

Dr Ewa Weigend, Instytut Maxa Plancka Zagranicznego i Międzynarodowego Prawa Karnego we Fryburgu Bryzgowijskim;

Dr Joanna Długosz, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą

**Stosowanie środka zabezpieczającego określonego w art. 95a § 1a KK
w świetle standardów europejskich.**

**Rozważania na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 17.12.2009 r.
w sprawie *M. v. Niemcy***

I. Wprowadzenie

Populistyczne tendencje aktualnej polskiej polityki kryminalnej przejawiają się w ostatnich latach między innymi w podejmowaniu szeregu działań legislacyjnych dotyczących tzw. przestępczości seksualnej¹. Ogólnie rzecz ujmując celem wprowadzanych w tym zakresie zmian jest przede wszystkim znaczne zaostrenie stopnia represyjności norm penalizujących zachowania skierowane przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Odbywa się to z jednej strony poprzez wprowadzanie nowych typów czynów zabronionych tego rodzaju², z drugiej zaś albo na drodze znacznego podwyższania przewidzianych dotychczas zagrożeń ustawowych, bądź poprzez ustanawianie nowych sankcji za popełnienie takich przestępstw³.

Niniejsze opracowanie koncentrować się będzie na analizie i ocenie instrumentu prawnego będącego wynikiem takiej właśnie kontrowersyjnej aktywności legislacyjnej, a mianowicie wprowadzonego w 2005 roku⁴ do polskiego ustawodawstwa karnego środka zabezpieczającego polegającego na umieszczeniu sprawcy przestępstwa skierowanego przeciwko wolności seksualnej, które zostało popełnione w związku z zaburzeniami jego preferencji seksualnych, w zakładzie zamkniętym albo skierowaniu takiego sprawcy na leczenie ambulatoryjne (por. art. 95a § 1 KK). Analiza ta dokonana zostanie z perspektywy obowiązujących standardów europejskich, a zwłaszcza regulacji Europejskiej Konwencji o

¹ Por. następujące ustawy nowelizacyjne: z 27.7.2005 r. (Dz.U. 2005, Nr 163, poz. 1363); z 24.10.2008 r. (Dz.U. 2008, Nr 214, poz. 1344) i z 5.11.2009 r. (Dz.U. 2009, Nr 206, poz. 1589). Odnośnie oceny tych zmian zob. m.in. J. Warylewski, *Nowelizacje kodeksu karnego służące wzmocnieniu ochrony małoletnich przed wykorzystaniem seksualnym*. Referat wygłoszony 21 IX 2010 na Zjeździe Katedr Prawa Karnego w Toruniu (20-22.9.2010 r.), s. 1-4; E. Weigend, W. Wróbel, *Neue Tendenzen im polnischen Strafrecht*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Auslandsrundschau”, Tom 122 (2010), Zeszyt 1, s. 269 i n.

² Por. np. art. 200a, 200b, 202 § 4a, 202 § 4b KK.

³ Por. np. art. 39 nr 2a w zw. z art. 41 § 1a; art. 39 nr 2b w zw. z art. 41a; art. 95a k.k.

⁴ Ustawą z 27.7.2005 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego i ustawy - Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. 2005, Nr 163, poz. 1363.

Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁵, przy czym w szczególności dotyczyć będzie sytuacji, w której orzeczenie tego środka ma charakter obligatoryjny (por. art. 95a § 1a KK).

Na wstępie należy podkreślić, że wskazany środek zabezpieczający, jakkolwiek stanowi w polskim porządku prawnym instrument stosunkowo nowy, już od początku swego funkcjonowania budzi szereg zasadniczych kontrowersji⁶. Mimo zmian, wprowadzonych na mocy ustawy nowelizacyjnej z 2009 roku⁷, jest on nadal w doktrynie postrzegany w sposób jednoznacznie krytyczny⁸.

Orzeczenie o umieszczeniu sprawcy w zakładzie zamkniętym po odbyciu przez niego kary pozbawienia wolności może nastąpić *de lege lata* zarówno fakultatywnie, jak i obligatoryjnie – w zależności od typu czynu zabronionego, jakiego dopuścił się sprawca. Sąd musi jednak zastosować ten środek, jeżeli skazuje sprawcę na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo zgwałcenia wobec małoletniego poniżej lat 15 lub wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry (art. 197 § 3 pkt 2 lub pkt 3 KK), popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych.

⁵ Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 3 IX 1953, ratyfikowana przez Polskę 19 I 1993, opubl. w Dz.U. 1993, Nr 61, poz. 284 ze zm. (dalej jako: EKPCz).

⁶ Już w odniesieniu do pierwotnej wersji wysuwano z jednej strony zarzut jego sprzeczności z przepisem art. 93 KK, w zakresie, w jakim pierwotną przesłanką jego stosowania było zakłócenie czynności psychicznych o podłożu seksualnym, inne niż choroba psychiczna. Pojęcie to nie mieściło się bowiem w żadnej z kategorii wymienionych w obowiązującym wówczas brzmieniu art. 93 KK. Z drugiej strony zaś wskazywano na niespójność przepisu art. 95 a KK z art. 31 § 1 KK. Szerzej na ten temat zob. J. Długosz, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 32-116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, wydanie 2, Warszawa 2010, nb. 4 i n. (w druku); A. Kwieciński, *Umieszczenie w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego w świetle przepisów Kodeksu karnego z 1997 roku*, w: *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego. Tom XX*, red. L. Bogunia, Wrocław 2006, s. 291 i n. Należy jednak podkreślić, że oba te zarzuty straciły na aktualności wraz z wejściem w życie ustawy z 5.11.2009 r. nowelizującej Kodeks karny, na mocy której dotychczasowe sformułowanie „zakłócenie czynności psychicznych o podłożu seksualnym, inne niż choroba psychiczna” zastąpiono pojęciem „zaburzenie preferencji seksualnych”.

⁷ Por. ustawa z 5.11.2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2009, Nr 206, poz. 1589.

⁸ Por. J. Warylewski, jw., s. 4-6. Ponadto należy zauważyć, że ustawodawca nie przedstawia w sposób wyczerpujący powodów, dla których uważa wprowadzenie powyższego środka za celowe. W bardzo ogólnym uzasadnieniu powołuje się jedynie na bliżej nieokreśloną konieczność szczególnego postępowania ze sprawcami przestępstw przeciwko wolności seksualnej, popełnionych w związku z zaburzeniami ich preferencji seksualnych, a także na założenie, że obowiązujące rozwiązania prawne są w tym zakresie niewystarczające dla skutecznej realizacji podstawowych zasad postępowania karnego, którego celem jest m.in. skuteczne stosowanie środków przewidzianych w przepisach prawa karnego materialnego. Ustawodawca stoi przy tym na stanowisku, że skala tego rodzaju przestępczości jest w ostatnim czasie na tyle duża, że wymaga podjęcia zdecydowanych działań, mających na celu nie tylko zwalczanie przestępstw o takim charakterze, ale również zapobieganie ich dalszemu popełnianiu, w świetle poszanowania prawa i przy uwzględnieniu prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego.

	Pełna	treść	uzasadnienia	zob.
http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/594CC70AEF186754C12574F8003C8677/\$file/1276.pdf				

W literaturze krytycznie podnosi się, że taka konstrukcja środka zabezpieczającego, prowadząca *de facto* do przedłużenia izolacji osoby w pełni poczytalnej⁹ już po odbyciu przez nią kary pozbawienia wolności, jest w swej istocie środkiem postpenalnym, a więc systemowo całkowicie odmiennym od leczniczo-izolacyjnych środków zabezpieczających, funkcjonujących dotychczas na gruncie obowiązującego polskiego prawa karnego i stanowi tym samym powrót do zarzuconego już dwutorowego modelu reakcji karnej¹⁰.

Szczególnie problematyczna wydaje się obligatoryjność orzekania tego środka zabezpieczającego w świetle standardów europejskich, zwłaszcza wynikających z EKPCz. Pokazuje to najnowsze orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako: ETPCz lub Europejski Trybunał), który w ostatnim czasie rozstrzygał w przedmiocie stosowania niemieckich postpenalnych środków o charakterze izolacyjnym¹¹. Jednakże przy utrzymaniu tej linii orzecznictwa Europejskiego Trybunału, uzasadnionym wydaje się pytanie czy mogłoby dojść do analogicznej sytuacji na gruncie prawa polskiego i jakie byłyby tego konsekwencje.

