcie przyjęto ustawę z dnia 22 grudnia 2010 r. o terapii i umieszczaniu w odpowiednim zakładzie sprawców czynów z użyciem przemocy o zakłóconych czynnościach psychicznych, która weszła w życie 1 stycznia 2011 r. (*Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter – Therapieunterbringungsgesetz*). Środkiem zabezpieczającym stosowanym po odbyciu kary przewidzianym dla przestępców już ukaranych nadano w Niemczech kształt środków terapeutycznych. W sprawach ich stosowania mają orzekać sądy cywilne, stosując procedurę cywilną. Przesłanki orzekania zostały ułożone w sposób, który ma zrywać związki pomiędzy ich stosowaniem a czynem, za który sprawca przebywał w zakładzie karnym³⁹.

Kolejną zmianą legislacyjną będącą efektem judykatu FTK z 2011 r. była duża nowelizacja niemieckiego kodeksu karnego pod znamienym tytułem *Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung* – z dnia 5 grudnia 2012 r., która weszła w życie dnia 1 stycznia 2013 r. Omówiony wyżej nakaz zachowania jednoznacznego rozróżnienia środ-

³⁸ Por. E. Weigend, J. Długosz, *Nowa postać postpenalnego środka zabezpieczającego...*, s. 675–680.

³⁹ Por. K. Drenkhahn, *Secure preventive detention in Germany: Incapacitation or treatment intervention*, „Behavioral Sciences & the Law” 2013, Vol. 31, s. 320 i nn.

ków zabezpieczających (kar) i detencji terapeutycznej (*Abstandsgebot*) został podniesiony do rangi ustawowej. Każdy niemiecki land miał wprowadzić swoje ustawy „odróżniające” detencje terapeutyczne od kar i detencji postpenalnych. Przykładowo w Dolnej Saksonii ustawę taką przyjęto dnia 12 grudnia 2012 r. pod tytułem *Gesetz zur Neuregelung des Vollzuges der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung in Niedersachsen*, która weszła w życie dnia 1 czerwca następnego roku.

W efekcie wprowadzonych zmian w kolejnych sprawach przed ETPC Niemcy wygrywały. Pierwszą głośną sprawą, gdzie rozpatrywano zgodność *Therapieunterbringungsgesetz* z EKPC, była sprawa *Bergmann v. Niemcy* z 2016 r. (23279/14), która odbiła się szerokim echem⁴⁰.

Bergmann był recydywistą wielokrotnie karany za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej skierowanej przeciwko nieletnim. W latach 1966–1984 karano go za to pięciokrotnie. W 1986 r. został skazany na karę 15 lat pozbawienia wolności połączone z detencją postpenalną (art. 66 § 2 StGB) za dwukrotne usiłowanie zabójstwa, usiłowanie zgwałcenia oraz dwa przestępstwa groźnej napaści. Dorosłe tym razem ofiary dźgał nożem, żądając gratyfikacji seksualnej. Wśród ofiar znalazło się również czteroletnie dziecko, które molestował podczas włamania. Sąd uwzględnił, jako okoliczność łagodzącą, fakt zaburzenia osobowości oraz objawy zaburzeń psychoorganicznych spowodowanych nadużywaniem alkoholu. Nie orzeczono umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym z uwagi na opinię ekspertów, że zaburzenie osobowości nie może być wyleczone, gdyż jego agresywne zachowanie seksualne jest utrwalone, czyny powtarzały się przez kolejne dekady, a psychoterapia nie przyniesie rezultatów z powodu ograniczonej inteligencji skazanego. W efekcie Bergmann odbył karę 12 czerwca 2001 r., po czym został skierowany do odbycia *Sicherungsverwahrung*. Ta ostatnia sankcja również była wykonywana w całości i zakończyła się 11 czerwca 2011 r. Następnie Sąd Krajowy (Landgericht) w Lüneburgu regularnie przedłużał detencyjny pobyt skazanego. Najpierw do 5 października 2012 r., a potem dalej.

