

PREWENCJA INDYWIDUALNA W PROCESIE KARNYM

Arkadiusz Lach

PREWENCJA INDYWIDUALNA W PROCESIE KARNYM

Arkadiusz Lach

SERIA **MONOGRAFIE**

Publikacja prezentuje wyniki projektu badawczego sfinansowanego z przyznanego przez Narodowe Centrum Nauki grantu nr 2017/25/B/HS5/01308 pt. Prewencja indywidualna jako uzasadnienie wprowadzenia i stosowania instytucji karnoprocesowych

Stan prawny na 20 sierpnia 2020 r.

Recenzent

Prof. dr hab. Andrzej Sakowicz

Wydawca

Dagna Kordyasz

Redaktor prowadzący

Joanna Ołówek

Opracowanie redakcyjne

Joanna Maż

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2020

ISBN 978-83-8223-115-1

ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przykopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIIS TREŚCI

Wykaz ważniejszych skrótów	9
Wstęp	11
Rozdział 1	
Pojęcie prewencji indywidualnej, rozwój koncepcji i jej znaczenie	17
1.1. Pojęcie prewencji indywidualnej	17
1.2. Rozwój koncepcji prewencyjnego wymiaru sprawiedliwości	27
1.3. Rozwój koncepcji prewencji indywidualnej w procesie karnym	55
1.4. Obszary realizacji prewencji indywidualnej	66
Rozdział 2	
Prewencja indywidualna w prawie karnym materialnym	67
2.1. Prewencja jako funkcja prawa karnego materialnego	67
2.2. Kryminalizacja	68
2.3. Kary	79
2.4. Środki karne	82
2.5. Środki zabezpieczające	82
2.6. Środki probacyjne	84
2.7. Inne środki	85
2.8. Dane o karalności	85

Rozdział 3**Prewencja indywidualna w prawie cywilnym,
administracyjnym, środkach postpenalnych**

i postępowaniu dyscyplinarnym	88
3.1. Proces karny a inne niż prawo karne gałęzie prawa w kontekście prewencji indywidualnej	88
3.2. Prewencja indywidualna w prawie cywilnym	95
3.3. Postpenalne pozbawienie wolności	99
3.4. Prewencja indywidualna w prawie administracyjnym ...	106
3.5. Prewencja indywidualna w postępowaniu dyscyplinarnym	114

Rozdział 4**Prewencja indywidualna w prowadzeniu
czynności operacyjno-rozpoznawczych**

i administracyjno-porządkowych Policji	115
4.1. Pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych i administracyjno-porządkowych	115
4.2. Czynności operacyjno-rozpoznawcze i administracyjno- porządkowe a czynności procesowe	117
4.3. Prewencja indywidualna jako przesłanka prowadzenia kontroli operacyjnej i innych czynności operacyjno- rozpoznawczych	121
4.4. Prewencja indywidualna jako przesłanka prowadzenia czynności administracyjno-porządkowych	125

Rozdział 5

Prewencja indywidualna a proces karny	146
5.1. Prewencja jako cel procesu karnego	146
5.2. Prewencja indywidualna a zasada prawa do obrony ...	156
5.3. Prewencja indywidualna a zasady prawdy materiałnej	156
5.4. Prewencja indywidualna a zasada domniemania niewinności	157
5.5. Domniemanie niestwarzania zagrożenia	166
5.6. Zasada proporcjonalności	169
5.7. Zakaz podwójnego karania	172

Rozdział 6**Prewencja indywidualna jako uzasadnienie**

dla wprowadzania regulacji karnoprosesowych	173
6.1. Powody wprowadzania środków prewencji indywidualnej do procesu karnego	173
6.2. Odwołania do prewencji indywidualnej w pracach legislacyjnych przy wprowadzaniu poszczególnych regulacji	176
6.3. Ocena roli prewencji indywidualnej we wprowadzaniu regulacji karnoprosesowych	181

Rozdział 7**Prewencja indywidualna jako uzasadnienie dla stosowania**

instytucji karnoprosesowych	183
7.1. Prewencja indywidualna jako przesłanka stosowania instytucji karnoprosesowych <i>per se</i> (przesłanka prewencyjna)	183
7.2. Prewencja indywidualna jako kryterium oceny zaistnienia innych przesłanek	187
7.3. Prewencja indywidualna a wszczęcie postępowania przygotowawczego i przedstawienie zarzutów	190
7.4. Prewencja indywidualna przy tymczasowym aresztowaniu	191
7.5. Prewencja indywidualna przy nieizolacyjnych środkach zapobiegawczych	210
7.6. Prewencja indywidualna przy ujęciu i zatrzymaniu ...	219
7.7. Prewencja indywidualna przy podsłuchu	227
7.8. Prewencja indywidualna w ustawie o świadku koronnym	229
7.9. Inne instytucje mogące służyć realizacji celu prewencyjnego w Kodeksie postępowania karnego	230
7.10. Inne karnoprosesowe środki prewencji indywidualnej występujące w obcych systemach prawnych	232
7.11. Negatywne aspekty stosowania karnoprosesowych środków prewencji indywidualnej	240
7.12. Gwarancje związane ze stosowaniem karnoprosesowych środków prewencji indywidualnej	241

7.13. Problem odszkodowania za bezzasadne zastosowanie instytucji procesowych ze względu na prewencję indywidualną	248
--	-----

Rozdział 8

Ustalenie przesłanek stosowania karnoprocessowych środków prewencji indywidualnej	250
8.1. Kluczowe kwestie	250
8.2. Poziom ryzyka	251
8.3. Kryteria oceny ryzyka	260
8.4. Metody oceny ryzyka	271
8.5. Prawdopodobieństwo zaistnienia przyszłych zachowań i związane z tym ryzyko błędu	276
8.6. Ocena ryzyka w orzecznictwie sądów polskich	282

Rozdział 9

Prewencja indywidualna w procesie karnym w innych systemach prawnych	287
9.1. Stany Zjednoczone Ameryki	287
9.2. Anglia i Walia	299
9.3. Niemcy	316
9.4. Francja	319
9.5. Włochy	322