II. Uwagi ogólne dotyczące konstrukcji środków zabezpieczających w polskim i w niemieckim porządku prawnym

W niemieckim Kodeksie karnym¹² uregulowane są dwa rodzaje środków zabezpieczających¹³. Pierwszym z nich są środki stacjonarne, związane z pozbawieniem

⁹ Z brzmienia art. 95a KK wynika wprawdzie jednoznacznie, że warunkiem orzeczenia tego środka jest zaistnienie związku przyczynowego między zaburzeniami preferencji seksualnych sprawcy, a popełnieniem przez niego przestępstwa skierowanego przeciwko wolności seksualnej. Należy jednak przyjąć, że zaburzenia te nie mogą prowadzić do całkowitego wyłączenia poczytalności sprawcy, gdyż stan taki uniemożliwiłby pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej i w konsekwencji zamykałby drogę do orzeczenia wobec niego kary lub środków karnych, a jedynie umożliwił – przy spełnieniu określonych przesłanek – zastosowanie środka z art. 94 KK. Natomiast, jeżeli sprawca popełniłby przestępstwo przeciwko wolności seksualnej w stanie znacznego ograniczenia poczytalności, to dopuszczalne będzie zastosowanie wobec niego środka zabezpieczającego z art. 95 § 1 KK.

¹⁰ Por. E. Weigend, W. Wróbel, jw., s. 271.

¹¹ Mowa tu o środku, określanym w prawie niemieckim jako *Sicherungsverwahrung* (§ 66 StGB – zob. także przypis 14). Jest to środek służący izolacji w zakładzie zamkniętym sprawcy w pełni poczytalnego (głównie recydywisty), już po odbyciu przez niego kary pozbawienia wolności. Powodem dla jego dalszej izolacji jest przekonanie, że stwarza on niebezpieczeństwo dla społeczeństwa, gdyż ponownie będzie naruszał porządek prawny. Celem stosowania tego środka jest więc jedynie ochrona społeczeństwa przed nadal niebezpiecznym sprawcą i zapewnienie przez to bezpieczeństwa publicznego.

¹² Por. niemiecki Kodeks karny (*Strafgesetzbuch*) w brzmieniu ustawy z 13.11.1998 r., BGBl. I, s. 3322 (dalej jako: StGB).

¹³ Wskazać jednak należy na zasadnicze różnice terminologiczne. Ustawodawca niemiecki nie posługuje się bowiem pojęciem środków zabezpieczających, lecz stosuje określenie „*Środki poprawy i zabezpieczenia*” (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*). Jednakże na potrzeby niniejszego opracowania w odniesieniu zarówno do środków uregulowanych w polskim KK, jak i do środków określonych w niemieckim StGB, używane będzie pojęcie pochodzące z polskiego systemu prawnego, tj. środki zabezpieczające. Szczegółowo nt.

sprawcy wolności (*stationäre, freiheitsentziehende Maßregeln*), do których zalicza się: umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym (§ 63 StGB), umieszczenie w zakładzie leczenia odwykowego (§ 64 StGB) oraz wspomniana już postpenalna izolacja niebezpiecznego sprawcy (*Sicherungsverwahrung*) w celu zapewnienia bezpieczeństwa publicznego (§ 66 StGB). Drugi rodzaj stanowią natomiast środki ambulatoryjne (*ambulante Maßregeln*), tj.: dozór ochronny (§ 68-68g StGB), odebranie prawa jazdy (§ 69-69b StGB) oraz zakaz wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej (§ 70-70b StGB).

Już z pobieżnej analizy funkcjonujących w obu systemach prawnych środków zabezpieczających wynika, że w niemieckim prawie karnym brak jest wprawdzie *bis dato* odpowiednika środka unormowanego w art. 95a KK, jednakże w stosunku do sprawców przestępstw o charakterze seksualnym zastosowanie znaleźć może wspomniany wyżej postpenalny środek w postaci izolacji niebezpiecznego sprawcy w zakładzie zamkniętym już po odbyciu przez niego kary pozbawienia wolności¹⁴.

Charakteryzując ogólnie ten środek należy zwrócić uwagę na trzy punkty: Po pierwsze, zakres podmiotowy jego stosowania jest szeroki, w szczególności nie jest

podobieństw i różnic między polskim i niemieckim systemem środków zabezpieczających zob. J. Długosz, A. Chlebowska, *Zasady stosowania środków zabezpieczających o charakterze leczniczo-izolacyjnym w Polsce i Niemczech*, „Palestra” 2010, nr 9-10, s. 210 i n.

¹⁴ § 66 StGB: *Sicherungsverwahrung* (Izolacja niebezpiecznego sprawcy w celu zapewnienia bezpieczeństwa publicznego)

„(1) Skazując sprawcę za przestępstwo umyślne na karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej dwóch lat, sąd orzeka obok kary izolację w celu zapewnienia bezpieczeństwa społeczeństwu, jeżeli:

1. sprawca przed popełnieniem nowego czynu był już dwukrotnie skazany za przestępstwa umyślne każdorazowo na karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej jednego roku,
2. odbył on karę pozbawienia wolności w wymiarze, co najmniej dwóch lat, wymierzoną za jeden lub więcej z takich czynów, popełnionych przed dokonaniem nowego czynu lub stosowano wobec niego środek zabezpieczający polegający na pozbawieniu wolności i
3. kompleksowa ocena sprawcy i jego czynów wskazuje, że na skutek jego skłonności do popełniania ciężkich przestępstw, tzn. takich, które powodują ciężki uszczerbek psychiczny lub fizyczny ofiary, bądź też poważną szkodę majątkową, stwarza on niebezpieczeństwo dla społeczeństwa.

(2) Jeżeli sprawca popełnił trzy przestępstwa umyślne i odbył za każde z nich karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej jednego roku oraz zostanie następnie skazany za jeden lub więcej takich czynów na karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej trzech lat, sąd może obok kary orzec izolację w celu zapewnienia bezpieczeństwa publicznego także bez wcześniejszego skazania lub pozbawienia wolności (ust. 1 pkt 1 i 2), jeżeli spełnione są przesłanki wskazane w ust. 1 pkt 3.

(3) Jeżeli sprawca został skazany za popełnienie zbrodni lub przestępstwa z §§ 174-174c, 176, 179 ust. 1-4, §§ 180, 182, 224, 225 ust. 1 lub 2 albo z § 323a – jeżeli ten ostatni popełniony w stanie odurzenia stanowi zbrodnię lub jeden z wymienionych czynów bezprawnych – na karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej dwóch lat, sąd może obok kary orzec izolację w celu zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, jeżeli sprawca był już przed popełnieniem nowego czynu skazany za jeden lub kilka powołanych czynów na karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej trzech lat i spełnione są przesłanki wymienione w ust. 1 pkt 2 i 3.

Jeżeli sprawca popełnił dwa ze wymienionych w zdaniu 1 typów przestępstw i za każde z nich odbył karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej dwóch lat oraz zostanie skazany za jeden lub kilka takich czynów na karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej trzech lat, sąd może obok kary orzec izolację w celu zapewnienia bezpieczeństwa publicznego także bez wcześniejszego skazania lub pozbawienia wolności (ust. 1 pkt 1 i 2), jeżeli spełnione są przesłanki wskazane w ust. 1 pkt 3. Ust. 1 i 2 stosuje się”. (tłum. Autorki)

ograniczony jedynie do sprawców przestępstw skierowanych przeciwko wolności seksualnej; po drugie, możliwość jego stosowania odnosi się zasadniczo jedynie do recydywistów, oraz po trzecie – co w świetle powyższego wydaje się oczywiste – można go orzec wyłącznie wobec sprawców poczytalnych, w pełni zdolnych do ponoszenia odpowiedzialności karnej. Warto przy tym zauważyć, że odmienność tego środka w porównaniu do innych znanych niemieckiemu prawu karnemu izolacyjnych środków zabezpieczających¹⁵, polega na tym, że nie ma on charakteru leczniczego, lecz jest wyłącznie środkiem eliminacyjnym.

Odmienne przedstawiają się natomiast cele i przesłanki stosowania środka zabezpieczającego określonego w art. 95a § 1a KK. Jego celem jest mianowicie zapobieżenie ponownemu popełnieniu przez sprawcę przestępstwa przeciwko wolności seksualnej. Cel ten ma zostać osiągnięty w szczególności poprzez obniżenie popędu seksualnego sprawcy¹⁶ na drodze działań leczniczych, tj. terapii farmakologicznej lub psychoterapii¹⁷.

