

MIROŚŁAWA MELEZINI, ANDRZEJ SAKOWICZ

## ZAKAZ PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI ZWIĄZANEJ Z WYCHOWANIEM, LECZENIEM, EDUKACJĄ MAŁOLETNIICH LUB Z OPIEKĄ NAD NIMI JAKO NOWY ŚRODEK KARNY

Dnia 27 lipca 2005 r. została przyjęta nowelizacja kodeksu karnego, kodeksu postępowania karnego oraz kodeksu karnego wykonawczego, która wprowadziła liczne zmiany w obowiązujących przepisach. Jej głównym celem – jak czytamy w uzasadnieniu projektu zmian – było wzmocnienie ochrony „przed kontynuowaniem działalności przestępczej przez osoby, które z pobudek seksualnych dopuszczają się groźnych przestępstw”<sup>1</sup>. Jednak analiza poszczególnych przepisów ustawy nowelizacyjnej wskazuje, że jej zakres wybiega poza problematykę związaną z przestępczością seksualną, zwłaszcza pedofilią.

Powyższą tezę potwierdzają zmiany przesłanek podania wyroku do publicznej wiadomości (art. 50), które polegają na rozszerzeniu możliwości orzekania środka karnego w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości, ponieważ w pierwotnym brzmieniu orzeczenie tego środka karnego było dopuszczalne tylko w przypadkach wskazanych w ustawie. W stanie *lex lata* orzeczenie środka karnego podania wyroku do publicznej wiadomości nie jest ograniczone rodzajem popełnionego przestępstwa i jest możliwe zawsze, jeśli tylko – w ocenie sądu – celowość jego orzeczenia będzie wynikała z potrzeby społecznego oddziaływania skazania. Negatywną przesłanką orzeczenia podania wyroku do publicznej wiadomości jest naruszenie interesów pokrzywdzonego. Konsekwencją tych zmian stało się uchylenie art. 178 § 2 i art. 178a § 3 k.k., zawierających samoistną, fakultatywną podstawę orzeczenia środka karnego w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości. Ponadto nastąpiło zaostrzenie odpowiedzialności za typy kwalifikowane przestępstwa zabójstwa (art. 148 § 2 k.k.) poprzez wyeliminowanie kary terminowej pozbawienia wolności i pozostawienie kary 25 lat pozbawienia wolności oraz dożywotniego pozbawienia wolności<sup>2</sup>. Ostatecznie nowela nie wprowadziła proponowanej zmiany w art. 161 § 1

<sup>1</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustaw – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy, 5 marca 2005 r., druk sejmowy nr 2693; zob. także P. Sarnecki, *Ocena zgodności z Konstytucją dwóch wariantów projektu art. 41a kodeksu karnego z dnia 17 stycznia 2005 r.*, [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl).

<sup>2</sup> Zob. szerzej J. Kulesza, *Niektóre problemy stosowania sankcji bezwzględnie oznaczonej*, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 11, s. 68–89; E. Łętowska, *Kara za zabójstwo kwalifikowane – problematyka konstytucyjna*, *Państwo i Prawo* 2006, z. 10, s. 5–24; A. Sakowicz, *Sankcja bezwzględnie oznaczona (uwagi krytyczne na tle art. 148 § 2 k.k.)*, *Państwo i Prawo* 2006, z. 5, s. 18–31; A. Zoll, *Znaczenie konstytucyjnej*

i 2 k.k., tj. w zakresie umyślnego występku bezpośredniego narażenia innej osoby na zarażenie wirusem HIV (§ 1) oraz umyślnego narażenia na zarażenie chorobą weneryczną lub zakaźną, ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu (§ 2). Wedle planowanych zmian zamierzano podwyższyć, za czyn określony w art. 161 § 1 k.k., granice wymiaru kary z istniejącego zagrożenia do 3 lat pozbawienia wolności na zagrożenie karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat, w § 2 zaś – od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności.

W związku z powyższym nie można zgodzić się z poglądem wypowiedzianym w doktrynie prawa karnego, że „określenie nowelizacji «antypedofilska» znajduje pełne uzasadnienie przede wszystkim w charakterze zmian, jakie ona przyniosła, odwołujących się praktycznie w każdym ze znowelizowanych przepisów bezpośrednio lub pośrednio do popełnienia przestępstwa na szkodę małoletniego”<sup>3</sup>.

Abstrahując w tym miejscu od dalszej charakterystyki zmian, które zostały wprowadzone nowelą z dnia 27 lipca 2005 r. do trzech ustaw o charakterze kodeksowym, trzeba jedynie zauważyć, że wynika z nich niepokojący wniosek o charakterze ogólnym. Oto w celu „walki z pedofilią” zostały dokonane zmiany przepisów, które nie mają z nią nic wspólnego. Dobitnie wyraża to M. Filar, pisząc, że powoływanie się na „szlachetną chęć walki z pedofilią” przy wprowadzaniu zmian zawartych w ustawie nowelizacyjnej z dnia 27 lipca 2005 r. było „nadużyciem, polityczno-legislacyjnym trickiem, coraz częściej w naszej legislacji stosowanym”<sup>4</sup>. Trudno więc doszukać się poprawności w tej praktyce legislacyjnej, jak również zaakceptować ją z uwagi na zasady racjonalnej polityki kryminalnej. Raczej są one podyktowane chęcią zaostreżenia środków reakcji prawnokarnej stosowanych wobec sprawców przestępstw związanych z seksualnym wykorzystaniem małoletnich (ale nie tylko wobec tego rodzaju sprawców przestępstw), niż wynikają z głębszego zastanowienia się i ewentualnej potrzeby zmian istniejących przepisów<sup>5</sup>.

Nie ten, jednak, interesujący i godny bliższej uwagi problem tworzenia przepisów prawnokarnych, także pod kątem spójności aksjologicznej, będzie przedmiotem poniższych rozważań. Poza główną cechą nowelizacji z dnia 27 lipca 2005 r., wyrażającą się w zaostreżeniu środków reakcji prawnokarnej stosowanych wobec sprawców

zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2006, nr 2, s. 334–335.

<sup>3</sup> Por. A. Golonka, *Nowe oblicze walki z pedofilią w świetle nowelizacji kodeksu karnego*, *Paestra* 2008, nr 3–4, s. 29.

<sup>4</sup> Por. M. Filar, „*Druga*” nowelizacja kodeksu karnego dotycząca tzw. przestępstw seksualnych, *Państwo i Prawo* 2006, z. 3, s. 42.