Podsumowanie i wnioski	329
-------------------------------------	------------

Bibliografia	339
---------------------------	------------

WYKAZ WAŻNIEJSZYCH SKRÓTÓW

Akty prawne

- EKPC, Konwencja** – Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)
- k.c.** – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.)
- k.k.** – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444)
- k.k.w.** – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2020 r. poz. 523 ze zm.)
- Konstytucja RP** – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
- k.p.c.** – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.)
- k.p.k.** – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.)
- k.w.** – ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2019 r. poz. 821 ze zm.)
- MPPOiP** – Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167)
- u.b.i.m.** – ustawa z 20.03.2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2171)
- u.c.** – ustawa z 12.12.2013 r. o cudzoziemcach (Dz.U. z 2020 r. poz. 35)
- u.P.** – ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2020 r. poz. 360 ze zm.)

u.p.n.	– ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2019 r. poz. 852 ze zm.)
u.p.w.o.z.p.	– ustawa z 22.11.2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz.U. z 2019 r. poz. 2203 ze zm.)
u.w.t.p.a.	– ustawa z 26.10.1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. z 2019 r. poz. 2277 ze zm.)
u.z.p.	– ustawa z 19.08.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 685)
u.z.z.z.	– ustawa z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2019 r. poz. 1239 ze zm.)

Czasopisma i publikatory

HUDOC	– baza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNKW	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Karna i Wojskowa
OTK-A	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Seria A
OTK-B	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Seria B
Prok. i Pr.	– Prokuratura i Prawo

Inne

ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
KPC	– Komitet Praw Człowieka
ONZ	– Organizacja Narodów Zjednoczonych
SA	– Sąd Apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS	– Trybunał Sprawiedliwości (UE)
UE	– Unia Europejska
WSA	– Wojewódzki Sąd Administracyjny

WSTĘP

We współczesnym świecie pojawia się coraz więcej typów czynów zabronionych, którym należy przede wszystkim zapobiec, ukaranie zaś schodzi na plan dalszy. Pojawia się zatem pytanie, jakie są dostępne instrumenty prewencji i w jakim zakresie mogą być wykorzystane. Znaczenie prewencji indywidualnej w procesie karnym nie było jeszcze przedmiotem kompleksowej analizy w literaturze polskiej, brak jest również opracowań obcojęzycznych skoncentrowanych na tym zagadnieniu. Opracowania zagraniczne zajmujące się problemem *preventive justice* postrzegają obszar karnoprocesowy jako jedno z zagadnień, traktując je zresztą jako drugorzędne w stosunku chociażby do obszaru czynności operacyjno-rozpoznawczych, przez co analiza ma charakter niepgłębiony. Nie uwzględniają one też polskich regulacji. Stąd zachodzi potrzeba gruntownej analizy problematyki karnoprocesowej, co ma duże znaczenie teoretyczne oraz praktyczne (np. stosowanie tymczasowego aresztowania, zatrzymanie, wprowadzenie nowych środków opartych na celu prewencyjnym). Należy wskazać, że możliwość powołania się na obawę popełnienia przestępstwa bądź zapobieżenie mu przewidziano wprost przy następujących instytucjach procesowych uregulowanych w Kodeksie postępowania karnego: podsłuchu (art. 237 § 1 k.p.k.), zatrzymaniu (art. 244 § 1a i § 1b k.p.k.), środkach zapobiegawczych (cele stosowania – art. 249 § 1 k.p.k., podstawa szczególna – art. 258 § 3 i art. 275a § 1 k.p.k. w odniesieniu do nakazu okresowego opuszczenia lokalu). Odwołanie do zapobieżenia przestępstwu odnajdziemy także w przepisach zawartych poza Kodeksem postępowania karnego, a mianowicie w ustawie o świadku koronnym (art. 3 ust. 1).

Celem niniejszej pracy jest po pierwsze ustalenie, czy prewencja staje się celem postępowania karnego i na ile może się nim stać. Ustalenie to pozwoli na przeprowadzenie granicy pomiędzy procedurą karną a czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi i ewentualnie innymi czynnościami lub postępowaniami (np. administracyjnym czy cywilnym). Zagadnienie to zostanie przeanalizowane w perspektywie teoretycznoprawnej, historycznej oraz prawnoporównawczej. Nie może ono być należycie ocenione w oderwaniu od ogólnej analizy wdrożenia koncepcji *preventive justice* do polskiego ustawodawstwa. Stąd analizie zostaną poddane także środki przewidziane w prawie karnym materialnym (kary, środki karne i zabezpieczające), kryminalizacja na przedpolu czynu zabronionego (zwłaszcza przygotowania), środki postpenalne, czynności operacyjno-rozpoznawcze, środki administracyjne i cywilne. Takie całościowe spojrzenie jest uzasadnione tym, że ustawodawca może w pewnym zakresie przesuwając regulację o charakterze prewencyjnym z jednego obszaru prawa w inny. Dla przykładu wprowadzając karalność przygotowania przestępstwa, unika się w przypadku zaistnienia takiego przygotowania konieczności odwołania do obawy popełnienia nowego przestępstwa czy też potrzeby zapobieżenia mu na rzecz uzasadnionego lub dużego prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa, a więc odwołania do regulacji o charakterze reaktywnym.

Pogłębionej analizy wymaga zagadnienie uzasadnienia celu prewencyjnego. W literaturze i orzecznictwie wskazuje się na obowiązek państwa w zakresie zapewnienia porządku publicznego oraz ochrony obywateli. Powstaje jednak pytanie, czy to jedyne uzasadnienie i czy jest ono na tyle przekonujące, że pozwala na stosowanie środków typu tymczasowe aresztowanie. W literaturze zagranicznej formuluje się także prawo do bycia uznawanym za niestwarzającego zagrożenia (*right to be presumed harmless*), co należy zestawzić z koncepcją dobrej wiary i domniemaniem niewinności.

Należy zauważyć, że pewne środki prewencyjne mają w prawie polskim tylko charakter procesowy (np. tymczasowe aresztowanie), inne zaś podwójny, ponieważ występują zarówno jako czynności procesowe, jak i operacyjno-rozpoznawcze (kontrola przekazów informacji).