Z powyższego porównania art. 95a KK z § 66 StGB wynika, iż oba określone w nich środki postpenalne różnią się istotnie charakterem, tzn. środek przewidziany w polskiej regulacji ma przede wszystkim charakter leczniczy, podczas gdy niemiecki *Sicherungsverwahrung* jest wyłącznie środkiem izolującym sprawcę, stwarzającego także po odbyciu kary niebezpieczeństwo dla społeczeństwa. Mimo tej istotnej różnicy, w obu

¹⁵ Należy przy tym podkreślić, że w niemieckim prawie karnym wszystkie pozostałe środki zabezpieczające mają charakter leczniczo-izolacyjny, a więc ich celem jest przede wszystkim poprawa sprawcy, a dopiero w dalszej kolejności jego izolacja w celu ochrony społeczeństwa. Wskazuje na to wyraźnie dokonana w 1969 roku na mocy Drugiej Reformy prawa karnego modyfikacja, polegająca na zmianie tytułu rozdziału poświęconego środkom zabezpieczającym ze „Środków zabezpieczenia i poprawy” (*Maßregeln der Sicherung und Besserung*) na „Środki poprawy i zabezpieczenia” (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*), dająca wyraz temu, iż pierwszoplanowym celem stosowania tych środków jest przeprowadzenie skutecznej terapii, która ma umożliwić sprawcy powrót do normalnego funkcjonowania w społeczeństwie. Por. także J. Długosz, A. Chlebowska, jw., *passim*.

¹⁶ Należy jednak wskazać, że obligatoryjne objęcie sprawcy przestępstwa, określonego w art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 KK przymusowym postępowaniem terapeutycznym musi przebiegać przy uwzględnieniu przesłanek ogólnych, wynikających z art. 93 KK. Oznacza to naszym zdaniem, że stosowanie omawianego środka musi być niezbędne dla zapobieżenia ponownemu popełnieniu przez danego sprawcę przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, związanego z zaburzeniami jego preferencji seksualnych (klauzula konieczności). Przed wydaniem orzeczenia sąd ma ponadto obowiązek wysłuchania opinii co najmniej dwóch biegłych lekarzy psychiatrów, biegłego psychologa oraz biegłego lekarza seksuologa. Wydaje się zatem, że wymóg spełnienia obu tych przesłanek z art. 93 KK należy uznać za swoisty „wentyl bezpieczeństwa”, który ma nie dopuścić do orzeczenia omawianego środka w sytuacji, gdy osiągnięcie celu, jakim jest zapobieżenie ponownemu popełnieniu przez sprawcę przestępstwa tego rodzaju, możliwe jest w inny, mniej dolegliwy dla sprawcy sposób, związany z mniejszą ingerencją w jego prawa i wolności, niż stosowanie przymusowej terapii farmakologicznej lub psychoterapii; zob. szerzej J. Długosz, jw., nb. 18 (w druku); odmiennie A. Sakowicz, *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji*, w: *Zmiany w kodyfikacjach karnych. Druki sejmowe: 1394, 1289, 1276, 753, 640*, Biuro Analiz Sejmowych 2009, nr 2, s. 44 i n.

¹⁷ Należy wskazać, że terapia farmakologiczna osób z zaburzeniami preferencji seksualnych polegać będzie na podawaniu środków farmakologicznych obniżających popęd seksualny, przede wszystkim na skutek obniżenia poziomu testosteronu w organizmie. Natomiast stosowanie wobec takich osób psychoterapii oznacza objęcie ich oddziaływaniem leczniczym przy użyciu metod, określanych jako psychologiczne lub środowiskowe, a zatem nie polegających na stosowaniu środków farmakologicznych.

systemach prawnych pojawia się analogiczny problem związany z ustaleniem maksymalnego okresu, na jaki każdy ze wskazanych środków może zostać orzeczony. Wydaje się bowiem, iż bezterminowe umieszczenie sprawcy przestępstwa (w tym także przestępstwa o charakterze seksualnym) w zakładzie zamkniętym już po odbyciu przez niego kary pozbawienia wolności, niesie ze sobą ryzyko przekształcenia pobytu w tym zakładzie w długotrwałą, a nawet dożywotnią izolację. Trudno znaleźć aksjologiczne uzasadnienie dla takiego rozwiązania, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że już sama kara pozbawienia wolności stanowi dla skazanego dotkliwą dolegliwość. Postpenalny środek zabezpieczający, wykonywany po odbyciu tej kary, może więc być postrzegany w kategoriach podwójnego ukarania za ten sam czyn, czy też podwójnej stygmatyzacji sprawcy, co z kolei budzi uzasadnione wątpliwości natury konstytucyjnej¹⁸.

Ze względu na stosunkowo krótki okres obowiązywania przepisu art. 95a KK, powołany problem nie został dotąd rozstrzygnięty w polskim orzecznictwie konstytucyjnym, niemniej jednak wątpliwości wydają się uzasadnione. Należy wskazać, że zgodnie z polskim porządkiem prawnym pozostawanie sprawcy w zakładzie zamkniętym w następstwie zastosowania omawianego środka zabezpieczającego może być dożywotnie. Czasu jego pobytu w takim zakładzie nie określa się bowiem z góry. Wprawdzie sąd jest zobligowany do zwolnienia sprawcy zawsze wtedy, gdy jego dalsze pozostawanie w zakładzie lub leczenie nie jest konieczne (por. art. 95a § 3 w zw. z art. 94 § 2 KK), tzn. wtedy, gdy ustaje prawdopodobieństwo, że ponownie popełni on przestępstwo skierowane przeciwko wolności seksualnej w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, niemniej jednak tak być nie musi¹⁹.

¹⁸ W tym kontekście można zauważyć, że także w Polsce warunki stosowania obligatoryjnej izolacji w zakładzie zamkniętym oraz przymusowego leczenia są ściśle określone oraz obwarowane wymogiem spełnienia szeregu przesłanek. I tak art. 31 Konstytucji RP gwarantuje obywatelom prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego, statuując w ustępie trzecim, że ograniczenie konstytucyjnych wolności i praw jednostki, może być ustanowione tylko przez akt prawny rangi ustawy i tylko we wskazanych w tej regulacji okolicznościach, m.in. gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony zdrowia, albo wolności i praw innych osób. Funkcja gwarancyjna, przejawiająca się także w respektowaniu zasady *ultima ratio* w odniesieniu do orzekania środków izolacyjnych, powiązana jest więc z koniecznością zagwarantowania obywatelom przestrzegania konstytucyjnego prawa do wolności jednostki. Jak trafnie zauważa Z. Cwiakalski, poświęcenie tego prawa będzie uzasadnione tylko wówczas, gdy w grę będzie wchodziła ochrona innych dóbr o większej wartości; por. Z. Cwiakalski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2007 s. 1046. Szerzej zob. J. Długosz, jw., nb. 6 i n. (w druku).

¹⁹ Zob. także J. Długosz, jw., nb. 22 i n. (w druku).

Zbliżony problem występuje także na gruncie prawa niemieckiego, jednakże w niemieckim orzecznictwie oraz doktrynie nie jest on bynajmniej nowy. Szczególnej aktualności nabrał on ostatnio w związku z wyrokiem ETPCz z 17 XII 2009 r.²⁰.

III. Stan faktyczny w sprawie *M. v. Niemcy*

Obywatel niemiecki *M.* był w przeszłości wielokrotnie skazywany za ciężkie przestępstwa. W 1986 roku stanął po raz kolejny przed sądem – tym razem przed Sądem Krajowym (*Landgericht*) w Marburgu – i został skazany na karę pozbawienia wolności w wymiarze lat pięciu za usiłowanie popełnienia kwalifikowanego typu zabójstwa w zbiegu z rozbojem. Jednocześnie, na mocy § 66 ust. 1 StGB, sąd orzekł izolację sprawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego (*Sicherungsverwahrung*). Sąd oparł się przy tym na opiniach biegłych lekarzy: psychiatry i neurologa, w których zakwalifikowano badanego do kategorii sprawców niebezpiecznych ze względu na wykazywane przez niego skłonności do używania przemocy i wiążące się z tym prawdopodobieństwo popełnienia kolejnych przestępstw, mogących spowodować ciężki uszczerbek psychiczny lub fizyczny ofiar. Z tego też względu po odbyciu kary *M.* nie został zwolniony, lecz pozostawał nadal w zakładzie zamkniętym. W tym czasie wielokrotnie wnosił o zawieszenie stosowania wobec niego orzeczonego środka zabezpieczającego. Wnioski te nie były jednak uwzględniane. Odmowa sądów w tym zakresie wynikała przed wszystkim z opinii biegłych, wskazujących na utrzymujące się niebezpieczeństwo sprawcy, przejawiające się m.in. w powtarzających się agresywnych zachowaniach podczas pobytu w zakładzie zamkniętym.