<sup>5</sup> W zakresie polityki karnej sądów wobec sprawców przestępstw seksualnych zob. T. Szymanowski, *Polityka karna i penitencjarna w Polsce w okresie przemian prawa karnego: podstawowe problemy w świetle badań empirycznych*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 68–69, na temat oceny zmian legislacyjnych przepisów rozdziału XXV k.k. zob. M. Filar, *Nowelizacja kodeksu karnego w zakresie tzw. przestępstw seksualnych, Prokuratura i Prawo* 2004, nr 11–12, s. 21–34; idem, „*Druga*” nowelizacja kodeksu karnego... op. cit., s. 39–55; J. Warylewski, *Nowelizacje Kodeksu karnego z 1997 r. w zakresie przestępstw seksualnych oraz ich konsekwencje*, w: T. Bojarski (red.), *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r.: materiały z konferencji naukowej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2006, s. 229–247; idem, *Nowelizacja Kodeksu karnego z dnia 18 marca 2004 r. oraz jej konsekwencje w zakresie przestępstw seksualnych*, w: T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Wydawnictwo „Sto”, Bielsko-Biała 2006, s. 143–151.

przestępstw seksualnych popełnianych na szkodę małoletnich, wprowadzono dwa nowe środki karne: a) zakaz prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi (art. 39 pkt 2a k.k.) oraz b) obowiązek powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakaz kontaktowania się z określonymi osobami lub zakaz opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu (art. 39 pkt 2b k.k.). Z uwagi na ograniczone ramy niniejszego opracowania przedmiotem analizy zostanie objęty pierwszy z powyższych środków.

Podstawa prawna orzekania zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi (art. 39 pkt 2a k.k.) znalazła się w art. 41 § 1a i 1b k.k. W tym przepisie zostały umieszczone dwie podstawy – fakultatywna i obligatoryjna – orzekania nowego środka karnego „na zawsze”.

Pierwsza z nich (fakultatywna) wskazuje, że sąd może orzec zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi, na zawsze w razie skazania na karę pozbawienia wolności za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego (art. 41 § 1a k.k.). Z kolei druga podstawa (obligatoryjna) orzekania środka karnego, o którym jest mowa w art. 39 pkt 2a k.k., jest uzależniona od ponownego skazania osoby w związku z popełnieniem przestępstwa przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego (art. 41 § 1b k.k.). Z powyższego zestawienia podstaw prawnych stosowania środka karnego w postaci zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi płynie kilka uwag natury ogólnej.

Wydawałoby się, że środek karny określony w art. 39 pkt 2a k.k. jest bardzo zbliżony do środka karnego określonego w art. 39 pkt 2 k.k., tj. zakazu zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Tymczasem już analiza ogólna obu regulacji prawnych wskazuje, że pomimo istniejących podobieństw trudno jest mówić o zakazie z art. 39 pkt 2a k.k. jako regulacji szczególnej. Wynika to z faktu, że wprawdzie środek karny z art. 39 pkt 2a k.k. jest ograniczony jedynie do zakazu działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi, ale okazuje się przedmiotowo szerszy niż zakaz z art. 39 pkt 2 k.k., ponieważ obejmuje nie tylko określone, lecz także „wszelkie” „zawody” albo „działalności” związane z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi<sup>6</sup>. Ponadto w treści przepisu art. 39 pkt 2a k.k. jest mowa o „działalności”, gdy zaś tzw. zwykły zakaz z art. 39 pkt 2 k.k. obejmuje jedynie „działalność gospodarczą”. Konsekwencje takiego stanu rzeczy są daleko idące. Oto bowiem nowo dodany środek karny z art. 39 pkt 2a k.k. obejmie również działalność, która nie ma charakteru „gospodarczego”, ale np. społeczną czy charytatywną.

<sup>6</sup> S. Szyrmer, *Nowelizacja prawa karnego w świetle ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustaw – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 163, poz. 1363)*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2006, z. 1, s. 55; Z. Sienkiewicz, w: M. Bojarski (red.), J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, wyd. 3, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2007, s. 298.

W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że stosowanie zakazu z art. 39 pkt 2a k.k. w najszerszym wariantcie, czyli gdy zostanie orzeczony zakaz wykonywania wszelkich zawodów (stanowisk, działalności) związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi, może rodzić wątpliwości z punktu widzenia zasady pewności prawa, ponieważ „przesuwa kwestię określenia nałożonej na sprawcę sankcji na płaszczyznę wykonawczą, co więcej – przesuwa ją w ogóle poza obszar wymiaru sprawiedliwości”<sup>7</sup>. Równocześnie powoduje, że to przyszli pracodawcy skazanego będą musieli udzielić odpowiedzi, czy oferowana przez nich praca mieści się w obrębie przedmiotowego zakazu. Niedookreśloność zakazu nie pozostaje bez wpływu na sytuację prawną skazanego, który także musi ocenić, czy wykonywanie zawodu, zajmowanie stanowiska lub prowadzenie działalności nie jest związane z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi. Gdyby jednak tak się stało, że osoba skazana wykonuje taki zawód (zajmuje odpowiednie stanowisko, prowadzi działalność), wówczas wypełniłaby swoim zachowaniem dyspozycję art. 244 k.k., tj. niestosowanie się do orzeczonego przez sąd zakazu. Z uwagi na szeroki, niedookreślony zakres zastosowania omawianego tu środka karnego trudno będzie odpowiedzieć na pytanie, czy określona aktywność osoby skazanej pozostaje, czy też nie, w związku z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi.

Powyższa sytuacja rodzi wątpliwości natury konstytucyjnej. Na gruncie prawa karnego tradycyjnie przyjmuje się, że zakaz albo nakaz obwarowany sankcją karną powinien być sformułowany w sposób precyzyjny i ścisły. Jest to jedna z podstawowych zasad prawa karnego, której obowiązywanie w demokratycznym państwie prawnym nie budzi wątpliwości. Wymóg ustawowej określoności czynów zabronionych i ich typów statuuje art. 42 Konstytucji RP<sup>8</sup>. Zasada ta wraz z pozostałymi podstawowymi regułami prawa karnego służy, na co powszechnie zwraca się uwagę w doktrynie, gwarancji ochrony prawnej jednostek przed arbitralnością oraz nadużyciami ze strony organów władzy publicznej, w tym „dowolnością orzekania i sposobu wykonywania następstw czynów zabronionych, niewspółmierności tych następstw do winy i karygodności czynu”<sup>9</sup>. Dlatego też słusznie zwraca się uwagę, że norma karna, realizując wskazane powyżej postulaty, powinna w konsekwencji wskazywać w sposób jednoznaczny zarówno osobę, do której skierowany jest zakaz, znamiona czynu zabronionego, jak i rodzaj sankcji grożącej za popełnienie takiego czynu. W przypadku gdy wszystkie te elementy znajdują się w przepisie karnym, wówczas mamy do czynienia z tzw. zupełnym przepisem karnym<sup>10</sup>. Z powyższego płynie wniosek, że zasada określoności nie odnosi się li tylko do czynu karalnego, ale obejmuje także sankcję karną jako zasadę *nulla poena sine lege certa*. Jest ona częścią składową ogólnej zasady legalizmu.