Powstaje zatem pytanie o sens dublowania instytucji, a przynajmniej o odwoływanie się do celu prewencyjnego w instytucjach karnoprosesowych mających swoje odpowiedniki w tzw. ustawach policyjnych. Należy także odpowiedzieć na pytanie, jak cel prewencyjny może wpływać na kształt instytucji procesowych, przesłanki ich stosowania oraz wprowadzanie nowych instytucji karnoprosesowych.

Następnie przeanalizowane zostaną kolejno poszczególne środki stosowane w celu prewencyjnym: tymczasowe aresztowanie, nieizolacyjne środki zapobiegawcze, zatrzymanie i inne instytucje karnoprosesowe.

Ważnym zagadnieniem jest ustalenie przesłanek stosowania karnoprosesowych środków prewencyjnych. Zagadnienie to będzie poruszone w kontekście poziomu ryzyka, kryteriów i metod jego oceny oraz prawdopodobieństwa błędnych ustaleń. Rozważona też zostanie kwestia poszanowania zasady domniemania niewinności oraz zasady proporcjonalności.

Analiza sposobu ujęcia celu prewencyjnego w poszczególnych instytucjach pozwoli odpowiedzieć na pytanie, czy są one identyczne, zbliżone, czy też jednak istotnie różnią się między sobą. Należy również zadać pytanie, na ile cel prewencyjny może być powoływany w ramach innych przesłanek stosowania instytucji karnoprosesowych, jak np. dobro wymiaru sprawiedliwości (art. 180 § 1 i 2 k.p.k.), uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach (art. 184 § 1 k.p.k.), inne bezprawne utrudnianie postępowania (art. 247 § 1 pkt 2 k.p.k.). Warto też zbadać, na ile cel prewencyjny stosowania określonych instytucji może być realizowany z innymi przesłankami ich stosowania.

Przeprowadzone rozważania mają dać odpowiedź na następujące pytania:

1. Czym jest cel prewencyjny i jakie jest jego uzasadnienie w procesie karnym?
2. Jak daleko cel ten jest obecnie realizowany w procesie karnym, a jak daleko może być realizowany w demokratycznym państwie

prawnym? Czy nie powinien on pozostać domeną czynności operacyjno-rozpoznawczych?

3. Czy cel prewencyjny nie koliduje z zasadami procedury karnej, w szczególności z zasadą domniemania niewinności?
4. Czy katalog instytucji, dla stosowania których można powoływać się na cel prewencyjny, jest w polskiej procedurze karnej odpowiedni, czy też celowe jest jego ograniczenie lub rozszerzenie (zarówno jeśli chodzi o istniejące instytucje, jak i niewystępujące jeszcze w polskim postępowaniu karnym), z ewentualnym przeniesieniem np. do ustaw policyjnych jako czynności operacyjno-rozpoznawczych?
5. W jakim zakresie rodzaj przestępstwa wpływa na realizację celu prewencyjnego?
6. Jak należy ustalać zaistnienie potrzeby prewencji indywidualnej?
7. Jaką rolę w przypadku celu prewencyjnego odgrywa zasada proporcjonalności?
8. Czy w przypadku stosowania instytucji procesowych z powołaniem się na cel prewencyjny należy przyznać osobom, wobec których instytucje te są stosowane, jakieś szczególne gwarancje, uprawnienia procesowe, mające na celu zrównoważenie prewencyjnego celu stosowania środków?
9. Jak przedstawia się funkcjonowanie celu prewencyjnego w innych procedurach karnych? Czy można zaobserwować tendencję rozwojową?

Wstępne badania skłaniały do postawienia następujących hipotez badawczych:

- Cel prewencyjny odgrywa w procesie karnym coraz większą rolę, coraz większa liczba instytucji procesowych odwołuje się do niego.
- Z uwagi na specyfikę procesu karnego jako działania reaktywnego cel prewencyjny może być w nim powoływany jedynie wyjątkowo.
- Realizacja celu prewencyjnego w procesie karnym może negatywnie wpływać na osiągnięcie sprawiedliwości materialnej i proceduralnej.

W badaniach wykorzystane zostały następujące metody: dogmatyczna, filozoficzna, prawnoporównawcza, historyczna. Oprócz regulacji polskich oraz literatury przedmiotu polskiej i zagranicznej, w pracy przeanalizowane zostało orzecznictwo sądów polskich, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz w niezbędnym zakresie sądów państw obcych. W części prawnoporównawczej pokazane zostały regulacje funkcjonujące w USA, Anglii, Niemczech, we Włoszech i Francji. Dobór tych krajów nie był przypadkowy. USA i Anglia mają w ustawodawstwie daleko posunięte instrumenty prewencji z uwagi na zagrożenia terrorystyczne. Włochy wprowadziły takie instrumenty wiele lat temu w związku ze zwalczaniem organizacji mafijnych. Niemcy są krajem, którego ustawodawstwo karnoprosesowe wywarło największy wpływ na polski proces karny. Często polska nauka procesu karnego odwołuje się także do regulacji francuskich. Pojawia się zatem pytanie, jak wyżej wymienione kraje realizują w swoich procedurach karnych cel prewencji indywidualnej. W tej części zaprezentowano ogólne podejście do celu prewencyjnego w analizowanych państwach, możliwości powołania się na niego przy stosowaniu instytucji karnoprosesowych, a także instytucje o charakterze prewencyjnym niemające charakteru procesowego, jak *civil prevention orders* czy administracyjny areszt prewencyjny.

Rozdział 1

POJĘCIE PREWENCJI INDYWIDUALNEJ, ROZWÓJ KONCEPCJI I JEJ ZNACZENIE

1.1. Pojęcie prewencji indywidualnej

Słowo „prewencja” (ang. *prevention*, fr. *prévention*, niem. *Prävention*) pochodzi od łacińskiego słowa *praevenire*, oznaczającego „przybyć wcześniej, przed innym; wyprzedzić”¹. Słowniki języka polskiego definiują prewencję jako „zapobieganie, uprzedzanie”², „zapobieganie czemuś, zwłaszcza przestępstwom”³, „zapobieganie naruszaniu norm prawnych”⁴, „uprzedzanie kogo (czego), zapobieganie czemu (zwłaszcza przestępstwom, wykroczeniom itp.)”⁵.