W 2001 roku ten sam Sąd Krajowy w Marburgu po raz kolejny odmówił zawieszenia wykonania orzeczonego środka, przez co okres przebywania *M.* w zamkniętym zakładzie po odbyciu kary pozbawienia wolności przekroczył dziesięć lat²¹. Wyższy Sąd Krajowy (*Oberlandesgericht*) we Frankfurcie nad Menem utrzymał w mocy orzeczenie marburskiego sądu. Również niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*) nie dopatrył się niezgodności przepisu, będącego podstawą określania okresu przebywania sprawcy w izolacji (§ 67d ust. 3 StGB) z niemiecką Ustawą Zasadniczą (*Grundgesetz: GG*)²².

²⁰ Zob. wyrok ETPCz z 17.12.2009 r. w sprawie *M. v. Niemcy*, nr skargi 19359/04. Szczegółowo zob. w dalszej części niniejszego opracowania.

²¹ Od 1986 roku sprawca był zatem pozbawiony wolności przez okres 15 lat. Na ten okres składało się 5 lat odbywania kary pozbawienia wolności oraz 10 lat wykonywania środka zabezpieczającego.

²² Por. orzeczenie Federalnego Sądu Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*; dalej jako: *BVerfGE*) z 5.2.2004 r., 2 BvR 2029/01, BGBl. I, s. 1069; w niemieckiej wersji językowej opubl. m.in. w: „Europäische Grundrechte Zeitschrift” 2010, nr 1-5, s. 25 i n.; „Juristische Rundschau” 2010, nr 5, s. 218 i n., z głosem Ch.

W następstwie tego orzeczenia, wyczerpującego krajową drogę odwoławczą, M. wniósł skargę do ETPCz.

IV. Postępowanie przed niemieckimi sądami

1. Obowiązujący stan prawny w Niemczech

Ze względu na to, że w omawianej sprawie w okresie pomiędzy czasem popełnienia czynu, a czasem orzekania odnośnie omawianego środka zabezpieczającego (*Sicherungsverwahrung*) doszło do zmiany regulacji, będącej podstawą stosowania tego środka, istotne wydaje się wskazanie na obowiązujące w prawie niemieckim zasady obowiązywania ustawy pod względem czasu. Niemiecki porządek prawny przewiduje dwa sposoby określania czasu obowiązywania niemieckiej ustawy karnej. W odniesieniu do przepisów regulujących orzekanie kar obowiązuje reguła, zgodnie z którą stosuje się ustawę obowiązującą w chwili popełnienia czynu (por. § 2 ust. 1 StGB), natomiast jeżeli w czasie orzekania obowiązuje inny przepis niż w czasie popełnienia czynu, zastosowanie znajduje ustawa łagodniejsza (por. § 2 ust. 3 StGB). Inaczej jest jednak w przypadku stosowania środków zabezpieczających. Tu bowiem obowiązuje reguła, że, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, orzeka się je na podstawie przepisu obowiązującego w chwili orzekania (por. § 2 ust. 6 StGB)²³.

W kontekście środka polegającego na izolacji sprawcy ze względu na stwarzane przez niego zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego, podstawą określania okresu jego stosowania jest norma zawarta w § 67d StGB. W okresie istotnym dla rozstrzygnięcia strasburskiego ETPCz przepis ten uległ zasadniczej zmianie. W przedmiotowej sprawie omawiany środek zabezpieczający, określony w § 66 ust. 1 StGB, orzeczono w 1986 roku. Zgodnie z obowiązującym wówczas brzmieniem przepisu § 67d ust. 1 i 3 StGB okres stosowania tego środka – o ile został on orzeczony po raz pierwszy – wynosić mógł maksymalnie dziesięć lat. Po upływie tego okresu środek należało uznać za wykonany, a osobę przebywającą w izolacji zwolnić. Zmiana, jaka nastąpiła w § 67d StGB na gruncie ustawy z 26 I 1998 r.²⁴ odnosiła się przede wszystkim do ustępu trzeciego tego przepisu. W

Laue, *Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand – zugleich eine Anmerkung zu EGMR, M. v. Deutschland v. 17. 12. 2009 – 19359/04*, s. 198 i n.; „Strafverteidiger” 2010, nr 4, s. 181 i n., z glosą H.E. Müllera, *Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention*, s. 207 i n.

²³ Odnośnie wykładni pojęcia „z chwilą orzekania” zob. H.E. Müller, jw., s. 208 oraz wskazana tam literatura.

²⁴ Zob. ustawa z 26.1.1998 r. w sprawie zwalczania przestępstw seksualnych i innych niebezpiecznych przestępstw (*Gesetz vom 26. Januar 1998 zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen*

nowym, obowiązującym do dziś brzmieniu, przepis ten stanowi, że okres stosowania omawianego środka może przekroczyć dziesięć lat, jeżeli istnieje niebezpieczeństwo, że – ze względu na swoje skłonności – osoba izolowana w zakładzie zamkniętym, po jego opuszczeniu popełniać będzie poważne przestępstwa, powodujące ciężki uszczerbek psychiczny lub fizyczny ofiary.

2. Rozstrzygnięcia sądów niemieckich w toku instancyjnym

W powołanej sprawie podstawą orzeczeń Sądu Krajowego w Marburgu oraz Wyższego Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem, nie uwzględniających wniosków o zawieszenie stosowania orzeczonego środka, był zatem – zgodnie z ogólną regułą, przewidzianą w § 2 ust. 6 StGB – przepis § 67d ust. 3 StGB w wersji nowej, przyjętej w 1998 roku²⁵.

Orzeczenia te stanowiły asumpt dla skierowania przez *M.* w 2001 roku skargi konstytucyjnej do Federalnego Sądu Konstytucyjnego, w której kwestionował on zgodność przepisu umożliwiającego orzekanie postpenalnej bezterminowej izolacji w celu zapewnienia bezpieczeństwa publicznego (§ 67d ust. 3 StGB) z niemiecką Ustawą Zasadniczą, a w szczególności z zakazem retroaktywnego działania ustawy karnej (art. 103 ust. 3 GG) oraz z prawem do wolności (art. 2 ust. 2 zd. 2 GG).

W lutym 2004 roku Federalny Sąd Konstytucyjny oddalił jednak ową skargę, uznając tym samym konstytucyjność kwestionowanej regulacji²⁶. W uzasadnieniu wskazał przede wszystkim na fundamentalne różnice w karnoprawnej konstrukcji kar oraz środków zabezpieczających, czego konsekwencją jest, nieobowiązywanie w stosunku do tych ostatnich zasady *nulla poena sine lege praevia*, zawartej w art. 103 ust. 2 GG²⁷. Nadto – odnosząc się

Straftaten), BGBl. I, s. 160. Ustawa ta weszła w życie 31.1.1998 r. Szerzej w literaturze niemieckiej na temat tej nowelizacji zob. J. Peglau, *Zur Rückwirkung von § 67d StGB gem. Art. 1a III EGStGB*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2000, s. 179 i n.; T. Ullenbruch, *Verschärfung der Sicherungsverwahrung auch rückwirkend - populär, aber verfassungswidrig?*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 1998, s. 326 i n.

²⁵ Podstawą stosowania tego przepisu w zmienionej wersji był art. 2 ust. 3 powołanej ustawy nowelizującej, dodający do art. 1a Ustawy z 2.3.1974 r. wprowadzającej Kodeks karny (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, BGBl. I, s. 469) ustęp trzeci o następującym brzmieniu: „Stosowanie § 67d Kodeksu karnego w brzmieniu wprowadzonym ustawą z dnia 26 stycznia 1998 roku w sprawie zwalczania przestępstw seksualnych i innych niebezpiecznych przestępstw (BGBl. I, s. 160) nie doznaje żadnych ograniczeń («...findet uneinschränkt Anwendung»)²⁷. Oznacza to, że zgodnie z obowiązującym stanem prawnym przedmiotowy środek może być orzekany **bezterminowo**, co odnosi się także do sprawców, wobec których izolację ze względu na interes bezpieczeństwa publicznego orzeczono po raz pierwszy jeszcze w czasie obowiązywania poprzedniej ustawy (tj. przed 1998 rokiem).

²⁶ Zob. przypis 22.