<sup>7</sup> N. Kłaczyńska, w: J. Giezek (red.), N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007, s. 328.

<sup>8</sup> Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1995, s. 50–51; L. Kubicki, *Nowa kodyfikacja karna a Konstytucja RP, Państwo i Prawo* 1998, z. 9–10, s. 25; B. Kunicka-Michalska, w: G. Rejman (red.), *Kodeks karny – część ogólna. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 58.

<sup>9</sup> Zob. K. Buchała, A. Zoll, op. cit., s. 50.

<sup>10</sup> J. Warylewski, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz do rozporządzenia*, Wydawnictwo ABC, Warszawa 2003, s. 328.

Kwestia określoności norm karnych była przedmiotem licznych wypowiedzi TK<sup>11</sup>. W uzasadnieniu postanowienia z 25 września 1991 r. Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że „w demokratycznym państwie prawa funkcją prawa karnego nie jest tylko ochrona państwa i jego instytucji, nie jest także tylko ochrona społeczeństwa lub poszczególnych jednostek przed przestępstwami, ale także, w nie mniejszym stopniu, ochrona jednostki przed samowolą państwa. Prawo karne stwarza dla władzy w demokratycznym państwie prawa barierę, poza którą obywatel powinien czuć się bezpieczny w tym sensie, że bez przekroczenia pola zabronionego pod groźbą kary nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Prawo karne ma wyznaczyć wyraźne granice między tym, co jest dozwolone, a tym, co jest zabronione. Bariera, o której tu mowa, nie powinna być usuwana dla żadnych celów politycznych lub innych. Prawo karne nie jest bowiem instrumentem mającym służyć zachowaniu władzy, lecz jest właśnie tej władzy ograniczeniem”<sup>12</sup>.

W innym orzeczeniu TK zwrócił uwagę, że w demokratycznym państwie prawa „wymaganie określoności dotyczyć musi zarówno materialnych elementów czynu, jak i elementów kary, tak by czyniło to zadość wymaganiu przewidywalności. Przepisy prawne muszą bowiem stwarzać obywatelowi (podmiotowi odpowiedzialności karnej) możliwość uprzedniego i dokładnego rozeznania, jakie mogą być prawno-karne konsekwencje jego postępowania. Materialne elementy czynu, uznanego za przestępny, muszą więc być zdefiniowane w ustawie (zgodnie z konstytucyjną zasadą wyłączności ustawy) w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny (...)”<sup>13</sup>. Wymóg określoności został również wyeksponowany w orzeczeniu TK z dnia 1 marca 1994 r. (sygn. akt U. 7/93)<sup>14</sup>, w którym wskazano, że „niesporne jest, iż w państwie prawnym przepisy karne winny precyzyjnie określać zarówno czyn, jak i karę”.

Mając na uwadze powyższe tezy, należy stwierdzić, że nakaz kompletności sankcji karnej oznacza pełniejsze wyznaczenie jej zakresu podmiotowego i przedmiotowego w kodeksie karnym. Nie może być ona wskazana w sposób blankietowy, niedookreślony czy też niejednoznaczny. Trudno uznać, że sposób ujęcia środka karnego w art. 41 § 1a k.k. spełnia powyższe kryteria. Co więcej, jego nieprecyzyjność, gdy zostanie on orzeczony w postaci najszerszej, tj. wykonywania wszelkich zawodów, zajmowania wszelkich stanowisk bądź prowadzenia wszelkiej działalności, rodzi trudności z prawidłowym odkodowaniem treści regulacji przepisu art. 244 k.k., a co za tym idzie, z udzieleniem odpowiedzi na pytanie, czy określone zachowanie *in concreto* wypełnia znamiona tego występku, czy też nie. Skoro bowiem ustawa wprowadza sankcję w przypadku określonego zachowania zabronionego, nie może ono pozostawiać jednostki w nieświadomości bądź niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony pod groźbą sankcji karnej.

Pozostając w obrębie problematyki związanej z zakresem przedmiotowym środka karnego z art. 39 pkt 2a k.k., odnieść się należy do zarzutu podniesionego w literaturze, że jego zakres powinien „dotyczyć wszelkich aspektów życia społecznego

<sup>11</sup> Postanowienie TK z dnia z 25 września 1991 r., S. 6/91, OTK ZU 1986–1995, t. III, poz. 34; orzeczenie TK z dnia 19 czerwca 1992 r., U 6/92, OTK 1992, nr 1, poz. 13; postanowienie TK z dnia 13 czerwca 1994 r., S 1/94, OTK 1994, nr 1, poz. 28.

<sup>12</sup> Postanowienie TK z dnia z 25 września 1991 r., S. 6/91, OTK ZU 1986–1995, t. III, poz. 34.

<sup>13</sup> Orzeczenie TK z dnia 19 czerwca 1992 r., U 6/92, OTK 1992, nr 1, poz. 13.

<sup>14</sup> Orzeczenie TK z dnia 1 marca 1994 r., U 7/93, OTK 1994, nr 1, poz. 5.

i zawodowego, stwarzających możliwość częstego kontaktowania się z osobami nieletnimi (...), a nie odnosić się do dwóch określonych płaszczyzn, czyli do leczenia małoletnich lub opieki nad nimi”<sup>15</sup>. Nie jest to zarzut uzasadniony. Z treści przepisu art. 39 pkt 2a k.k., jak również z przedstawionej powyżej analizy wynika, że dotyczy on także płaszczyzn związanych z wychowywaniem oraz edukacją osób małoletnich. W ramach wyliczonych płaszczyzn możliwe jest elastyczne orzekanie tego środka karnego, ponieważ sąd ma możliwość objęcia nim wszelkich zawodów (zajmowania stanowisk czy też działalności) związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi, jak również tylko wybranych. Dlatego też możliwe jest w przypadku znamienia „leczenia” ograniczenie się np. tylko do specjalizacji pediatrycznej<sup>16</sup>.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że ustawodawca posłużył się spójnikiem „lub”, czyli alternatywą zwykłą. Umożliwił tym samym sądom możliwość orzekania zakazu zajmowania zarówno wszelkich, jak i tylko pewnych stanowisk bądź zakazu wykonywania wszelkich lub określonych zawodów. Jest to szczególnie istotne z tego względu, że współcześnie nastąpiła daleko idąca specjalizacja zawodowa. Dlatego też wskazana jest swoboda sądu w kreowaniu zakresu przedmiotowego omawianego tu środka<sup>17</sup>. Ustawodawca nie dopuścił natomiast możliwości orzeczenia tego zakazu tylko w zakresie części czynności zawodowych (czy prowadzonej działalności); skoro zatem tego nie uczyniono, to *lege non distinguente* przyjąć należy, że sformułowany w art. 41 § 1a k.k. zakaz dotyczy wszystkich czynności zawodowych, jak również prowadzonej wszelkiej działalności.