W literaturze prewencję określa się jako formę przeszkody lub uprzedniej ochrony przed rzeczywistym, przeczuwanym lub wyimaginowanym zagrożeniem lub niebezpieczeństwem⁶. Trafnie

¹ A. Bańkowski, *Etymologiczny słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 2000, s. 773.

² A. Bańkowski, *Etymologiczny...*, s. 773.

³ *Słownik języka polskiego PWN*, red. M. Szymczak, t. 2, Warszawa 1998, s. 880.

⁴ *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, red. S. Dubisz, t. P-Ś, Warszawa 2006, s. 553.

⁵ *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, t. 6, Warszawa 1964, s. 1466.

⁶ Z. Kanduč, *On Various Aspects of Prevention in the Post-Modern Society* [w:] *Crime Policy, Crime Control and Crime Prevention – Slovenian Perspectives*, red. G. Meško, H. Kury, Ljubljana 2009, s. 61.

zauważa się przy tym, że prewencja jest uznawana dzisiaj za coś pozytywnego, jej brak może być wręcz potraktowany jako karygodne zaniechanie⁷. W sferze prawa karnego pojęcie prewencji można odnosić zarówno do sytuacji, kiedy przestępstwo nie zostało jeszcze popełnione, jak i do działań podejmowanych w sytuacji, kiedy przestępstwo zostało już popełnione, a mających na celu przerwanie lub ograniczenie przestępczej działalności lub jej skutków. Tym samym za tożsame znaczeniowo można uznać pojęcia prewencji i profilaktyki⁸. Jednak z uwagi na szersze użycie słowa „profilaktyka” w medycynie, zaś słowa „prewencja” w kryminologii i prawie karnym należy opowiedzieć się za używaniem słowa „prewencja”.

Z kolei zapobieganie przestępczości definiuje się zwykle jako obniżenie jej poziomu lub zapobieżenie wzrostowi. Trudno bowiem byłoby oczekiwać, że działania prewencyjne mogą skutkować całkowitym wyeliminowaniem przestępczości⁹. Do tego dodaje się redukcję negatywnych konsekwencji przestępstwa¹⁰. Co istotne, są również definicje odwołujące się do obawy przed przestępczością. Dla przykładu S.P. Lab¹¹ definiuje zapobieganie przestępczości jako „każde działanie podjęte dla obniżenia aktualnego poziomu przestępczości i/lub odczuwanej obawy przed przestępczością”. Wytyczne ONZ w sprawie zapobiegania przestępczości wskazują, że pojęcie „zapobieganie przestępczości” (*crime prevention*) „obejmuje strategie i środki mające na celu redukcję ryzyka popełnienia przestępstwa i jego potencjalnie szkodliwych skutków na jednostkę i społeczeństwo, włączając w to obawę przed przestępczością, poprzez działania mające wpłynąć na ich liczne przyczyny”¹².

⁷ Z. Kanduć, *On Various...*, s. 61–62.

⁸ Por. A. Kania, *Prewencja ogólna jako dyrektywa sądowego wymiaru kary*, Zielona Góra 2016, s. 59–66.

⁹ A. Ashworth, L. Zedner, *Preventive Justice*, Oxford 2014, s. 5.

¹⁰ T. Bjørge, *Preventing Crime. A Holistic Approach*, London 2016, s. 4.

¹¹ S.P. Lab, *Crime Prevention. Approaches, Practices and Evaluations*, Cincinnati 2004, s. 23.

¹² *UN Guidelines for the Prevention of Crime 2002*, Economic and Social Council resolution 2002/13, Annex, pkt 3.

W literaturze zagranicznej używa się także pojęć „prewencyjne egzekwowanie prawa” (*preventive law enforcement*) oraz „zasada prewencji” (*prevention principle*), które są „skrótami myślowymi dla zdolności państwa do działania proaktywnego lub prewencyjnego w celu zabezpieczenia lub ochrony społeczeństwa przed poważną szkodą”¹³.

Nasuwa się pytanie, jak powinien być pojmowany zakres prewencji, czy powinno się go odnosić tylko do przestępstw (czy też czynów zabronionych określonych w prawie karnym), czy też prewencja powinna być rozumiana szerzej, jako zapobieganie naruszeniu porządku publicznego (a więc także popełnianiu wykroczeń), zapobieganie naruszeniu porządku prawnego (a więc z uwzględnieniem deliktów cywilnych, deliktów dyscyplinarnych), czy też najszerzej jako zapobieganie wszelkim negatywnym skutkom (także takim jak np. niekorzystny wpływ na pokrzywdzonego powodujący wtórną wiktymizację). Należy przyjąć, że zakres ten zależy od kontekstu i może różnie się przedstawiać. Z uwagi na odniesienie do procesu karnego w niniejszej pracy rozważania na temat prewencji zostaną skoncentrowane na zapobieganiu przestępstwom.

Prewencję tradycyjnie dzieli się na ogólną i indywidualną. Prewencja ogólna polega na zapobieganiu przestępstwom przez oddziaływanie na społeczeństwo lub jego określone grupy czy też zapobieganie określonym typom przestępstw. Natomiast prewencja indywidualna, zwana też szczególną, ukierunkowana jest na zapobieżenie popełnieniu przestępstwa w konkretnych okolicznościach. W kontekście prawa karnego można też mówić o oddziaływaniu zapobiegawczo-wychowawczym na sprawcę przestępstwa (prewencja indywidualna) oraz na ogół społeczeństwa (prewencja ogólna)¹⁴.

W ramach procesu karnego prewencja może przybierać zarówno postać prewencji ogólnej, jak i indywidualnej. Pierwsza z nich zakłada,

¹³ S.A. Cohen, *Policing Security: The Divide between Crime and Terror*, „National Journal of Constitutional Studies” 2004/15, s. 409.