²⁷ Zgodnie bowiem z argumentacją Federalnego Sądu Konstytucyjnego tworzenie ustaw retroaktywnych możliwe jest wówczas, gdy przemawia za tym interes w przestrzeganiu reguł stabilności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań ze strony społeczeństwa; por. orzeczenia: *BVerfGE* 74, s. 242 i *BVerfGE* 105, s. 17 i n. oraz 37 i n.

już do przedmiotowej sprawy – Federalny Sąd Konstytucyjny uznał, że ze względu na wagę popełnionych oraz groźących ze strony sprawcy czynów, dalsze jego przebywanie w izolacji nie jest niewspółmierne do groźącego z jego strony niebezpieczeństwa.

V. Wyrok ETPCz i jego skutki dla prawa niemieckiego

W skardze, wniesionej w 2004 roku do ETPCz w Strasburgu, *M.* podniósł, że niemiecka regulacja prawna *Sicherungsverwahrung* i praktyka stosowania tego środka naruszają art. 5 EKPCz, gwarantujący prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego oraz art. 7 EKPCz, zakazujący karania bez podstawy prawnej.

Powołując się na regulację art. 5 ust. 1 EKPCz *M.* wskazał, że jego długotrwałe pozostawanie w izolacji stanowi naruszenie przysługującego mu prawa do wolności. Zgodnie bowiem z tą normą, podstawą legalnego pozbawienia wolności może być albo orzeczenie właściwego sądu (lit. a), albo konieczność zapobieżenia popełnieniu przez sprawcę kolejnego czynu karalnego (lit. c). W ocenie *M.* brak było związku przyczynowego pomiędzy jego prawomocnym skazaniem, które miało miejsce w 1986 roku, a jego izolacją trwającą łącznie kilkanaście lat.

Nadto w skardze swej *M.* podniósł również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 zd. 2 EKPCz²⁸. W tym zakresie wskazał, że retroaktywne stosowanie regulacji dopuszczającej bezterminowe przedłużanie okresu jego przebywania w zakładzie zamkniętym narusza zawarty w powołanym przepisie zakaz wymierzania kary surowszej od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn, będący podstawą skazania na karę pozbawienia wolności został popełniony.

Odnosząc się do naruszenia zakazu unormowanego w art. 5 ust. 1 EKPCz, Europejski Trybunał przyznał rację skarżącemu, że nie sposób dopatrzeć się związku przyczynowego pomiędzy jego skazaniem w 1986 roku a trwającą już kilkanaście lat izolacją. Co więcej, w opinii Europejskiego Trybunału, Sąd Krajowy w Marburgu, orzekając w 1986 roku o izolacji *M.* po odbyciu przez niego kary pozbawienia wolności, mógł tego dokonać jedynie w obowiązujących wówczas ustawowych ramach czasowych, tzn. na okres nie dłuższy niż dziesięć lat (por. § 67d ust. 1 i 3 StGB w brzmieniu obowiązującym do 31 I 1998 r.). Stosowanie omawianego środka na okres dłuższy niż lat dziesięć nie zostało zatem orzeczone

²⁸ Zgodnie z tą regulacją „nikt nie może być uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, który według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia. Nie będzie również wymierzona kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony”.

przez Sąd Krajowy w Marburgu w wyroku z 1986 roku, lecz stanowiło wyłącznie rezultat zmiany powołanego przepisu, jaka nastąpiła w 1998 roku²⁹. ETPCz podkreślił przy tym, że bez owej zmiany przedłużenie czasu przebywania *M.* w zamkniętym zakładzie powyżej dziesięciu lat nie byłoby w ogóle możliwe. Fakt ten uzasadnia zdaniem Trybunału przyjęcie naruszenia art. 5 ust. 1 lit. a EKPCz.

Rozpatrując inne podstawy prawne legalnego pozbawienia wolności, wskazane w art. 5 EKPCz, Europejski Trybunał uznał, że powoływane w uzasadnieniach sądów krajowych niebezpieczeństwo, iż w przypadku zwolnienia z zakładu zamkniętego *M.* popełni kolejne poważne przestępstwa, nie zostało dowiedzione w sposób precyzyjny oraz wystarczająco szczegółowy, by uzasadniać konieczność jego dalszej izolacji w celu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 lit. c EKPCz (tj. w celu zapobieżenia popełnieniu czynu karalnego). Ponadto, zgodnie z opinią biegłych, przeprowadzoną w ramach postępowania przed sądami krajowymi, *M.* nie cierpi na chorobę psychiczną, co z kolei wyklucza możliwość pozbawienia go wolności na mocy art. 5 ust. 1 lit. e EKPCz³⁰.

W dalszej części uzasadnienia ETPCz podniósł, że przedłużenie osobie w pełni poczytalnej pobytu w zakładzie zamkniętym na niedający się z góry określić okres nie różni się *de facto* niczym od wymierzenia jej dodatkowej kary, polegającej na pozbawieniu wolności. W praktyce, bowiem wykonywanie obu tych instrumentów prawnych odbywa się w podobny sposób, w podobnych warunkach oraz służy częściowo temu samemu celowi, tj. ochronie społeczeństwa przed niebezpiecznym sprawcą. Co więcej, w omawianej sprawie ta dodatkowa kara – odnośnie okresu jej trwania – została *M.* wymierzona z mocą wsteczną.

ETPCz odniósł się ponadto krytycznie do braku specjalistycznego postępowania terapeutycznego, jakim objęty powinien być sprawca, w stosunku do którego orzeczono środek w postaci dalszej izolacji – po odbyciu kary pozbawienia wolności –, a który służyć miałby zminimalizowaniu grożącego z jego strony ryzyka (niebezpieczeństwa) dalszych naruszeń porządku prawnego. Trybunał podkreślił, że osoby takie nie charakteryzują się żadną niesprawnością psychiczną; ich poczytalność nie jest, zatem ani zniesiona, ani nawet ograniczona. Tak więc, mimo pełnej zdolności do ponoszenia odpowiedzialności karnej, zostają one – i to już po odbyciu wymierzonej im kary pozbawienia wolności – bezterminowo umieszczone w warunkach izolacji. Ich indywidualna sytuacja różni się, więc zarówno od

²⁹ Por. przypisy 24 i 25.

³⁰ W myśl tego przepisu „Każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Nikt nie może być pozbawiony wolności, z wyjątkiem następujących przypadków i w trybie ustalonym przez prawo: (...) e) zgodnego z prawem pozbawienia wolności osoby w celu zapobieżenia szerezeniu przez nią choroby zakaźnej, osoby umysłowo chorej, alkoholika, narkomana lub włóczęgi”.

sytuacji skazanych, odbywających w zakładach karnych karę pozbawienia wolności o określonym wymiarze, jak i osób, które ze względu na swą niepełnosprawność psychiczną zostały umieszczone w zamkniętych zakładach psychiatrycznych. W takich okolicznościach spełnienie wymagań, będących warunkiem zwolnienia z zakładu zamkniętego, tzn. wykluczenie niebezpieczeństwa popełnienia dalszych poważnych przestępstw jest, w opinii ETPCz, nadzwyczaj trudne do osiągnięcia. Tym samym Trybunał uznał, że przepis art. 7 ust. 1 EKPCz uległ także naruszeniu.

Reasumując należy podkreślić, że ETPCz nie zakwestionował obowiązującego obecnie brzmienia przepisu § 67d ust. 3 StGB, w którym nie określono górnej granicy czasu, na jaki można umieścić skazanego po odbyciu kary w zakładzie zamkniętym. Trybunał orzekł jedynie, że państwo niemieckie naruszyło art. 5 i art. 7 EKPCz, dopuszczając możliwość retroaktywnego stosowania tego przepisu w odniesieniu do spraw, w których wyrok zapadł jeszcze pod jego rządami w poprzednio obowiązującym brzmieniu. W związku z tym, na podstawie art. 41 EKPCz Trybunał przyznał skarżącemu *M.* zadośćuczynienie w wysokości 50.000 Euro.

Jak jednak wiadomo, wyroki wydane przez Izbę ETPCz podlegają zaskarżeniu, w związku z czym niemiecki Rząd Federalny (*Bundesregierung*) w marcu 2010 roku wniósł w trybie art. 43 EKPCz o przekazanie sprawy do rozpoznania przez Wielką Izbę Trybunału. W maju 2010 roku wniosek ten został odrzucony przez Zespół pięciu sędziów Wielkiej Izby. W uzasadnieniu wskazano, że w przedmiotowej sprawie nie pojawia się kontrowersja odnośnie do żadnego poważnego zagadnienia dotyczącego interpretacji lub stosowania EKPCz lub jej Protokołów, ani też żadna istotna kwestia o znaczeniu ogólnym. Wyrok Wielkiej Izby jest ostateczny, w konsekwencji czego zaskarżony przez Rząd Federalny wyrok Izby ETPCz stał się prawomocny.