Wątpliwości wzbudza natomiast sposób połączenia wypowiedzi normatywnej w zakresie „zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów” z częścią odnoszącą się do rodzajów „działalności” związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi. W tej części ustawodawca posłużył się spójnikiem „albo”, wskazującym na alternatywę rozłączną. Użycie właśnie tego spójnika w treści art. 41 § 1a k.k. wskazuje na rozdzielenie dwóch stanów faktycznych: a) zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów, oraz b) zakazu prowadzenia działalności, aczkolwiek należy dodać, że w obu wypadkach będzie chodziło o związek z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi. Takie rozbitcie zakresów przedmiotowych będzie ograniczało możliwość sądu przy orzekaniu tego środka karnego. Nietrudno sobie wyobrazić taką sytuację, że osoba wykonująca zawód nauczyciela dopuściła się przestępstwa przeciwko wolności seksualnej na szkodę osoby małoletniej, a jednocześnie prowadzi działalność gospodarczą związaną z opieką nad dziećmi<sup>18</sup>. Literalne brzmienie art. 41 § 1a k.k. uniemożliwia objęcie orzekanym środkiem (przy jednoczesnym spełnieniu pozostałych przesłanek) zarówno zakazu wykonywania zawodu nauczyciela, jak i zakazu prowadzenia działalności związanej z opieką nad małoletnimi. Nie będzie możliwe, w omawianym tu przypadku, zastosowanie środka karnego z art. 39 pkt 2 k.k., tj. zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej, ponieważ musi

<sup>15</sup> A. Golonka, op. cit., s. 29–30.

<sup>16</sup> Odmienne A. Golonka, op. cit., s. 30.

<sup>17</sup> Tak A. Golonka, op. cit., s. 33.

<sup>18</sup> Ibidem, s. 33.

nastąpić skazanie sprawcy za przestępstwo w związku z prowadzeniem takiej działalności, a dalsze jej prowadzenie zagraża istotnym dobrom chronionym prawem<sup>19</sup>. Nie wydaje się zatem zasadny pogląd aprobujący możliwość łączenia zakazów z art. 39 pkt 2 i art. 39 pkt 2a k.k.

Przeciwko takiemu stanowisku przemawia zróżnicowanie przesłanek stosowania tych zakazów. Należy w tym miejscu zauważyć, że zakaz zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej (art. 39 pkt 2 k.k.) może być orzeczony, jeżeli sprawca nadużył przy popełnieniu przestępstwa stanowiska lub wykonywanego zawodu albo okazał, że dalsze wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym przez prawo. Oba te warunki nie występują, gdy spojrzymy na kryteria orzekania środka karnego z art. 39 pkt 2a k.k. Jest tu niezbędne, jak wcześniej podkreślono, skazanie sprawcy na karę pozbawienia wolności za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. Doprowadzenie zatem do sytuacji, w której nastąpi łączne stosowanie obu zakazów, przyczyni się do zacierania ich istoty oraz zakresów.

W świetle art. 41 § 1a k.k. pojawiają się również wątpliwości co do rozumienia zakresu „opieki”. Nie jest to termin jednoznaczny. W sensie cywilnoprawnym termin „opieka” oznacza instytucję służącą ochronie interesów osobistych i majątkowych osób małoletnich, niepozostających z różnych powodów pod władzą rodzicielską, oraz osób całkowicie ubezwłasnowolnionych. Osoby te wymagają sprawowania pieczy nad nimi, ich majątkiem oraz ich reprezentowania. Celem opieki nad osobą małoletnią jest stworzenie jej namiastki władzy rodzicielskiej oraz jej prawidłowe wychowanie. Można zatem powiedzieć, że mamy w tym miejscu do czynienia z surogatem władzy rodzicielskiej<sup>20</sup>. Bez wątplenia takie pojęcie opieki mieści się w terminie występującym w przepisie art. 41 § 1a k.k. Jednocześnie należy dodać, że pojęcie to obejmuje nie tylko wszelkie wypadki wykonywania pieczy nad małoletnim, które wynikają z przepisów prawa, lecz także te, które nie są oparte na prawie pozytywnym.

Podzielić należy wątpliwości co do ewentualnej zasadności objęcia terminem „opieka”, w świetle art. 41 § 1a k.k., wypadku sprawowania pieczy nad majątkiem małoletniego. Wydaje się, że jest to zgodne z *ratio legis* analizowanego tu środka karnego<sup>21</sup> oraz zakazem stosowania wykładni rozszerzającej, która – jak wiadomo – w prawie karnym jest niedopuszczalna na niekorzyść sprawcy.

Kolejną kwestią wymagającą bliższego przyjrzenia się przesłankom orzekania zakazu, o którym jest mowa w art. 41 § 1a k.k., jest konieczność popełnienia przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na szkodę małoletniego. Pierwsza kwestia odnosi się do wskazanej powyżej grupy przestępstw. Ustawodawca nie uczynił w przepisie art. 41 § 1a k.k. zastrzeżenia, że chodzi tylko o przestępstwa stypizowane w rozdziale XXV kodeksu karnego. Rodzi to problemy interpretacyjne.

<sup>19</sup> S. Szyrmer, op. cit., s. 55–56.

<sup>20</sup> S. Kalus, *Opieka nad osobą całkowicie ubezwłasnowolnioną*, Uniwersytet Śląski, Katowice 1989, s. 75; J. Marciniak, *Treść i sprawowanie opieki nad małoletnim*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1975, s. 60–61.

<sup>21</sup> M. Budyn-Kulik, w: M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Kraków 2007, s. 106.

W ocenie części doktryny prawa karnego daje bowiem asumpt do stwierdzenia, że zwrot „przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”, użyty w art. 41 § 1a k.k., należy rozumieć jako wskazanie na rodzajowy przedmiot ochrony, co oznacza, iż przepis art. 41 § 1a k.k. ma zastosowanie nie tylko w przypadku skazania za przestępstwo przewidziane w rozdziale XXV kodeksu karnego, lecz także za jakiegokolwiek inne godzące w wolność seksualną lub obyczajność<sup>22</sup>. Wydaje się jednak, że nie jest to pogląd trafny. Trudno przecież znaleźć w kodeksie karnym, poza ramami rozdziału XXV, przestępstwo godzące w wolność seksualną lub obyczajność, które jednocześnie nie będzie wypełniało znamion jakiegokolwiek artykułu umieszczonego w powyższym rozdziale<sup>23</sup>.