¹⁴ A. Marek, V. Konarska-Wrzonek, *Prawo karne*, Warszawa 2019, s. 16.

że wykrycie i ukaranie sprawcy wpłynie na innych sprawców oraz potencjalnych sprawców czy też generalnie na społeczeństwo. Prewencja indywidualna oznacza wysiłki ukierunkowane na indywidualnego sprawcę w celu zapobieżenia popełnieniu przez niego kolejnego przestępstwa w przyszłości¹⁵. Karnoprocesowa prewencja ogólna ma niewątpliwie aspekt negatywny i pozytywny. Prewencja ogólna negatywna przejawia się w odstraszeniu potencjalnych sprawców od popełnienia przestępstwa z uwagi na możliwość wszczęcia i prowadzenia przeciwko nim postępowania karnego oraz stosowanie instytucji karnoprocesowych, zwłaszcza takich jak zatrzymanie, tymczasowe aresztowanie i inne środki przymusu. W tym kontekście zwiększeniem oddziaływania prewencyjnego będzie np. ustawowe obniżenie podstawy faktycznej wszczęcia postępowania czy rozszerzenie przesłanek stosowania tymczasowego aresztowania. W kontekście organów państwa za regulacje o charakterze prewencji ogólnej negatywnej uznaje się z kolei zakazy dowodowe, które mają zniechęcać do uzyskiwania dowodów z naruszeniem prawa¹⁶. Karnoprocesowa prewencja ogólna pozytywna będzie przejawiać się w promowaniu przez proces karny określonych wartości, a przez to umocnieniu postaw osób, które nie mając zwykle zamiaru popełnienia przestępstwa, dostrzegły skuteczność procedury karnej w ściganiu przestępstw. Przy prewencji ogólnej istotną rolę odgrywają relacje z procesów oraz informacje o skazaniach przekazywane przez media.

Tradycyjne za dwa najważniejsze czynniki prewencji ogólnej w kontekście prawa karnego są uznawane surowość kary i jej nieuchronność¹⁷. Powstaje pytanie, jak odnieść to do procesu karnego. Należy uznać, że ponieważ sam proces i stosowane środki z założenia nie mają mieć charakteru punitwnego, czynnikami oddziaływania będą z jednej strony nieuchronność wszczęcia postępowania, efektywność ścigania i możliwość stosowania środków przymusu, z drugiej – dolegliwość wynikająca z samego prowadzenia postępowania

¹⁵ S.P. Lab, *Crime...*, s. 125–126.

¹⁶ A. Ernst, *The Transnational Use of Torture Evidence*, München 2015, s. 85.

¹⁷ S.P. Lab, *Crime...*, s. 129–130.

oraz stosowanych w jego ramach środków, w tym zwłaszcza izolacyjnych środków przymusu.

Z kolei prewencja indywidualna negatywna przyjmuje w kontekście procesowym postać zapobieżenia popełnieniu przestępstwa w ramach toczącego się postępowania, co zwykle będzie odnosiło się do oskarżonego, ale może też dotyczyć innych, nawet nie zidentyfikowanych jeszcze osób. Przejawem negatywnej prewencji indywidualnej będzie w szczególności zastosowanie wobec oskarżonego tymczasowego aresztowania w celu uniemożliwienia mu kontynuowania przestępczej działalności¹⁸.

Pojawia się tu pytanie, czy można też wyodrębnić procesową indywidualną prewencję pozytywną, a więc takie oddziaływanie samej procedury karnej (niezależnie od kary), które kształtowałoby pozytywną postawę oskarżonego. Należy zauważyć, że polska procedura karna przewiduje niewiele środków oddziaływania tego typu. Nie można wszakże wykluczać ich stosowania¹⁹, jeśli oczywiście nie kolidowałyby one z takimi gwarancjami procesowymi jak domniemanie niewinności²⁰. Do tego rodzaju środków można zaliczyć przewidzianą w art. 72 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii możliwość zawieszenia postępowania, jeżeli osoba uzależniona lub używająca szkodliwie substancji psychoaktywnej, której zarzucono popełnienie przestępstwa pozostającego w związku z używaniem środka odurzającego, substancji psychotropowej lub nowej substancji psychoaktywnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą

¹⁸ Por. Z. Kanduć, *On Various...*, s. 70–71.

¹⁹ Środki takie były szeroko stosowane m.in. w Anglii w ramach programów pilotażowych służby probacyjnej (*bail support schemes*) w odniesieniu do oskarżonych zwolnionych za kaucją. Obejmowały one takie działania, jak: pomoc w znalezieniu zakwaterowania, pracy, porady w kwestiach uzależnienia od alkoholu lub narkotyków, programy aktywizacyjne, porady w rozwiązywaniu problemów rodzinnych, okresowe spotkania w celu bieżącej analizy sytuacji zwolnionego. Wyniki tych programów wskazują na ich efektywność, problemem było zwykle zabezpieczenie środków na ich realizację. M. Drakeford i in., *Pre-trial Services and the Future of Probation*, Cardiff 2001, s. 29–40.

²⁰ Por. D. Tarnowska, *Pozaprocessowa funkcja środków zapobiegawczych*, Prok. i Pr. 2002/11, s. 74.

5 lat, podda się leczeniu, rehabilitacji lub udziałowi w programie edukacyjno-profilaktycznym prowadzonym przez podmiot leczniczy lub inny podmiot działający w ochronie zdrowia, do czasu zakończenia leczenia, rehabilitacji lub udziału w programie, co może dać asumpt do wystąpienia o warunkowe umorzenie postępowania na podstawie art. 72 ust. 2–4 ustawy. Do tego można dodać ugody zawierane w ramach mediacji (art. 23a k.p.k.).

Z uwagi na niewielkie znaczenie prewencji indywidualnej pozytywnej w polskim procesie karnym dalsze rozważania będą odnosiły się przede wszystkim do prewencji indywidualnej negatywnej.

Można dokonać dalszego podziału prewencji indywidualnej na:

- a) prewencję indywidualną podmiotową (właściwą);
- b) prewencję indywidualną przedmiotową.