Na marginesie wskazanego wyroku ETPCz w Strasburgu warto przypomnieć, że Trybunał, stwierdzając niezgodność przepisów krajowych z regulacjami zawartymi w EKPCz, nie posiada kompetencji do pozbawienia ich mocy wiążącej. Wyroki ETPCz nie uchylają także orzeczeń, wydanych przez sądy krajowe, na mocy których naruszenia te nastąpiły. Tym niemniej, zgodnie art. 46 ust. 1 EKPCz wszystkie państwa-sygnatariusze EKPCz zobowiązały się do przestrzegania ostatecznych wyroków ETPCz we wszystkich sprawach, w których są stronami. Czynności podejmowane na gruncie prawa krajowego w następstwie stwierdzenia niezgodności z regulacjami EKPCz leżą jednak w gestii każdego z tych państw. Oznacza to, że z samego stwierdzenia przez ETPCz naruszenia przepisów Konwencji nie wynika jeszcze bezpośrednio treść konkretnego obowiązku państwa, zaś jego

obowiązek pozytywnego działania (np. usunięcia skutków naruszenia Konwencji) można wywieść jedynie pośrednio z treści art. 41 EKPCz³¹.

Należy w tym kontekście zwrócić także uwagę na fakt, że w prawie niemieckim EKPCz ma status tzw. zwykłej ustawy federalnej (*einfaches Bundesgesetz*). Oznacza to, że wszystkie instytucje państwowe są związane orzeczeniami ETPCz, z czego wynika ich obowiązek zaniechania podejmowania jakichkolwiek czynności, leżących w granicach ich kompetencji i mogących stanowić dalsze naruszenie EKPCz³².

W konsekwencji, w każdym przypadku stosowania na terenie Niemiec postpenalnego środka zabezpieczającego, polegającego na izolacji sprawcy ze względu na stwarzane przez niego zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego (*Sicherungsverwahrung*, § 66 StGB) w okolicznościach określonych przez ETPCz jako niezgodne z EKPCz, środek ten należy uznać za odbyty w trybie § 67e StGB, o ile izolacja sprawcy trwała przez okres dłuższy niż 10 lat i nastąpiła na mocy orzeczenia sądu zapadłego przed 31 stycznia 1998 roku. Oznacza to także, że bezterminowe stosowanie omawianego środka jest w dalszym ciągu dopuszczalne w sprawach, w których orzeczenie o jego zastosowaniu zapadło już po wejściu w życie obowiązującego § 67d ust. 3 StGB.

Nietrudno zauważyć, że na gruncie przedstawionego tutaj orzeczenia ETPCz w sprawie *M. v. Niemcy*, w prawie niemieckim pojawił się swoisty dylemat prawny. Z jednej bowiem strony niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny uznał retroaktywne stosowanie § 67d ust. 3 StGB w przedmiotowej sprawie³³ za zgodne z Ustawą Zasadniczą i – zgodnie z niemieckim porządkiem prawnym – orzeczenie to ma moc wiążącą³⁴. Z drugiej jednak strony, stosowanie powyższego przepisu w obowiązującym brzmieniu w odniesieniu do spraw, w których orzeczenie o stosowaniu postpenalnego środka zabezpieczającego zapadło przed 31 I 1998 r., stanowi stwierdzone jednoznacznie przez ETPCz naruszenie postanowień EKPCz. W związku z tym każdy kolejny przypadek tego rodzaju będzie mógł być postrzegany jako pogwałcenie przez Niemcy zobowiązania do przestrzegania prawomocnego wyroku ETPCz w sprawach, w których są one stronami (por. art. 46 ust. 1 EKPCz).

Należy jednak podkreślić, że niemiecka doktryna przyjmuje, iż w przypadku kolizji normy krajowego porządku prawnego z regulacjami EKPCz należy stosować wykładnię

³¹ Szerzej por. P. Grzegorzcyk, *Skutki wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w krajowym porządku prawnym*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 6, s. 3 i n.; B. Nita, *Orzeczenie ETPCz jako podstawa wznowienia postępowania karnego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 9, s. 4 i n.

³² Orzeczenia ETPCz nie wiążą także państw, niebędących stroną w sprawach, w których one zapadły.

³³ Por. przypis 22.

³⁴ Zgodnie bowiem § 31 ust. 1 ustawy z 11.8.1983 r. o Federalnym Sądzie Konstytucyjnym (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, BGBl. I, s. 1473) orzeczenia tego sądu wiążą organy konstytucyjne Federacji i Krajów Związkowych, jak również wszystkie sądy i instytucje. Por. także H.E. Müller, jw., s. 207 i n.

prawa krajowego zgodnie z prawem międzynarodowym (*völkerrechtsfreundliche Auslegung*). Tak więc, w przypadkach kolizji, przepis o mocy wiążącej orzeczeń niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego nie znajdzie zastosowania³⁵.

VI. Znaczenie wyroku ETPCz dla prawa polskiego

Przedstawione orzeczenie ETPCz, jakkolwiek dotyczy wyłącznie problemu niemieckiego ustawodawstwa (*Sicherungsverwahrung* nie jest znane polskiemu prawu), zawiera ustalenia, które mogą mieć istotne znaczenie również dla polskiego porządku prawnego. Załóżmy więc hipotetycznie, że analogiczna skarga do ETPCz skierowana została przeciwko Polsce i dotyczyła przewidzianego w art. 95a § 1a KK środka zabezpieczającego w postaci obligatoryjnego umieszczenia w zakładzie zamkniętym sprawcy, który w związku z zaburzeniami swoich preferencji seksualnych popełnił przestępstwo z art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 KK, a więc środka mogącego mieć również charakter bezterminowy.

1. Status EKPCz w polskim porządku prawnym

W świetle art. 91 Konstytucji RP pozycja EKPCz w polskim porządku prawnym nie budzi wątpliwości. Wskutek ratyfikacji tej Konwencji, za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie³⁶, stała się ona częścią polskiego porządku prawnego oraz – z uwagi na charakter jej postanowień – podlega bezpośredniemu stosowaniu i sama może stanowić podstawę rozstrzygnięć polskich sądów, a także organów władzy publicznej. Nadto, w przypadku kolizji, ma ona pierwszeństwo przed ustawą, zaś realizacja tego prymatu należy zarówno do sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, jak i do Trybunału Konstytucyjnego, orzekającego w trybie art. 188 ust. 2 Konstytucji RP³⁷.

2. Konstrukcja środka zabezpieczającego określonego w art. 95a § 1a KK a standardy EKPCz

³⁵ W takich przypadkach możliwe będzie w praktyce wznowienie postępowania w przedmiocie wykonania kary na podstawie § 359 nr 6 niemieckiego Kodeksu postępowania karnego (*Strafprozessordnung*) z 7.4.1987 r., BGBl. I, s. 1074, 1319 (dalej jako: StPO).

³⁶ Ratyfikacja oraz wejście w życie EKPCz nastąpiły 19.1.1993 r. (Dz.U. 1993, Nr 61, poz. 284 ze zm.).

³⁷ Szerzej por. P. Grzegorzczak, jw., s. 6 i n.

Rozważenia wymaga na wstępie problem, czy konstrukcja środka, unormowanego w art. 95a § 1a KK, nie narusza przepisu art. 5 EKPCz. Należy zatem odpowiedzieć na pytanie, czy tryb orzekania tego środka jest tego rodzaju, że mógłby uzasadniać zarzut braku związku przyczynowego pomiędzy skazaniem sprawcy na karę pozbawienia wolności a umieszczeniem go po odbyciu tej kary w zakładzie zamkniętym. Innymi słowy należy ustalić, czy orzekanie środka w trybie przewidzianym w art. 95a KK mogłoby być uznane za naruszenie art. 5 ust. 1 lit. a EKPCz ze względu na brak spełnienia określonej w nim przesłanki, tzn. „pozbawienia wolności w wyniku skazania przez właściwy sąd”.