Należy zauważyć, że skazanie osoby za jakiegokolwiek przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na szkodę małoletniego będzie dawało możliwość orzeczenia środka karnego z art. 41 § 1a k.k. Za M. Filarem można podać przykład młodego nauczyciela, skazanego na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, który obiecując małżeństwo niespełna 18-letniej uczennicy, skłaniał ją do poddania się czynności seksualnej<sup>24</sup>. W sytuacji gdy będzie to pierwsze skazanie nauczyciela, sąd może zaniechać stosowania tego środka karnego z uwagi na jego fakultatywny charakter. W razie zaś ponownego skazania, w warunkach określonych w art. 41 § 1a k.k., sąd jest już zobligowany orzec zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi. Taki stan rzeczy nasuwa wniosek o zerwaniu przyjętego rozwiązania prawnego z motywami ustawodawczymi, które determinowały jego przyjęcie, ponieważ w uzasadnieniu projektu mowa jest o osobach „o skłonnościach pedofilskich”<sup>25</sup>, nie zaś o wszystkich osobach, które popełniły poprzednio przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. Rozmywa to istotę zakazu, który będzie mógł zostać orzeczony zarówno wobec „pedofila”, jak i wobec osoby, która w ogóle nie cechuje się zaburzeniami preferencji seksualnych, a jedynie dopuściła się przestępstwa przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności<sup>26</sup>.

Nie mniej istotny problem związany jest z interpretacją wymogu popełnienia przestępstwa przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności „na szkodę małoletniego”.

<sup>22</sup> Por. N. Kłaczyńska, w: J. Giezek (red.), N. Kłaczyńska, G. Łabuda, op. cit., s. 328; na gruncie art. 41a k.k. zob. R.A. Stefański, *Środek karny w postaci obowiązku powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakaz kontaktowania się z określonymi osobami lub zakaz opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu*, *Przegląd Sądowy* 2006, nr 6, s. 69; odmiennie, jak się zdaje, J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2007, s. 441 oraz M. Budyn-Kulik, op. cit., s. 107.

<sup>23</sup> Tak A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007, s. 108; M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Cwiąkański, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Wolters Kluwer Business, Kraków 2007, s. 576.

<sup>24</sup> M. Filar, op. cit., s. 53.

<sup>25</sup> *Uzasadnienie...*, op. cit.

<sup>26</sup> Na taką „wadę” środka karnego z art. 41 § 1a k.k. wskazuje także J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna...*, op. cit., s. 441, M. Filar zaś (op. cit., s. 53) pisze dobitnie, że przyjęte rozwiązanie oznacza „wrzucenie do jednego worka zachowań kryminologicznie nie mających ze sobą nic wspólnego, ale także nie mających nic wspólnego z pedofilią czy w ogóle z jakąkolwiek dewiacją seksualną”.



Powstaje wątpliwość, czy sformułowanie „na szkodę małoletniego” powinno być rozumiane w taki sposób, że wskazuje na małoletniego jako na osobę pokrzywdzoną, czy też kładzie nacisk na niezdefiniowane w prawie karnym pojęcie szkody. Problem nie jest błahy, ponieważ konsekwencje wyboru jednej z dróg prowadzą do zasadniczo odmiennych możliwości stosowania zakazu.

Wykładnia językowa art. 41 § 1a k.k. prowadzi do wniosku, że popełnienie czynu zabronionego „na szkodę małoletniego” oznacza, iż szkoda na rzecz małoletniego musi zaistnieć. Wiadomo jednak, że pojęcie „szkody” nie zostało ustawowo zdefiniowane. Na podstawie reguł języka potocznego przyjmuje się, że określenie to odnosi się do wszelkich uszczerbków w dobrach lub interesach prawnie chronionych, których określona osoba doznała wbrew swej woli, a które mogą mieć charakter majątkowy lub niemajątkowy. Szkoda więc może obejmować konsekwencje w sferze psychicznej jednostki, jak też powodować uszczerbek w sferze materialnej, co nie jest zasadniczo kwestionowane na gruncie prawa cywilnego<sup>27</sup>. Obie formy szkody (majątkowa i niemajątkowa) nie są też obce kodeksowi karnemu, czego przykładem jest art. 46 k.k., który w § 1 wskazuje na możliwość orzeczenia środka karnego – obowiązku naprawienia szkody, w § 2 zaś mówi o możliwości orzeczenia nawiązki w celu zadośćuczynienia m.in. za doznaną krzywdę, czyli szkodę niemajątkową.

Mając powyższe uwagi na względzie, można dojść do wniosku, że posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „na szkodę małoletniego” w treści art. 41 § 1a k.k. oznacza, iż chodzi tu o przestępstwo, w którym małoletni był przedmiotem czynności wykonawczej, bądź gdy przedmiotem czynności wykonawczej była osoba pełnoletnia, ale czyn został popełniony w obecności małoletniego<sup>28</sup> lub nosił znamiona zachowania podjętego na szkodę małoletniego.

Równocześnie zwrot „na szkodę małoletniego” może być rozumiany przez pryzmat małoletniego jako osoby, która została pokrzywdzona danym przestępstwem<sup>29</sup>. Pojęcie pokrzywdzonego ma definicję legalną w art. 49 § 1 kodeksu postępowania karnego. Obejmuje ono osobę, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Literalna jego wykładnia prowadzi do wniosku, że możliwe jest zarówno przyjęcie, iż pokrzywdzonym jest ten, czyje (jakikolwiek) do-

<sup>27</sup> Według R. Longchamps de Berier „szkodą jest każdy uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy dotyczący osobę bez prawnego usprawiedliwienia”, zob. R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Księgarnia Akademicka, Poznań 1948, s. 239. Także A. Szpunar definiuje szkodę jako „wszelki uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy” (A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1975, s. 27). Podobną definicję podaje A. Ohanowicz, w: J. Górski, A. Ohanowicz, *Zarys prawa zobowiązań*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1970, s. 46 oraz Z. Radwański, który definiuje szkodę jako „wszelkie uszczerbki na dobrach lub interesach prawnie chronionych, których poszkodowany doznał wbrew swojej woli” (Z. Radwański, *Prawo zobowiązań*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1986, s. 76). Natomiast W. Warkało określa ją wąsko, jako „uszczerbek, jakiego doznał poszkodowany w swych dobrach majątkowych” (W. Warkało, *Odpowiedzialność odszkodowawcza – funkcje, rodzaje, granice*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1972, s. 125–126). Na gruncie prawa karnego zob. rozważania W. Kubala, *Pojęcie szkody w kodeksie karnym*, Państwo i Prawo 1975, z. 5, s. 73–86; R. Kaczmarek, *Pojęcie szkody w literaturze karnistycznej w porównaniu z cywilnoprawną jej kwalifikacją*, *Nowe Prawo* 1982, nr 11–12, s. 59 i n.; Z. Gostyński, *Obowiązek naprawienia szkody w nowym ustawodawstwie karnym*, Zakamycze, Kraków 1999, s. 65–67; idem, *Karnoprawny obowiązek naprawienia szkody*, Uniwersytet Śląski, Katowice 1984, s. 105 i n.