Bergmann brał udział w terapii psychologicznej w latach 2005–2010, gdy jeszcze miał widoki na odzyskanie wolności. Potem udziału w zajęciach zaprzestał. Odmówił również udziału w terapii alkoholowej i innych. Do dnia 20 lutego 2012 r. był przetrzymywany w więzieniu w Celle w ramach „starej” detencji postpenalnej, po tej dacie zaś został przeniesiony do skrzydła tego zakładu zmienionego według nowych zaleceń. W nowym skrzydle oferowano zwiększone możliwości terapeutyczne. Bergmann uczęszczał tam na kurs umiejętności społecznych. Odmówił jednak udziału w innych terapiach, w tym alkoholowej. Odmówił również zażywania środków farmakologicznych, które miały go wyleczyć z zaburzeń psychicznych, zwłaszcza ze skłonności sadystycznych, uzasadniając odmowę obawą o skutki uboczne, które mogą wywołać te medykamenty.

⁴⁰ Por. np. w Rosji: Д.Д. Харламов, *Проблемы применения превентивного заключения в уголовном праве Германии*, „Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)” 2017, № 7, s. 173 i nn.

Dnia 2 czerwca 2013 r. został przeniesiony do nowego budynku w więzieniu Rosdorf wybudowanego według nowych zaleceń, gdzie detencja ma się odbywać w duchu terapeutycznym. Trybunał poświęcił osobny akapit na opis warunków w tym ośrodku (punkt 38). Otóż każdy z osadzonych ma do dyspozycji pomieszczenie o powierzchni 23 metrów kwadratowych, na które składają się dwa umeblowane pokoje i łazienka. Poza nielicznymi wyjątkami osadzonych szczególnie niebezpiecznych pozostali mogą się poruszać po budynku i poza nim od 6.00 do 21.45. Do dyspozycji mają telefony, sprzęt RTV, swobodny dostęp do Internetu. Mogą korzystać z kuchni ośrodka albo sami gotować, wykorzystując zakupione przez siebie produkty. Teren ośrodka na zewnątrz liczy 1600 metrów kwadratowych i może być wykorzystywany do celów sportowych, rekreacyjnych lub ogrodnictwa. Osadzeni mogą korzystać z własnych ubrań. Można ich regularnie odwiedzać. Ośrodek jest przeznaczony dla maksymalnie 46 osób. Aby realizować złożone cele terapeutycznych, zatrudnia liczny personel. Składa się nań 1 psychiatra, 5 psychologów, 5 pracowników społecznych oraz 25 członków służby więziennej. Trybunał wskazał, że skład osobowy i organizacja kształtują się podobnie jak w pobliskim szpitalu psychiatrycznym w Moringen.

Dla każdego z osadzonych w Rosdorf jest opracowywany osobny plan terapeutyczny (*Vollzugsplan*). Co interesujące, Bergmann, który początkowo do sierpnia 2014 r. uczęszczał na grupową terapię alkoholową, zaprzestał udziału. Zaprzestał również zajęć z motywacji, wskazując, że prowadzący je psycholog nie ma doświadczenia. Zaprzestał udziału w zajęciach z zachowań na wolności, gdy stwierdził, że osadzeni nie dostają ekstra przepustek. Odmówił udziału w terapii, gdyż jego *Vollzugsplan* nie spełniał jego oczekiwań. Wolny czas spędzał, oglądając TV. Ośrodek regularnie ponawia oferty terapeutyczne wobec osadzonego.

Podsumujmy. Bergmann, urodzony w 1943 r., miał w chwili orzekania przez Trybunał Strasburski 73 lata. Pozbawiony wolności od roku 1985 przebywał w ośrodkach o różnej formie izolacji (więzienie, detencja postpenalna, detencja „terapeutyczna”) przeszło 30 lat. Eksperti stwierdzali co najmniej kilkakrotnie, że jego wyleczenie nie jest możliwe. Przeszkodą jest niski poziom inteligencji osadzonego oraz odmowa udziału w terapii. Tym niemniej Bergmann w czasie osadzenia uczestniczył okresowo w różnych zajęciach mających służyć poprawie jego kondycji. Bergmann orzeczoną karę odbył w całości. Zdaniem sądów jest jednak nadal niebezpieczny, trywializuje swe czyny.