Rozstrzygając tę kwestię należy przede wszystkim zauważyć, że nie chodzi tu o korelację czasową między tymi dwoma wydarzeniami (tj. skazaniem i orzeczeniem środka), ale o ustalenie, że „skazanie przez właściwy sąd” stanowiło podstawę dla izolacji sprawcy – i to zarówno w odniesieniu do kary pozbawienia wolności, wymierzonej za popełnione przestępstwo, jak i w odniesieniu do orzeczonego środka zabezpieczającego –. „Skazanie przez właściwy sąd” musi zatem charakteryzować się dwoma elementami: Po pierwsze, musi nastąpić w wyniku postępowania, w którym sąd rozstrzygnął w przedmiocie winy sprawcy za czyn przestępny, popełniony w związku z zaburzeniami jego preferencji seksualnych. Po drugie, zarówno wymierzona kara, jak i orzeczony środek zabezpieczający, muszą polegać na pozbawieniu wolności.

Na gruncie polskiego prawa spełnienie obu wymienionych wymogów wydaje się nie budzić wątpliwości. To stwierdzenie dotyczy zwłaszcza sytuacji, gdy o zastosowaniu środka, określonego w art. 95a § 1a KK sąd orzeknie w wyroku skazującym, tj. jednocześnie ze skazaniem sprawcy na karę pozbawienia wolności za popełnienie przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 KK. Wymaganej korelacji przyczynowej nie sposób zakwestionować również wówczas, gdy orzeczenie o umieszczeniu sprawcy w zakładzie zamkniętym nastąpi na dalszych etapach postępowania, tj. w momencie rozstrzygnięcia w przedmiocie przedterminowego warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności lub przed zakończeniem odbywania tej kary przez sprawcę. W ostatnich dwóch przypadkach sąd penitencjarny – najpóźniej na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub wykonaniem kary – orzeka o sposobie wykonania orzeczonego środka (zob. art. 95a § 2 pkt 2 KK)³⁸.

³⁸ Określenie sposobu jego wykonywania nie jest jednak ostateczne. Sąd może bowiem w każdym czasie zarządzić jego zmianę (zob. art. 95a § 2a KK). Uzasadnione będzie to w szczególności w przypadku, gdy środek okaże się niewystarczający dla osiągnięcia celu, w jakim został orzeczony, tzn. zapobiegnięciu ponownemu popełnieniu przez sprawcę przestępstwa przeciwko wolności seksualnej.

Podkreślenia wymaga jednak fakt, że także i na dalszym etapie postępowania warunkiem orzeczenia środka polegającego na umieszczeniu w zakładzie zamkniętym będzie zawsze uprzednie skazanie sprawcy na karę pozbawienia wolności za popełnienie jednego z wymienionych typów przestępstwa zgwałcenia. Tak więc, dla przyjęcia wymaganego związku przyczynowego wydaje się nie mieć znaczenia, czy orzeczenie w przedmiocie zastosowania środka z art. 95a KK nastąpi w wyroku skazującym, czy będzie miało miejsce później i wówczas należeć będzie do kompetencji sądu penitencjarnego, nie zaś do sądu orzekającego o winie sprawcy³⁹. Podsumowując można więc przyjąć, że sama konstrukcja prawna art. 95a § 1a KK nie uzasadnia naruszenia art. 5 ust. 1 lit. a EKPCz.

Do analogicznej konkluzji można dojść rozstrzygając kolejne z podniesionych przez ETPCz zagadnień sporych, a mianowicie pytanie, czy przepis art. 95a § 1a KK jest zgodny z art. 5 ust. 1 lit. c EKPCz. Warto tu przypomnieć, że pozbawienie wolności na mocy art. 5 ust. 1 lit. c EKPCz dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy jest to konieczne w celu zapobieżenia popełnienia czynu karalnego. Natomiast zgodnie z utrwalonym w doktrynie poglądem, powołanie tej normy jako uzasadnienia pozbawienia wolności może nastąpić wyłącznie wówczas, gdy chodzi o uniemożliwienie popełnienia czynu dostatecznie już określonego i konkretnie grożącego, a nie każdego potencjalnego czynu, pojmowanego abstrakcyjnie⁴⁰.

Odnosząc zatem przytoczoną kwestię zgodności prawa niemieckiego z art. 5 ust. 1 lit. c EKPCz do polskiego porządku prawnego, celowe wydaje się dokonanie porównania przesłanek stosowania omawianego środka zabezpieczającego w obu systemach prawnych.

I tak, warto przypomnieć, że na gruncie prawa polskiego orzeczenie środka unormowanego w art. 95a § 1a KK możliwe jest w przypadku łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- popełnienie przez sprawcę przestępstwa określonego w art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 KK;
- zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy popełnionym przestępstwem, a zaburzeniami preferencji seksualnych sprawcy;
- wymierzenie sprawcy kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania;
- uznanie przez sąd, że orzeczenie tego środka jest niezbędne w celu zapobieżenia ponownemu popełnieniu przez sprawcę przestępstwa skierowanego przeciwko wolności

³⁹ Przy założeniu, że stan prawny (tj. art. 95a KK) w okresie między popełnieniem przestępstwa, a orzeczeniem o umieszczeniu sprawcy w zakładzie zamkniętym nie uległ zmianie. Natomiast w odmiennym przypadku, sąd penitencjarny będzie zobowiązany do zastosowania reguły unormowanej w art. 4 § 1 KK. Oznacza to, że zastosowanie znajdzie nowy przepis (tj. obowiązujący w chwili orzekania w przedmiocie zastosowania środka), chyba że regulacja obowiązująca poprzednio była względniejsza dla sprawcy, co zresztą również nie będzie stanowiło podstawy do kwestionowania zgodności rozważanego przepisu z art. 5 ust. 1 lit. a EKPCz.

⁴⁰ W niemieckiej literaturze zob. np. Ch. Laue, jw., s. 200 oraz wskazana tam literatura.

seksualnej, związanego z zaburzeniami jego preferencji seksualnych (klauzula konieczności, por. art. 93 KK);

- wysłuchanie przez sąd - przed wydaniem orzeczenia - opinii co najmniej dwóch biegłych lekarzy psychiatrów, biegłego psychologa oraz biegłego lekarza seksuologa (przesłanka formalna, por. art. 93 KK *in fine*).

W obowiązującym prawie niemieckim brak jest odpowiednika przepisu art. 93 KK. Kluczowe znaczenie ma tu wyłącznie tzw. przesłanka współmierności (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), określona w § 62 StGB. Z przepisu tego można bowiem zdekodować intencję ustawodawcy, zakazującą orzekania przedmiotowego środka, jeżeli nie jest on współmierny do wagi popełnionego przez sprawcę czynu, jego przyszłych czynów oraz stopnia niebezpieczeństwa, jakie stwarza on dla społeczeństwa. W prawie niemieckim brak jest ponadto jakichkolwiek dalszych wymogów, determinujących stosowanie omawianego środka, a zwłaszcza pozwalających w sposób bardziej precyzyjny ustalić stopień niebezpieczeństwa sprawcy dla porządku prawnego⁴¹. Wynika to z istoty rozważanego środka, który może być wszak orzeczony wyłącznie w stosunku do sprawcy w pełni poczytalnego (zasadniczo recydywisty) i służyć ma wyłącznie jego wyeliminowaniu ze społeczeństwa.

Już nawet pobieżna analiza podstaw stosowania omawianego środka w obu systemach prawnych pozwala na stwierdzenie, iż na gruncie polskiego prawa nie byłoby możliwe umieszczenie sprawcy w zakładzie zamkniętym ze względu na konieczność zapobieżenia popełnieniu przez niego kolejnych przestępstw, wyłącznie na podstawie tak mało precyzyjnie określonych przesłanek, jak to ma miejsce w przypadku *Sicherungsverwahrung*. Dla stosowania tego środka prawo polskie wymaga spełnienia szeregu precyzyjnych wymogów ustawowych (m.in. ustalenia zaburzeń preferencji seksualnych sprawcy), co wynika m.in. z charakteru omawianego środka, który, w odróżnieniu od przewidzianego w prawie niemieckim *Sicherungsverwahrung*, spełniać ma również funkcję leczniczą.

Kolejnym wartym rozważenia jest pytanie o to, czy unormowanie zawarte art. 95a § 1a KK może być postrzegane jako ewentualne naruszenie art. 7 ust. 1 EKPCz. W tym

⁴¹ W tym kontekście należy jednak wskazać na regulację § 246a StPO, która przed orzeczeniem środka z § 66 StGB nakazuje sądowi obligatoryjne wysłuchanie co najmniej jednego biegłego. Przy czym to sąd decyduje, czy będzie to opinia specjalisty z zakresu psychiatrii, psychologii, kryminologii czy też z kilku tych dziedzin. Warto jednak podkreślić, że opinia ta dotyczy wyłącznie stanu zdrowotnego sprawcy i ewentualnych perspektyw jego leczenia, nie zaś stopnia niebezpieczeństwa ponownego naruszenia porządku prawnego, grożącego z jego strony. Por. J. Berg, w: *Strafprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar*, red. J.P. Graf, Monachium 2010, s. 961 i n.

kontekście należałoby się zatem zastanowić, czy środek przewidziany w nim mógłby być uznany za karę i jakie byłyby ewentualne konsekwencje prawne przyjęcia takiej tezy.