<sup>28</sup> M. Budyn-Kulik, op. cit., s. 108.

<sup>29</sup> A. Golonka, op. cit., s. 32–33.

bro prawne zostało naruszone lub zagrożone w wyniku zdarzenia, które jest przestępstwem (definicja czysto procesowa), jak i przyjęcie, że pojemność definicji pokrzywdzonego wyznaczona jest przez znamiona przestępstwa, w wyniku którego doszło do naruszenia lub zagrożenia jego dobra prawnego (definicja materialna).

W orzecznictwie oraz literaturze akceptację zdobyła druga ze wskazanych definicji, czyli opowiedziano się za materialną definicją pokrzywdzonego. W jednym z judykatów SN stwierdził, że pojęcie pokrzywdzonego „relatywizuje się jedynie do zespołu znamion przestępstwa będącego przedmiotem postępowania. Nie ma przy tym decydującego znaczenia to, czy fakt pokrzywdzenia konkretnej osoby fizycznej lub prawnej został uzewnętrzniony w opisie czynu zarzucanego sprawcy, a niekiedy nawet w przyjętej kwalifikacji prawnej. Nie może mieć przy tym znaczenia to, czy dobro prawne naruszone lub zagrożone przez przestępstwo jest głównym, czy też ubocznym przedmiotem ochrony na tle konkretnej normy prawnej”<sup>30</sup>.

Nie jest zaś w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. „pokrzywdzonym ten, czyje dobro, choćby było dobrem prawnie chronionym, zostało zagrożone lub naruszone przez czyn, który jest przestępstwem, co jednak nie należy do jego ustawowych znamion. Ocenę, czy doszło do bezpośredniego naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego danego podmiotu, należy opierać na analizie okoliczności każdego czynu będącego przedmiotem postępowania. Konieczne jest ustalenie w każdym jednostkowym wypadku naruszenia normy karnej zakresu ochrony i poszukiwanie związku pomiędzy znamionami czynu a zagrożeniem dobra prawnego konkretnego podmiotu”<sup>31</sup>. Wprawdzie w orzecznictwie SN wskazuje się, że o bezpośrednim naruszeniu lub zagrożeniu dobra konkretnej osoby może być mowa także wówczas, gdy czyn ten nie narusza równocześnie znamion przestępstwa na szkodę tej osoby<sup>32</sup>, jednak zwraca się uwagę, iż w takiej sytuacji również musi zachodzić stosunek bezpośredniości (tj. relacja bez ogniw pośrednich) pomiędzy przestępstwem a naruszeniem lub zagrożeniem dobra prawnego<sup>33</sup>. Dodaje się równocześnie, że analiza winna być dokonywana z uwzględnieniem indywidualnego (bezpośredniego) przedmiotu ochrony, właśnie to dobro

<sup>30</sup> Uchwała połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z dnia 26 listopada 1976 r., VI KZP 11/75, OSNKW 1977, z. 1–2, poz. 1. W nowszym orzecznictwie zob. uchwała SN z dnia 15 września 1999 r., I KZP 26/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 69; uchwała SN z dnia 21 października 2003 r., I KZP 29/03, OSNKW 2003, nr 11–12, poz. 94; w literaturze zob. R. Kmieciak, *Ustawowa definicja pokrzywdzonego (uwagi na tle art. 40 KPK)*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Sectio G Ius*, t. XXIV, Lublin 1977, s. 165; B. Gronowska, *Ochrona uprawnień pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym. Zagadnienia karnoprocesowe i wiktymologiczne*, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń 1989, s. 21; W. Posnow, *Sytuacja pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w polskim procesie karnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1991, s. 18; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 198; P. Hofmański, E. Sądziak, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 282; J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 181. Za takim ujęciem opowiada się również M. Cieślak, który eksponuje procesowe aspekty pojęcia pokrzywdzonego, wskazując na zespół uprawnień procesowych związanych z tym statusem, zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna: podstawowe założenia teoretyczne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1984, s. 36–37.

<sup>31</sup> Zob. uzasadnienie uchwały SN z dnia 15 września 1999 r., I KZP 26/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 69.

<sup>32</sup> Postanowienie SN z dnia 23 kwietnia 2002 r., I KZP 10/02, OSPriP 2002, nr 7–8, poz. 1.

<sup>33</sup> M. Siwik, *Glosa do postanowienia SN z dnia 23 kwietnia 2002 r.*, I KZP 10/02, *Prokuratura i Prawo* 2004, nr 3, s. 113; W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. 1, Oficyna

bowiem atakuje swym zamachem sprawca (przedmiot zamachu)<sup>34</sup>. Nie sposób więc nie zauważyć, że położenie akcentu na osobę małoletniego, jako pokrzywdzonego w związku z przestępstwem przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności, będzie oznaczało ograniczenie stosowania omawianego środka karnego jedynie do sprawców tych przestępstw, w których małoletni był przedmiotem czynności wykonawczej.

Ustalając treść określenia „na szkodę małoletniego”, odwołać się trzeba w pierwszej kolejności do kontekstu normy, w której zostało ono użyte, a następnie do konstrukcji całego przepisu. Należy również mieć na uwadze założenia teleologiczne, jakie leżą u podstaw przyjęcia środka karnego w postaci zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi. Powyższe uwagi wskazują, że ów zakaz powinien znaleźć zastosowanie do osób skazanych za przestępstwa o charakterze seksualnym, w następstwie których doszło do bezpośredniego naruszenia dobra osobistego małoletniego<sup>35</sup>.

Kolejną kwestią, którą należy podnieść w tym miejscu, będzie okres, na jaki jest orzekany środek karny w postaci zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi. Niejasność treści art. 41 § 1a i 1b k.k. w tej materii budzi wątpliwości interpretacyjne. Pojawia się nawet nietrafny pogląd mówiący, że ustawodawca nie przewidział w ogóle możliwości orzekania tego środka karnego terminowo<sup>36</sup>. Za takim stanowiskiem przemawiają dyrektywy wykładni językowej. Posłużenie się nimi przy wykładni art. 41 § 1a i § 1b k.k. prowadzi do wniosku, że sąd jest uprawniony do orzeczenia zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo rodzajów działalności związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi w razie skazania osoby na karę pozbawienia wolności za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności, które zostało popełnione na szkodę małoletniego (art. 41 § 1a k.k.). Z kolei w § 1b tegoż artykułu mowa jest o obowiązku orzeczenia przez sąd zakazu, gdy sprawca zostanie ponownie skazany w warunkach określonych w art. 41 § 1a k.k.

Zarówno w przypadku zakazu z § 1a, jak i § 1b art. 41 k.k. mowa jest jedynie o jego orzekaniu „na zawsze”. Abstrahując od poprawności językowej tego sformułowania, które winno być zastąpione terminem „dożywotnio”<sup>37</sup>, ustawodawca nie wska-

Wydawnicza „Branta”, Bydgoszcz 2000, s. 212; idem, w: *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, Warszawa 1998, nr 14, s. 148.