Trybunał Strasburski uznał, że prawo niemieckie przeszło test „dostatecznej różnicy”. Stosowana w Rosdorf detencja „terapeutyczna” różni się dostatecznie od kary pozbawienia wolności i nie narusza art. 5 Konwencji. Co więcej, Trybunał uznał, że nie doszło do naruszenia art. 7, w zakresie określoności i zakazu retroakcji, mimo że standard „dostatecznej różnicy” (*Abstandsgebot*) był spełniony w pełni dopiero po około roku „starej” detencji. Mimo tego, że jedynie ścisła interpretacja katalogu okoliczności uzasadniających pozbawienie wolności na

gruncie art. 5 Konwencji zdaniem Trybunału jest właściwa⁴¹, to jednak poszczególne przesłanki wykładane są szeroko. Przykładem „choroba psychiczna” z lit. e jako przesłanka izolacji jest szeroko wykładana. W rozumieniu Trybunału „unsound mind” nie może się ograniczać do np. psychoz czy neuroz. Od dawna wskazuje się, iż stały postęp medycyny i zmieniające się kryteria ocen powodują brak możliwości jednoznacznego zdefiniowania tego pojęcia. Wskazano jednak, że osobą psychicznie chorą w rozumieniu komentowanego przepisu jest także osoba niedotknięta żadnym schorzeniem, a jedynie zachowująca się w sposób odbiegający od powszechnie przyjętych wzorców (*Winterwerp v. the Netherlands*)⁴². Co prawda w innych sprawach⁴³ Trybunał był ostrożniejszy, uznając, że za chorego psychicznie nie można uznać osoby, która zachowuje się w sposób odbiegający od przyjętych w społeczeństwie norm. Jednak w sprawie *Bergmann* przywołał interpretację szeroką i stwierdził, że do detencji z powodu „unsound mind” wystarczy łączne spełnienie trzech przesłanek: 1) zaburzenie psychiczne musi być potwierdzone przez biegłego na podstawie obiektywnej wiedzy, 2) zaburzenie musi być tego rodzaju lub stopnia, że uzasadnia przymusową izolację, 3) czas trwania jest uzależniony od czasu trwania zaburzenia⁴⁴.

Ostatecznie nie stwierdzono naruszenia Konwencji. Podobne orzeczenia zapadały w kolejnych sprawach (np. *W.P. v Niemcy*, 55594/13). Najprawdopodobniej podobne rozstrzygnięcie zostanie przyjęte w sprawie *Ilseher v. Niemcy* (10211/12 i 27505/14), choć w tym wypadku narasta sprzeciw⁴⁵.

W 2013 r. Sejm RP przyjął niemal jednogłośnie ustawę o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej. Mocą tej ustawy można stosować np. bezterminową terapię wobec pewnych kategorii sprawców już ukaranych i przebywających w zakładzie karnym. Ustawa w trakcie prac parlamentarnych wywoływała liczne i poważne kontrowersje⁴⁶. Przyczyny wprowadzenia ustawy były inne niż w Niemczech. W Polsce rosły obawy wobec tego, że zakłady karne mieli opuszczać beneficjenci

⁴¹ Jak stwierdzono: „Only a narrow interpretation of the exhaustive list of permissible grounds for deprivation of liberty is consistent with the aim of Article 5, namely to ensure that no one is arbitrarily deprived of his Liberty”. Z powołaniem na sprawy z dnia 24 października 1979 r., Series A, No. 33, *Winterwerp v. the Netherlands*, § 37; oraz z dnia 21 czerwca 2011 r., 30194/09, *Shimovolos v. Russia*, § 51.

⁴² Por. P. Hofmański, Komentarz do art. 5 [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 184–185.

⁴³ Np. z dnia 28 października 2003 r., 58973/00, *Rakevich v. Russia*, § 26.

⁴⁴ Punkt 96.

⁴⁵ Por. *amicus curiae* E. Rebsomen, M. Recotillet, C. Teuma (Aix-Marseille University), *Preventive detention as a “penalty” in the case of Ilseher v. Germany*, „Strasbourg Observers”, 10.11.2017, strasbourgobservers.com [dostęp: 11.01.2018].

⁴⁶ Przegląd literatury w: L.K. Paprzycki, *Orzekanie o przymusowym umieszczeniu w zakładzie zamkniętym osób stwarzających niebezpieczeństwo dla porządku prawnego – w postępowaniu karnym czy cywilnym?* [w:] *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tyłmanowi z okazji Jego 90. urodzin*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2014, s. 281 i nn.

fatalnej ustawy o amnestii z dnia 7 grudnia 1989 r., na mocy której osobom skazanym na karę śmierci ustawodawca zamienił karę główną na karę 25 lat pozbawienia wolności (art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 grudnia 1989 r. o amnestii, Dz. U. Nr 64, poz. 390). Jednak wzorzec niemiecki jest wyraźnie widoczny.