Pierwszy rodzaj prewencji jest ukierunkowany na zapobieżenie popełnieniu przestępstwa przez określoną osobę (w szczególności oskarżonego), drugi natomiast na zapobieżenie popełnieniu przestępstwa przez osobę, która nie została jeszcze określona (np. zapobieżenie zastraszaniu świadka).

Można też wyróżnić prewencję związaną z tokiem postępowania (np. w celu zapobieżenia popełnieniu przestępstwa przeciwko świadkowi) oraz niezwiązaną z nim, gdzie prewencja jest stosowana w odniesieniu do zagrożeń niemających bezpośredniego związku z przedmiotem procesu.

Prewencję dzieli się także na pierwotną (*primary*), wtórną (*secondary*) i trzeciorzędową (*tertiary*). Pierwsza jest skierowana ogólnie na społeczeństwo przed popełnieniem przestępstwa, druga na konkretną grupę stwarzającą ryzyko, trzecia zaś na konkretnych sprawców, aby zredukować ich przestępczą aktywność lub szkodę z tym związaną²¹. W kontekście procesu karnego prewencja może przybrać postać prewencji pierwotnej poprzez odstraszenie z uwagi na perspektywę

²¹ T. Newburn, *Criminology*, Routledge 2017, s. 600; S.P. Lab, *Crime...*, s. 23–26.

prowadzenia postępowania i zastosowania środków przymusu, wtórnej poprzez np. stosowanie podsłuchu dla zapobieżenia przyszłym przestępstwom przez potencjalnych sprawców innych niż oskarżony²² oraz trzeciorzędowej poprzez np. stosowanie tymczasowego aresztowania wobec oskarżonego dla zapobieżenia popełnieniu przez niego dalszych przestępstw. Z punktu widzenia procesu karnego najważniejsza jest niewątpliwie prewencja trzeciorzędowa, najmniejsze znaczenie ma z kolei prewencja wtórna. Ta druga jest przede wszystkim domeną działań operacyjnych.

Kolejne rodzaje prewencji to prewencja bezpośrednia, nakierowana wprost na zapobieganie przestępstwom, i pośrednia, która osiąga ten efekt pomimo realizacji innych celów. Z punktu widzenia tematu niniejszej pracy istotna jest przede wszystkim prewencja bezpośrednia, choć prewencja pośrednia również ma pewne znaczenie. Za przykład tej drugiej można uznać efekt prewencyjny przy realizacji funkcji procesowej środków zapobiegawczych.

C. Slobogin²³ w kontekście pozbawienia wolności dokonuje podziału prewencji na kryminalną i niekryminalną. Do pierwszej z nich zalicza tymczasowe aresztowanie, bezterminowe pozbawienie wolności i orzekanie kary śmierci, do drugiej kwarantannę, cywilne pozbawienie wolności, pozbawienie wolności niepoczytalnych sprawców, pozbawienie wolności sprawców przestępstw seksualnych po odbyciu kary czy pozbawienie wolności wrogich bojowników (*enemy combatants*).

²² Można tutaj zastanawiać się, czy w przypadku oskarżonego nie mamy do czynienia z prewencją drugorzędową a nie trzeciorzędową, skoro nie ustalono jeszcze prawomocnie, że dana osoba popełniła przestępstwo, może być zatem traktowana jako potencjalnie stwarzająca ryzyko. Wydaje się wszakże, że określony stopień prawdopodobieństwa popełnienia czynu uzasadnia odniesienie do prewencji trzeciorzędowej. Nie wpływa to oczywiście na stosowanie zasady domniemania niewinności. Można tu przez analogię odwołać się do podejścia do badania sądowo-psychiatrycznego co do poczytalności w chwili czynu. Aby możliwe było jego przeprowadzenie, należy przyjąć robocze założenie, że czyn został popełniony przez oskarżonego przed prawomocnym rozstrzygnięciem tej kwestii.

²³ C. Slobogin, *Legal Limitations on the Scope of Preventive Detention* [w:] *Dangerous People*, red. B. McSherry, P. Keyzer, Routledge 2011, s. 41–42.

Kilka słów warto poświęcić relacji pomiędzy prewencją a uniemożliwianiem (*incapacitation*). Niekiedy wskazuje się, że są to pojęcia rozłączne²⁴, argumentując, że prewencja oznacza usuwanie warunków ułatwiających popełnienie przestępstwa, natomiast uniemożliwianie oznacza pozbawianie możliwości popełnienia przestępstwa, w szczególności przez pozbawienie wolności. Jednak wydaje się, że uniemożliwianie jest jednym z rodzajów prewencji²⁵. Stąd za trafne można uznać stanowisko, że prewencja indywidualna negatywna może polegać zarówno na fizycznym uniemożliwianiu lub utrudnianiu (np. poprzez pozbawienie wolności), jak i przymusie psychicznym, a więc zagrożeniu negatywnymi konsekwencjami, mającym na celu zniechęcenie. To drugie ma postać dwuetapową, tj. samej groźby negatywnych konsekwencji w przypadku zachowania niepożądanego, jak i ich zastosowania w przypadku złamania nakazu²⁶.

W literaturze²⁷ dokonano także rozróżnienia pomiędzy zapobieganiem określonemu zachowaniu poprzez wyrządzenie określonej dolegliwości potencjalnemu sprawcy (np. zabicie osoby próbującej dokonać zabójstwa) a odwiedzeniem kogoś od określonego zachowania poprzez zagrożenie wyrządzenia mu określonej dolegliwości (np. zagrożenie użyciem siły). Środki wykorzystywane w pierwszej sytuacji określono mianem praktyk prewencyjnych (*preventive practices*), środki wykorzystywane w drugiej – mianem praktyk blokujących czy też wyprzedzających (*preemptive practices*). Argumentuje się²⁸, że środki takie, jak: kryminalizacja, zwiększanie uprawnień organów ścigania, rozbijanie grup przestępczych czy też pozbawienie

²⁴ W. Huisman, *The Application of Administrative Law against Organized Crime: Refusing and Revoking Licenses as Incapacitation* [w:] *Incapacitation. Trends and New Perspectives*, red. M. Malsch, M. Duker, Ashgate 2012, s. 189–190.