<sup>34</sup> Por. Z. Gostyński, R.A. Stefański, w: Z. Gostyński (red.), J. Bratoszewski, L. Gardocki, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Wydawnictwo ABC, Warszawa 2004, s. 424. Nie jest jednak istotne to, czy chronione dobro prawne jest głównym, czy też jedynie ubocznym przedmiotem ochrony, zamieszczonym w dyspozycji danego przepisu, zob. T. Grzegorzczak, op. cit., s. 197; K. Dudka, *Skuteczność instrumentów ochrony praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w świetle badań empirycznych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2006, s. 20.

<sup>35</sup> A. Golonka, op. cit., s. 33.

<sup>36</sup> Tak N. Kłaczyńska, op. cit., s. 329.

<sup>37</sup> Trafnie podnosi się w literaturze, że określenie „na zawsze” może sugerować, iż chodzi o zakaz nieokreślony pod względem czasowym. W języku potocznym słowo to oznacza „na wieczne czasy, na stałe, bez możliwości zmiany danej sytuacji, stanu”. Na gruncie przepisów art. 41 § 1a i § 1b, 41a § 3, 42 § 3 i 4 k.k. chodzi zatem o okres, który nie jest oznaczony w latach, ale o czas do końca życia skazanego. Jest to więc środek nadal terminowy, acz mający bezwzględną nieprzekraczalną granicę, tak np. M. Budyn-Kulik, op. cit., s. 108; R.A. Stefański, *Środek karny...*, op. cit., s. 78. Także N. Kłaczyńska zwraca

zał w art. 41 § 1a i 1b k.k., ani w żadnym innym przepisie kodeksu karnego, kiedy środek ten może zostać wymierzony na inny okres niż „na zawsze”. Tymczasem w art. 43 § 1 pkt 2 ustawodawca, określając czas trwania środków karnych z art. 39 pkt 2a k.k., mówi o okresie od 1 roku do 15 lat, przy czym zastrzega się, że tak jest, „jeżeli ustawa nie stanowi inaczej”. Już z powyższego płynie wniosek, że nie ma żadnej wątpliwości, iż zakaz wskazany w art. 39 pkt 2a k.k. może zostać orzeczony na czas określony.

Powstaje zatem pytanie, jakie przesłanki determinują orzeczenie zakazu wymienionego w art. 39 pkt 2a k.k. na czas określony. Odpowiedzenie na tak postawione pytanie wymaga wcześniejszego sięgnięcia do przepisu art. 41 § 1a i § 1b k.k. w celu zrekonstruowania przesłanek orzekania tego środka karnego „na zawsze”. Jak już wiadomo, orzeczenie zakazu z art. 39 pkt 2a k.k. w sytuacji określonej w art. 41 § 1a i § 1b k.k. jest możliwe, gdy: a) sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności, b) kara została orzeczona za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności, c) przestępstwo zostało popełnione na szkodę małoletniego. Są to trzy przesłanki warunkujące orzeczenie zakazu z art. 41 § 1a k.k. „na zawsze”, ale tylko fakultatywnie. W przypadku orzeczenia zakazu o charakterze obligatoryjnym konieczne jest spełnienie dodatkowej, czwartej przesłanki, czyli ponownego skazania w warunkach art. 41 § 1a k.k. (*vide* art. 41 § 1b k.k.). Wystąpienie przesłanek b) – czyli skazanie sprawcy za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności, oraz c) – czyli wymóg popełnienia przestępstwa na szkodę małoletniego, jest niezbędne z uwagi na potrzebę zachowania istotowej tożsamości omawianego tu środka karnego oraz założeń teleologicznych związanych z jego wprowadzeniem. Są to zatem przesłanki stałe. Muszą wystąpić, gdy zakaz prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi jest orzekany zarówno „na zawsze”, jak i na czas określony, tj. w przedziale czasowym od 1 roku do 15 lat. Popełnienie przestępstwa innego aniżeli naruszające wolność seksualną lub obyczajność, jak również popełnienie przestępstwa z rozdziału XXV kodeksu karnego, ale nie „na szkodę małoletniego”, wyklucza możliwość orzeczenia zakazu z art. 39 pkt 2a k.k.<sup>38</sup>

Inny charakter ma natomiast przesłanka pierwsza (a), tj. wymóg skazania sprawcy na karę pozbawienia wolności. Wprawdzie jest ona wymogiem konstytucyjnym orzeczenia zakazu z art. 41 § 1a i § 1b k.k. „na zawsze”, ale nie decyduje o jego naturze. Tu zatem tkwi wskazówka do udzielenia odpowiedzi na pytanie, kiedy ów środek jest orzekany na czas określony, a kiedy „na zawsze”. Otóż należy przyjąć, że orzeczenie zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony będzie możliwe wówczas, gdy sąd orzeknie wobec sprawcy przestępstwa przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności popełnionego na szkodę małoletniego karę łagodniejszego rodzaju niż kara pozbawienia wolności. Skazanie zaś takiej osoby na karę pozbawienia wolności (także w razie warunkowego zawieszenia wykonania takiej kary, nie następuje tu bowiem ograniczenie spotykane np. w art. 41a § 2 k.k. tylko do kary pozbawienia wolności „bez warunkowego zawieszenia jej wykonania”<sup>39</sup>) otwiera sądowi możliwość orze-

uwagę, że w art. 41 § 1a i § 1b k.k. mowa jest o zakazie stosowanym „dożywotnio”, do „końca życia skazanego” (N. Kłaczyńska, op. cit., s. 329).

<sup>38</sup> Podobnie A. Golonka, op. cit., s. 35.

<sup>39</sup> N. Kłaczyńska, op. cit., s. 328.

czenia fakultatywnego zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi „na zawsze”<sup>40</sup>. Analiza sankcji karnych przestępstw z rozdziału XXV „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności” kodeksu karnego wskazuje jednoznacznie, że możliwość orzeczenia zakazu z art. 39 pkt 2a k.k. na czas oznaczony może nastąpić – z zasady – wyjątkowo. Jedynie w przypadku popełnienia przestępstwa z art. 202 § 1 i § 2 k.k. zachodzi, z uwagi na przewidzianą w tych przepisach sankcję alternatywną (grzywna, ograniczenie wolności i pozbawienie wolności), możliwość skazania osoby na karę inną niż kara pozbawienia wolności. Oczywiście krąg takich przypadków, gdy sąd wobec sprawcy przestępstwa przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności popełnionego na szkodę małoletniego orzeknie karę łagodniejszą niż pozbawienie wolności, może zostać poszerzony w drodze zastosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary. Jednak nie należy oczekiwać zbyt wielu takich przypadków. Konsekwencja takiego stanu rzeczy nasuwa wniosek, że sposób uregulowania przesłanek zakazu z art. 39 pkt 2a k.k. wskazuje na ich „nadrepresyjność”, ponieważ pierwszeństwo uzyskały względy polityczno-ideologiczne nad rzeczywistymi przesłankami polityczno-kryminalnymi, którymi powinien kierować się racjonalny prawodawca<sup>41</sup>.