Ustawa dotyczy wszystkich zaburzonych psychicznie sprawców najgroźniejszych przestępstw, w stosunku do których brak było podstaw orzeczenia środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym, gdyż w czasie popełnienia przestępstwa byli całkowicie lub częściowo poczytalni⁴⁷.

Wydawałoby się, iż w sprawach o orzeczeniu środka zabezpieczającego orzeka sąd cywilny zamiast karnego, że stosowany środek tego nie nazywa karą, nie zmienia jego istoty. Poddawanie sprawcy wątpliwej w swej skuteczności terapii wnosi niewiele nowego. Nadal istotą i celem środka pozostaje izolacja sprawcy. To nadal jest prawo represyjne. Nieostre są kryteria, którymi mają się kierować organy państwa, np. w ocenie, czy u sprawcy występują zaburzenia psychiczne. Problem nie jest oczywisty również na gruncie orzecznictwa ETPC, o czym świadczy choćby znana sprawa *Winterwerp v. the Netherlands* z dnia 24 października 1979 r. (Series A No. 33). W orzecznictwie ETPC uznaje się, że pojęcie „kara” ma na gruncie EKPCz autonomiczny charakter i musi być interpretowane szeroko⁴⁸.

Przez pewien czas wydawało się, że polskie środki z ustawy z 2013 r. zostaną przez ETPC uznane za kary ze wszystkimi konsekwencjami w zakresie ich stosowania. Wobec kolejnych orzeczeń Strasburga wobec ustawy niemieckiej ta perspektywa jawi się jako coraz mniej realna. W swych kolejnych orzeczeniach ETPC potwierdza, że zabiegi, jakie poczynił ustawodawca niemiecki dla upozorowania niekarnego charakteru detencji przewidzianej w *Therapieunterbringungsgesetz*, są wystarczające.

Według polskiego ustawodawcy zastosowanie przewidzianych w ustawie środków w postaci umieszczenia w zamkniętym ośrodku (Krajowy Ośrodek Zapobiegania Zachowaniom Dys socjalnym) albo nadzoru mają uzasadniać wysokie lub bardzo wysokie prawdopodobieństwo popełnienia poważnego przestępstwa. Odpowiedzi na pytanie, czy dane prawdopodobieństwo jest wysokie, bardzo wysokie, niskie itd. mają udzielić w toku postępowania biegli na podstawie swej wiedzy, gdyż ustawodawca nie umieścił w projekcie ustawy systemu pozwalającego na ustalenie poziomu prawdopodobieństwa. Samo ustalenie granic pomiędzy poszczególnymi poziomami prawdopodobieństwa może się okazać bardzo trudne nawet dla osób mających wiedzę specjalistyczną, gdyż sąd w toku postępowania będzie oczekiwać konkretnej odpowiedzi pozwalającej na podjęcie odpowiednich kroków ustawą niniejszą przewidzianych.

⁴⁷ Por. uzasadnienie ustawy, druk sejmowy nr 1577, s. 1 i nn.

⁴⁸ Por. Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights, www.echr.coe.int, s. 7 i nn. [dostęp: 11.01.2018].

Opinie psychiatrów do projektu były krytyczne. Profesor Janusz Heitzman⁴⁹ pisał: „Opiniowany projekt ustawy [...] nie odpowiada w swojej istocie aktualnemu poziomowi wiedzy z zakresu psychiatrii; stara się ingerować w kwestie diagnozowania chorób i zaburzeń psychicznych nie z punktu widzenia wiedzy medycznej, lecz niedoskonałości obowiązującego systemu prawnego. Tym samym projekt proponuje rozwiązania terapeutyczne stojące w sprzeczności ze standardami w zakresie możliwości leczenia zaburzeń psychicznych, a szczególnie zaburzonej osobowości – psychopatii, jaką ujawniają wszyscy sprawcy poważnych przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu i o szczególnej szkodliwości społecznej”⁵⁰. Analogiczne zarzuty względem analizowanej ustawy sformułował Józef Krzysztof Gierowski⁵¹. Według tego autora aktualny stan wiedzy specjalistycznej nie pozwala na dokładne odseparowanie (wyznaczenie wyraźniej linii demarkacyjnej) pomiędzy wysokim prawdopodobieństwem a bardzo wysokim prawdopodobieństwem popełnienia określonej w ustawie zbrodni. Błażej Kmiecik⁵² podał w wątpliwość sposób wprowadzenia ustawy do systemu prawa polskiego.