Warto przypomnieć, że w omawianym wyroku ETPCz uznał, że charakter prawny niemieckiego środka polegającego na izolacji sprawcy ze względu na jego niebezpieczeństwo dla społeczeństwa jest w swej istocie tożsamy z karą pozbawienia wolności. Uzasadniając to zrównanie Trybunał powołał następujące argumenty:

- tak kara pozbawienia wolności, jak i omawiany środek zabezpieczający znajdują zastosowanie wobec osób w pełni poczytalnych i zdolnych do ponoszenia odpowiedzialności karnej;
- sposób i warunki ich wykonywania są podobne;
- brak jest specjalistycznego postępowania terapeutycznego, jakim objęci byłiby wyłącznie sprawcy, w stosunku do których orzeczono środek w postaci izolacji po odbyciu kary pozbawienia wolności, a który służyć miałby wykluczeniu grożącego z ich strony niebezpieczeństwa dalszych naruszeń porządku prawnego, mogącego odróżnić ten środek od kary pozbawienia wolności.

Ze względu na stosunkowo krótki okres obowiązywania przepisu art. 95a § 1a KK w polskim porządku prawnym nie sposób odnieść się do przytoczonych zarzutów, opierając się na praktycznych doświadczeniach jego stosowania. Jednakże „intuicyjnie” można przyjąć, że dwie pierwsze z podniesionych kwestii mogłyby odnosić się również do polskich realiów. Wydaje się bowiem bezsporne, że mimo, iż wykonanie środka z art. 95a § 1a KK będzie miało miejsce nie w zakładzie karnym, lecz w zakładzie zamkniętym (tj. zakładzie psychiatrycznym lub zakładzie leczenia odwykowego⁴²), to sposób i warunki jego odbywania będą porównywalne z wykonywaniem kary pozbawienia wolności⁴³.

W związku z tym wydaje się, że „obronić” można się jedynie przed trzecim z podniesionych przez ETPCz zarzutów przeciwko niemieckiemu środkowi zabezpieczającemu. Wprawdzie także na gruncie polskiego prawa umieszczenie sprawcy w zakładzie zamkniętym jest bezterminowe, jednakże sąd orzeka zwolnienie sprawcy, jeżeli

⁴² Por. art. 200 § 1 KKW. Przy czym zakłady psychiatryczne wykonujące omawiany środek organizowane są jako zakłady dysponujące warunkami wzmocnionego zabezpieczenia (por. art. 200 § 3a KKW). Nadto przed wskazaniem zakładu zamkniętego, do którego należy skierować sprawcę, któremu orzeczono środek zabezpieczający na podstawie art. 95a KK, sąd jest zobowiązany do zasięgnięcia opinii odpowiedniej w sprawach seksuologii sądowej jednostki organizacyjnej, utworzonej lub nadzorowanej przez Ministra Zdrowia (zob. art. 201 § 2a KKW). Wykaz tych zakładów określa Ministra Zdrowia w drodze rozporządzenia (zob. art. 201 § 5 i 6 KKW).

⁴³ Odnośnie problemów związanych z prawidłowym wykonywaniem omawianego środka zob. K. Postulski, *Nowe zasady wykonywania przez sąd środka zabezpieczającego określonego w art. 95a kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 10, s. 82 i n.

jego dalsze pozostawanie w zakładzie nie jest konieczne (por. art. 95a § 3 w zw. z art. 94 § 2 KK). Oznacza to, że sprawca pozostaje objęty rozważanym środkiem tak długo, jak długo istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że – w związku z zaburzeniami swoich preferencji seksualnych – ponownie popełni on przestępstwo przeciwko wolności seksualnej. Natomiast w okresie przebywania w zakładzie zamkniętym zostaje on objęty specjalistycznym postępowaniem leczniczym, terapeutycznym i rehabilitacyjnym (por. art. 202 KKW). Polega ono w szczególności na podjęciu kompleksowego leczenia, obejmującego farmakoterapię i psychoterapię, które mają służyć przede wszystkim obniżeniu jego popędu seksualnego, a w konsekwencji, zapobieżenia ponownemu popełnieniu przestępstwa o charakterze seksualnym.

Z treści omawianej regulacji wynika zatem, że celem umieszczenia sprawcy w zakładzie zamkniętym jest nie tylko zminimalizowanie, a nawet wykluczenie grożącego z jego strony niebezpieczeństwa dla porządku prawnego, lecz przede wszystkim wyleczenie jego niesprawności psychicznej w postaci zaburzeń preferencji seksualnych. W tym zakresie omawiany środek różni się więc w sposób zasadniczy od kary pobawienia wolności, która spełnia wszak zupełnie inne funkcje.

Kwestionując zatem istnienie w polskim systemie prawnym ostatniego elementu, jaki w opinii ETPCz stanowi o możliwości zrównania środka polegającego na umieszczeniu sprawcy w zakładzie zamkniętym na podstawie art. 95a § 1a KK z karą pozbawienia wolności, należy w konsekwencji przyjąć brak naruszenia art. 7 ust. 1 EKPCz⁴⁴.

VII. Uwagi końcowe

Przeprowadzone rozważania w kwestii zgodności art. 95a § 1a KK w zakresie, w jakim normuje on obligatoryjne stosowanie środka zabezpieczającego, polegającego na umieszczeniu sprawcy w zakładzie zamkniętym po odbyciu przez niego kary pozbawienia wolności, ze standardami EKPCz wydają się, zatem, napawać optymizmem. Należy jednak z całą mocą podkreślić, że dokonane zostały one wyłącznie w odniesieniu do zarzutów stawianych niemieckiej regulacji prawnej, normującej instytucję *Sicherungsverwahrung*. Nie można zatem wykluczyć, że przepis z art. 95a § 1a KK, bądź też praktyka jego stosowania,

⁴⁴ Zakładając hipotetycznie (choć nie wydaje się to realne), że dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 EKPCz wystarczyłoby zaistnienie wyłącznie pierwszych dwóch wymogów, co w rezultacie prowadziłoby do uznania, że sprawcy, obok kary pozbawienia wolności, została wymierzona dodatkowa kara (a nie środek zabezpieczający), to zaistniała sytuacja (tj. retroaktywne wymierzenie *de nomine* środka zabezpieczającego, ale *de facto* kary) stanowiłaby nadto naruszenie dwóch konstytucyjnych zakazów, tzn. zakazu retroaktywności prawa (*nulla poena sine lege praevia – lex retro non agit*), oraz zakazu podwójnego ukarania sprawcy (*ne bis in idem*), zawartego także w art. 4 ust. 7 Protokołu nr 7 do EKPCz.

mogłyby być podstawą dalszych zarzutów naruszenia EKPCz. Warto jednak zwrócić uwagę na fakt, że kwestia bezterminowości izolacji sprawcy w celu zapewnienia bezpieczeństwa publicznego nie została – w odniesieniu do niemieckiego porządku prawnego – uznana przez Europejski Trybunał za sprzeczną z EKPCz. W związku z tym również na gruncie polskiego prawa najprawdopodobniej nie była by kwestionowana. Nie jest jednak wykluczone jej kwestionowanie na gruncie standardów konstytucyjnych. Nadto, nawet gdyby przyjąć, że przepis art. 95a § 1a KK nie narusza ani EKPCz, ani też Konstytucji, to – w świetle podnoszonych zastrzeżeń odnośnie skuteczności poddawania sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych terapii farmakologicznej – należałoby niewątpliwie rozważyć, czy wprowadzenie tego środka jest w ogóle celowe.

W zakończeniu warto jednak raz jeszcze podkreślić, że w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów EKPCz polskie organy władzy publicznej miałyby obowiązek – analogiczny zresztą do tego, jaki w konsekwencji omawianego wyroku spełnić muszą organy niemieckie – przedsięwziąć działania legislacyjne w celu usunięcia stanu niezgodnego z postanowieniami EKPCz oraz doprowadzić do stanu zgodnego z wymaganiami, określonymi w orzeczeniu zapadłym w sprawie, w której Polska byłaby stroną.