²⁵ Zob. V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektwy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 93.

²⁶ J.W. Nickel, *Restraining Orders, Liberty, and Due Process* [w:] *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, red. A. Ashworth, L. Zedner, P. Tomlin, Oxford 2013, s. 158.

²⁷ C. Finkelstein, *Threats and Preemptive Practices*, „Legal Theory” 1999/5, s. 311.

²⁸ J. McCulloch, S. Pickering, *The Law and Policing of Pre-emption* [w:] *Counter – Terrorism and Beyond. The Culture of Law and Justice after 9/11*, red. N. McGarity, A. Lynch, G. Williams, Routledge 2010, s. 15.

wolności nie są środkami prewencyjnymi w rozumieniu kryminologii, która prewencję odnosi do niemających charakteru punitywnego środków ograniczających możliwość popełnienia przestępstwa lub odnoszących się do szerszego kontekstu zagadnienia popełniania przestępstw poprzez strategie społeczne lub środowiskowe. Podważa się²⁹ również to, że wskazane wyżej instrumenty prawne mogą minimalizować lub redukować ryzyko lub liczbę ataków o charakterze terrorystycznym. Stąd postulat określania tych instrumentów jako blokujących czy też wyprzedzających powstanie zagrożenia³⁰. Należy wszakże opowiedzieć się za szerokim rozumieniem prewencji.

E. Janus³¹ wyróżnia prewencję radykalną, którą odróżnia od prewencji poprzez prawo karne, mającej miejsce po prawomocnym skazaniu. Prewencja radykalna, zorientowana na zapobieżenie przestępstwa przed jego popełnieniem, opiera się – zdaniem autora – na trzech elementach: ryzyku, legitymizowaniu wyjątkowością oraz polityce prewencji. Podobnie S. Donkin³² dokonuje podziału prewencji na reaktywną (*reactive prevention*), wiążącą się z już popełnionym czynem (np. stosowanie środków postpenalnych w stosunku do osób skazanych za przestępstwa seksualne), oraz prewencję wyprzedzającą (*pre-emptive prevention*), która ma na celu zapobieżenie przestępstwu w przyszłości w odniesieniu do osób, które niekoniecznie dopuścili się wcześniej przestępstwa.

W kryminologii istnieje różnica zdań co do tego, czy dla zapobiegania przestępstwom nacisk należy położyć na to, czy dana osoba ma skłonność do popełnienia przestępstwa, czy też raczej należy stworzyć okoliczności niesprzyjające popełnieniu określonych rodzajów

²⁹ J. McCulloch, S. Pickering, *The Law...*, s. 15–16. Autorki podają przykład Irlandii Północnej, argumentując, że wprowadzone tam w latach 70. XX w. środki nadzwyczajne, w szczególności pozbawienie wolności osób podejrzanych o terroryzm spowodowało wzrost wsparcia dla politycznie motywowanej przemocy.

³⁰ J. McCulloch, S. Pickering, *The Law...*, s. 17.

³¹ E. Janus, *The Preventive State: When Is Prevention of Harm Harmful?* [w:] *Handbook of Public Protection*, red. M. Nash, A. Williams, Abingdon 2010, s. 316–331.

³² S. Donkin, *Preventing Terrorism and Controlling Risk. A Comparative Analysis of Control Orders in the UK and Australia*, New York 2014, s. 22.

przestępstw (prewencja sytuacyjna)³³. Należy zauważyć, że w procesie karnym oprócz form prewencji uniemożliwiających popełnienie przestępstwa (zatrzymanie, tymczasowe aresztowanie) stosuje się także środki mające ograniczyć warunki do jego popełnienia. Przykładem środka, który można zaliczyć do prewencji sytuacyjnej, jest instytucja świadka anonimowego. Do tego należy dodać instytucję sygnalizacji uregulowaną w art. 19 k.p.k.

Na przybliżenie zasługuje pojęcie środków prewencyjnych. Zdaniem A. Ashwortha i L. Zedner³⁴ są to środki charakteryzujące się trzema cechami:

- a) ograniczają wolność działania jednostki,
- b) w celu zapobieżenia szkodzie (*harm*) lub ryzyku szkody,
- c) ich przestrzeganie jest zabezpieczone groźbą zastosowania środków przymusu.

Środków prewencyjnych nie należy utożsamiać ze środkami zapobiegawczymi, jak to czyniono w starszej literaturze³⁵. Są to środki z różnych dziedzin prawa, które mają na celu zapobieżenie popełnieniu skonkretyzowanego przestępstwa. Odrzucając pogląd, że karnoprosesowe środki prewencyjne mogą mieć charakter kary³⁶, należy wszakże przyznać, że ponieważ ich celem nie jest zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania, a są one skierowane na zapobieżenie popełnieniu przestępstwa w przyszłości, wykazują one związek z celami prawa karnego materialnego, w szczególności zaś z celami kary.

³³ L.W. Kennedy, E.G. van Brunschot, *The Risk in Crime*, Lanham 2009, s. 44.

³⁴ A. Ashworth, L. Zedner, *Preventive Orders: A Problem of Undercriminalization?*, Oxford 2010, s. 61.

³⁵ Zob. np. S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1961, s. 291.

³⁶ Nie bez racji wszakże wskazuje się, że choć prewencja tradycyjnie miała charakter niepunitwny, a środki prewencyjne były przeciwstawiane karze, to ulega to w ostatnich latach pewnej zmianie. H.M. Lomell, *Punishing the Uncommitted Crime: Prevention, Pre-Emption, Precaution and the Transformation of the Criminal Law* [w:] *Justice and Security in the 21st Century: Risks, Rights and the Rule of Law*, red. B. Hudson, S. Ugelvik, Routledge 2012, s. 85. Zmianę taką wszakże nie sposób zaaprobować.

Podkreślić należy, że o prewencyjnym charakterze środka nie decyduje jego nazwa, ale istota. Pozwala to zapobiec próbom ukrywania właściwego charakteru środka³⁷.