Mnożące się wątpliwości zaowocowały skargami konstytucyjnymi Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Rzecznika Praw Obywatelskich, wątpliwości konstytucyjne zgłosiły dwa sądy: Sąd Okręgowy w Lublinie oraz Sąd Apelacyjny we Wrocławiu. Łącznie wnioskodawcy oraz sądy pytające zakwestionowały razem (w całości bądź częściowo) 12 z 58 przepisów ustawy jako wzorce kontroli, przywołując przy tym niekiedy kilka przepisów Konstytucji RP.

Trybunał Konstytucyjny wydał wyrok dnia 23 listopada 2016 r. Zarzuty skarżących sprowadził do pięciu podstawowych zagadnień: 1) retroaktywności u.p.w.o.z.p., w tym penalnego/niepenalnego charakteru środków stosowanych wobec osób zaburzonych na podstawie u.p.w.o.z.p., tj. izolacji w ośrodku i nadzoru prewencyjnego, jak również problemu epizodyczności u.p.w.o.z.p.; 2) zgodności przepisów u.p.w.o.z.p. z zasadą proporcjonalności ograniczeń praw i wolności, w tym proporcjonalności definicji osoby stwarzającej zagrożenie (zakresu podmiotowego zastosowania u.p.w.o.z.p.) oraz proporcjonalności środków stosowanych na podstawie u.p.w.o.z.p. wobec osób stwarzających zagrożenie o: – charakterze izolacyjnym (umieszczenie w ośrodku) – charakterze nieizolacyjnym (nadzór prewencyjny); 3) właściwości sądów cywilnych do stosowania u.p.w.o.z.p. i zgodności procedury orzekania o zastosowaniu nadzoru prewencyjnego albo umieszczenia w ośrodku z konstytucyjnym prawem do sądu; 4) problemu operatywności i konstytucyjności ustawowych kryteriów decyzji

⁴⁹ Por. J. Heitzman *Ekspertyza projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób*, BAS, październik 2013, s. 7 i nn.

⁵⁰ Tamże. s. 16

⁵¹ J.K. Gierowski, *Uwagi psychologa sądowego o możliwościach opiniowania o stopniu zagrożenia u osób objętych ustawą z 22 listopada 2013 r.*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2014, nr 82, s. 40 i nn.

⁵² B. Kmiecik, *Prawnopsychiatryczny kontekst wprowadzenia przepisów zezwalających na detencję niepsychotycznych sprawców*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 6.

o zastosowaniu środków przewidywanych ustawą (pojęcie wysokiego oraz bardzo wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa); 5) szczególnych problemów związanych ze stosowaniem u.p.w.o.z.p., w tym przede wszystkim podstaw orzekania przez sąd o wypisaniu umieszczonego z ośrodka.

Mimo rozbudowanych wywodów oś narracyjna była prosta. Trybunał Konstytucyjny zastosował argumentację w duchu wskazanych wyżej *Abstandsgebotes*. Zdaniem polskiego Trybunału Konstytucyjnego ustawa przeszła test „dostatecznej różnicy”. Detencja terapeutyczna w prawie krajowym nie jest karą, dostatecznie się od kar różni, procedura orzekania umieszczenie nie jest procedurą karną itd. Jednocześnie Trybunał stwierdził, że – „z tych samych względów – cechy prawnokarnej pozbawiony jest, przewidywany ustawą, nadzór prewencyjny. Oba środki mają charakter prewencyjno-terapeutyczny, a nie «represyjny», czyli karny”.