Na brak kompleksowej spójności ustawy nowelizacyjnej z dnia 27 lipca 2007 r. wskazuje również regulacja art. 84 § 2 k.k., która odwołuje się do art. 41 § 1a k.k. Zgodnie z art. 84 § 1 k.k. po upływie połowy okresu, na który orzeczono środki karne wymienione w art. 39 pkt 1–3 k.k., sąd może uznać je za wykonane, jeżeli skazany przestrzegał porządku prawnego, a środek karny był w stosunku do niego wykonywany przynajmniej przez rok. W § 2 tego artykułu stwierdza się, że „przepisu § 1 nie stosuje się, jeżeli środki karne wymienione w art. 39 pkt 2–3 orzeczono na podstawie art. 41 § 1a, art. 41a § 3 albo art. 42 § 2 lub 3”. Analiza poczynionego wyłączenia w art. 84 § 2 k.k. jest zastanawiająca. Obejmuje ona podstawy (fakultatywne – art. 41 § 1a, art. 41a § 3 i art. 42 § 2 k.k. oraz podstawę obligatoryjną – art. 42 § 3 k.k.) orzeczenia środków karnych „na zawsze”, czyli inaczej i poprawnie mówiąc – dożywotnio. Jednak ustawodawca nie działa w tej kwestii konsekwentnie. Z niewiadomych powodów w treści art. 84 § 2 k.k. zabrakło przepisu art. 41 § 1b k.k., który – jak wiadomo – stwarza podstawy do obligatoryjnego orzeczenia „na zawsze” zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi. Czy ustawodawca w tym miejscu pomylił podstawę obowiązkowego orzekania „na zawsze” przytoczonego zakazu z jego istotą<sup>42</sup>? Wydaje się, że tak, choć takie stwierdzenie narusza domniemanie o racjonalności działania prawodawcy. Pominięcie art. 41 § 1b k.k. w katalogu przepisów wskazanych w art. 84 § 2 k.k. może bowiem rodzić nadzieję dla sprawcy skazanego na podstawie art. 41 § 1b k.k. na ewentualną możliwość skorzystania z dobrodziej-

<sup>40</sup> Zob. A. Golonka, op. cit., s. 35; S. Szyrmer, op. cit., s. 56–57.

<sup>41</sup> Trafnie pisze A. Golonka (op. cit., s. 35), że treść art. 41 § 1a k.k. „uzasadnia nakładanie (...) zakazu z samej tylko zasady”. Jest tym samym pozbawione jakichkolwiek racjonalnych względów celowościowych.

<sup>42</sup> Na taką możliwość wskazuje A. Golonka, op. cit., s. 36; zob. również uwagi krytyczne M. Świerka, *Duża zmiana w prawie karnym, ale i sporo wątpliwości*, *Rzeczpospolita* z 2 listopada 2005 r., nr 256, s. C 4.

stwa instytucji określonej w art. 84 § 1 k.k. Nic bardziej mylnego. Charakter prawny tej instytucji polega na bezwarunkowym uznaniu za wykonane orzeczonych środków karnych (art. 39 pkt 1–3 k.k.), jeżeli określony środek wykonywany był przez połowę okresu, na jaki został orzeczony, i przynajmniej przez rok, a skazany przestrzegał w tym czasie porządku prawnego, nadto możliwość wcześniejszego uznania wykonania środka karnego ma stanowić dodatkowy czynnik motywujący skazanego do przestrzegania porządku prawnego. Z powyższego wynika, że długość orzeczonego środka jest wiadoma od samego początku, co bezspornie wskazuje na charakter terminowy środka karnego. Inaczej przedstawia się sytuacja na gruncie art. 41 § 1b k.k. Brak jest tu wyraźnego okresu jego wykonywania, ponieważ zakaz określony w tym artykule jest orzekany obligatoryjnie „na zawsze”. Z oczywistych względów nie można zatem ustalić upływu połowy wykonywania tego środka karnego.

Reasumując powyższe wywody, należy podkreślić szczytny cel zmian – ochronę osób małoletnich przed „kontynuowaniem działalności przestępczej przez osoby, które z pobudek seksualnych dopuszczają się groźnych przestępstw”. Nie można też odmówić słuszności motywom ustawodawczym, jakie spowodowały przyjęcie nowych środków – zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi (art. 39 pkt 2a k.k.). Niemniej jednak liczne wątpliwości interpretacyjne co do charakteru tych środków karnych, przesłanek uzasadniających stosowanie, okresów oraz zakresów przedmiotowych ich stosowania „kładą się cieniem” na nowelizację z dnia 27 lipca 2005 r. Wprowadzone przepisy zawierają nowe zwroty oraz pojęcia, którym obca jest precyzja i jednoznaczność, a przecież – jak słusznie zauważa TK – każdy przepis prawny winien być skonstruowany poprawnie z punktu widzenia językowego i logicznego. Wymóg jasności oznacza nakaz tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy oczekiwać mogą stanowienia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Związana z jasnością precyzja przepisu winna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak aby ich treść była oczywista i pozwalała na wyegzekwowanie<sup>43</sup>. Taki stan rzeczy rodzi konieczność wychodzenia poza obręb wykładni językowej i sięgania do wykładni systemowej, choćby w celu zrozumienia treści zwrotu „na szkodę małoletniego” czy zakreślenia granic zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi.

Nie sposób nie zauważyć, że przepisy regulujące nowe środki karne zawierają błędy wewnątrzsystemowe, które uniemożliwiają osiągnięcie spójności w obrębie kodeksu karnego (czego przykładem jest pominięcie w treści art. 84 § 2 k.k. przepisu art. 41 § 1b k.k.), jak również naruszają dotychczasowe założenia politycznokryminalne wobec sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, ponieważ – wbrew intencjom projektodawczym – mogą być stosowane wobec osób, które nie wykazują zaburzeń preferencji seksualnych (*vide* art. 41 § 1a k.k.). Z ostatnią uwagą wiąże się również pytanie o zasadność stosowania tak represyjnych środków karnych na tak szeroką skalę. Niestety, nie można na nie znaleźć przekonującej odpowiedzi, ani w uzasadnieniu projektu noweli, ani w toku procesu legislacyjnego.

<sup>43</sup> Wyrok TK z dnia 21 marca 2001 r., K. 24/2000, OTK ZU 2001, nr 3, poz. 51.