Najbardziej osobliwie wypadło stwierdzenie konstytucyjności art. 14 ust. 2 i 3 u.p.w.o.z.p. w zakresie użytych w tych przepisach określeń, odpowiednio, „wysokie prawdopodobieństwo” oraz „bardzo wysokie prawdopodobieństwo”. Skarżący wskazywali, że zwroty te są niezgodne z zasadą określoności przepisów prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji. Niezgodność ta powoduje jednoczesną niezgodność zaskarżonych przepisów z art. 41 ust. 1 Konstytucji. Trybunał obszedł problem, prowadząc rozległe rozważania porównawcze, przywołując dosyć swobodnie dobrane, nieadekwatne, nieostre sformułowania innych ustaw. Po czym stwierdził, że „Trybunał stwierdza, że wspólną przesłanką dla wszystkich omawianych instytucji jest niebezpieczeństwo (zagrożenie/ryzyko), jakie dla społeczeństwa stanowi osoba izolowana, jest określane przy użyciu zwrotów niedookreślonych, takich jak: obawa popełnienia przestępstwa (Austria, Niemcy), bardzo wysokie prawdopodobieństwo (Francja), wysokie prawdopodobieństwo popełnienia zbrodni (Szwajcaria) czy też bezpośrednie ryzyko powrotu do przestępstwa (Norwegia). Oznacza to, że użycie przez polskiego ustawodawcę zwrotów niedookreślonych «wysokie prawdopodobieństwo» oraz «bardzo wysokie prawdopodobieństwo» nie jest jakimś ekscysem legislacyjnym na tle unormowań obowiązujących w innych państwach Europy Zachodniej”. To prawda, tyle że w żadnej z tych ustaw zwroty te nie występują obok siebie w taki sposób jak w u.p.w.o.z.p.

Ostatecznie jedynie jeden zarzut znalazł uznanie w oczach TK, a mianowicie: art. 46 ust. 1 u.p.w.o.z.p. w zakresie, w jakim przewiduje sporządzanie opinii w sprawie niezbędności dalszego pobytu w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym tylko jednego lekarza psychiatrę, jest niezgodny z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Praktyka stosowania prawa w Polsce potwierdziła obawy podnoszone w trakcie prac nad ustawą. Zamiast planowanych 10 osób szczególnie niebezpiecznych

w ośrodku przebywa już 38 osób⁵³. Terapia powinna skutkować opuszczeniem zakładu. Tymczasem sądy nie przychyliły się jeszcze do żadnego wniosku dyrektora o zwolnienie i zastosowanie nadzoru ochronnego. Do ośrodka są kierowane osoby chore psychicznie, które powinny trafić do szpitala psychiatrycznego, a nie ośrodka. Trzy czwarte „pacjentów” nie jest zainteresowanych terapią. Jak stwierdza dyrektor ośrodka Ryszard Wardeński: „Sale, które początkowo miały być jednoosobowe, m.in. po to, by w razie konieczności stawały się izolatką, gdy mamy 38 pacjentów, zajmują je dwie, trzy, a nawet osiem osób. Jedynym, w cudzysłowie, luksusem jest prysznic w każdej z tych sal – co wynika z konieczności zapewnienia bezpieczeństwa”⁵⁴.

Podsumowując:

1. Historia zatoczyła koło. Po stu latach wraca idea sprawcy „niepoprawnego” „niebezpiecznego”.

2. Historia powtarza się jako farsa. Najwyższe instancje sądowe, trybunały konstytucyjne, godzą się na anihilację gwarancji płynących z prawa karnego, jeżeli przyjęte sankcje, detencje „terapeutyczne” dostatecznie różnią się od kar. Przyjmuje się, że bezterminowe detencje są zgodne z wymogami konstytucyjnymi, o ile przejdą „test dostatecznej różnicy” (*the constitutional test of “distance”*)

3. Prawo karne nie jest już falochronem zabezpieczającym przed wolą państwa, przed Lewiatanem. Prawo karne i jego gwarancje obchodzi się, wprowadzając regulacje represyjne poza nim lub na jego obrzeżach. Jak powiedział Franz von Liszt: „So paradox, es klingt: das Strafgesetzbuch ist die magna Charta des Verbrechers”⁵⁵. Słowa Liszta są zaskakująco aktualne, tyle że kodeks karny nie pełni już funkcji gwarancyjnej w zakresie detencji terapeutycznej, która formalnie została wyłączona z obszaru prawa karnego. Potrzeba ochrony wolności przed dyskrecjonalnością władzy jednak pozostała.

4. W kontekście powyższego zasada określoności przepisu prawa karnego dająca się zdekodować z art. 42 Konstytucji jest, wydaje się, zbyt wąsko ujęta i nie przystaje do wymogów współczesnego prawa i potrzeb w zakresie gwarancji obywatelskich. Prawa człowieka ustąpiły przed bezpieczeństwem. Na tle omówionych wyżej judykatów powstaje kilka pytań: Czy istotnie znaleźliśmy się w stanie wyjątkowym uzasadniającym zawieszenie praw człowieka w imię bezpieczeństwa? Czy użyta mistyfikacja przyjęta w ustawach detencyjnych uzasadniająca stosowanie środków zabezpieczających terapeutycznych jest dostatecznie

⁵³ Dane na 2017 rok.

⁵⁴ P. Rojek-Socha, Tajemnice ośrodka w Gostyninie, <http://wolnosc24.pl> [dostęp: 11.01.2018].

⁵⁵ Dosłownie: „Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege. Diese beiden Sätze sind das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt; sie schützen den einzelnen gegen die rücksichtslose Macht der Mehrheit, gegen den Leviathan. So paradox, es klingt: das Strafgesetzbuch ist die magna Charta des Verbrechers. Es verbietet ihm das Recht, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen und nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen gestraft zu werden”, F. von Liszt, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1893, Vol. 13, 325–70, s. 357.

dobra, służy słusznemu celowi? Doświadczenia polskie potwierdzają, że Krajowy Ośrodek Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym przekształca się stopniowo w przeludnione więzienie w starym stylu. Tak jak przed wojną środki postpenalne stosuje się wobec coraz większej liczby osób, wobec których nie powinny być stosowane. Historia się powtarza. Do tego dochodzą argumenty ekonomiczne. Detencja „terapeutyczna” jest droga, łamie standardy prawno-człowiecze⁵⁶, jest nieefektywna, skoro większość „pacjentów” nie poddaje się terapii, a ich zaburzenia nie są w pełni uleczalne w świetle aktualnego stanu wiedzy.

5. Wydaje się, że również środki zabezpieczające powinny podlegać ściślejszej kontroli w zakresie oceny określoności i realności przesłanek ich stosowania. To prawda, że środki zabezpieczające karami nie są jednak dolegliwymi środkami represji stosowanymi w prawie karnym, stąd powstaje problem, czy nie powinna *de lege ferenda* odnosić się do nich regulacja konstytucyjna w zakresie wyłączności ustawowej i ustawowej określoności, a jeśli tak – to jak ją ująć? Uważam, że dobrym przykładem regulacji zagadnienia jest Konstytucja Portugalii. W myśl art. 29 ust. 1 Konstytucji Portugalii „skazanie za przestępstwo jest dopuszczalne wyłącznie na podstawie uprzedniej ustawy, uznającej dane działanie lub zaniechanie za karalne, **nie można też wobec nikogo zastosować środka zabezpieczającego**, którego przesłanki nie zostały określone w uprzedniej ustawie”, ust. 3 wskazuje zaś, że „nie mogą być wymierzane kary lub **stosowane środki zabezpieczające**, które nie były uprzednio wyraźnie określone w ustawie”, natomiast w myśl ust. 4 „nie można wobec nikogo wymierzać kar **ani stosować środków zabezpieczających** surowszych niż przewidziane w czasie popełnienia danego czynu lub zaistnienia przesłanek środka zabezpieczającego, przy czym ustawa względniejsza dla oskarżonego jest stosowana z mocą wsteczną”⁵⁷.

6. Jak widać, póki co, ochrona bezpieczeństwa wygrała z wolnością. Ale jak powiedział Benjamin Franklin, ci, którzy poświęcają wolność dla bezpieczeństwa, nie zasługują ani na jedno, ani na drugie⁵⁸.

⁵⁶ Środki farmakologiczne i tzw. kastracja chemiczna budzą zastrzeżenia w kontekście art. 3 EKPC.

⁵⁷ Por. *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, teza 48 do art. 42.

⁵⁸ Dosłownie: „They that can give up essential liberty to obtain a little temporary safety, deserve neither liberty nor safety”, cyt. za: J.G. Murphy, *Retribution, Justice, and Therapy*, Dordrecht 1979, s. 159.