Istnieje kilka modeli prewencji, jednym z nich jest prewencja oparta na wymiarze sprawiedliwości (*criminal justice crime prevention model*), której głównym narzędziem są sankcje karne³⁸. Proces karny można uznać za element tego modelu.

1.2. Rozwój koncepcji prewencyjnego wymiaru sprawiedliwości

Koncepcja prewencji poprzez aparat ścigania i wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych nie jest nowa, choć w czasach starożytnych problem budziło dokonanie rozróżnienia między funkcjami sądowymi i wymiarem kary a stosowaniem środków przymusu w ramach funkcji policyjno-administracyjnych³⁹. Można doszukiwać się jej w średniowiecznym pokoju bożym⁴⁰, polskim mirze⁴¹, niemieckich pokojach państwowych (*Reichsfrieden*)⁴² i anglosaskim pokoju królewskim (*king's peace*)⁴³, następnie zaś legła u podstaw powstania policji⁴⁴. Glosatorzy wypracowali zaś koncepcję *cautio de non offendendo*, będącą rodzajem zapewnienia, że dana osoba nie dopuści się

³⁷ Por. B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo osobiste w sprawach karnych w świetle standardów Rady Europy*, Toruń 1996, s. 68.

³⁸ T. Bjørgo, *Preventing...*, s. 9–14.

³⁹ Zob. W. Litewski, *Rzymski proces karny*, Kraków 2003, s. 113–114.

⁴⁰ J. Paygert, *Aresztowanie w postępowaniu karnem. Część druga pracy p.t.: Kilka uwag w kwestyi śledztwa wstępnego ze szczególnem uwzględnieniem sprawy aresztu śledczego*, Kraków 1913, s. 95.

⁴¹ Zob. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 1995, s. 153.

⁴² Zob. I. Jaworski, *Zarys powszechnej historii ustrojów państwowych i prawa*, Wrocław 1947, s. 115.

⁴³ Zob. T. Tulich, *Critical Reflections on Preventive Justice* [w:] *Regulating Preventive Justice. Principle. Policy and Paradox*, red. T. Tulich i in., Routledge 2017, s. 3 oraz *Preventive Justice*, „Journal of Criminal Law” 1937/1/2, s. 303–304.

⁴⁴ M.D. Dubber, *Preventive Justice. The Quest for Principle* [w:] *Prevention...*, red. A. Ashworth, L. Zedner, P. Tomlin, s. 53.

naruszenia⁴⁵. Dobrym przykładem prewencji jest ustawodawstwo skierowane przeciwko włóczęgom i żebrakom⁴⁶. Surowe kary oprócz odpłaty niewątpliwie odstraszały od popełniania przestępstw i eliminowały potencjalnych przestępców lub uniemożliwiały im popełnianie przestępstw. Od wieków też jako jedno z podstawowych zadań państwa postrzegano zapewnienie ochrony osobom znajdującym się na jego terytorium. Wyrazem tego są chociażby koncepcje państwa T. Hobbesa i J. Locke'a, w tym zwłaszcza uzasadnienie prawa karania i samopomocy⁴⁷. Zgodnie z teorią umowy społecznej T. Hobbesa jednostki przekazały część swoich wolności państwu, aby to broniło ich przed naruszeniami ze strony innych jednostek, państwo miało być zatem gwarantem bezpieczeństwa swoich obywateli⁴⁸. Również w rozprawach J. Locke'a ludzie przekazali władzy państwowej prawo karania tych, którzy naruszają prawo naturalne⁴⁹. Z kolei J.S. Mill był zdania, że państwo musi być silne i prężne, aby chronić jego obywateli i zapewnić, aby nie krzywdzili się oni wzajemnie⁵⁰. W II poł. XVIII w. w Anglii W. Blackstone⁵¹ w swoim traktacie jeden z rozdziałów poświęcił prewencyjnemu wymiarowi sprawiedliwości (*preventive justice*)⁵², wskazując, że pojęcie to oznacza „zobowiązanie osób, co do których istnieje uzasadnione podejrzenie, że dopuszczą się w przyszłości naruszeń prawa, do zapewnienia i dania pełnej gwarancji społeczeństwu, że takie przestępstwo jak to, za które zostali zatrzymani, nie zdarzy się, poprzez przyrzeczenia i zabezpieczenia zachowania pokoju publicznego lub dobrego zachowania”. Autor nawiązywał zatem do instytucji *king's peace*.

⁴⁵ J. Paygert, *Aresztowanie...*, s. 95. Zob. też P. Stebelski, *Komentarz do austriackiego kodeksu postępowania karnego*, Lwów 1901, s. 276.

⁴⁶ Zob. K. Sójka-Zielińska, *Historia...*, s. 181.

⁴⁷ H. Carvalho, *Liberty and Insecurity in the Criminal Law: Lessons from Thomas Hobbes*, „Criminal Law and Philosophy” 2017/11, s. 249–271.

⁴⁸ H. Olszewski [w:] H. Olszewski, M. Zmierzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Poznań 1994, s. 135–139.

⁴⁹ H. Olszewski [w:] H. Olszewski, M. Zmierzak, *Historia...*, s. 141.

⁵⁰ H. Olszewski [w:] H. Olszewski, M. Zmierzak, *Historia...*, s. 229–231.

⁵¹ W. Blackstone, *The Commentaries on the Laws of England*, t. 4, London 1825, s. 251.

⁵² Zdaniem T. Tulich W. Blackstone jest twórcą pojęcia *preventive justice*. T. Tulich, *Critical...*, s. 3.

Można uznać, że większość poglądów na państwo czasów nowożytnych akcentuje jego obowiązek w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa, sprawnego działania organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Nawet koncepcje liberalne, minimalizujące rolę państwa, pozostawiały dla niego rolę stróża nocnego, a więc czuwanie nad zapewnieniem porządku publicznego, w tym zwłaszcza ochronę prawa własności⁵³.

Wiek XX przyniósł szereg kolejnych refleksji nad rolą prewencji w wymiarze sprawiedliwości. Znaczenie prewencji dostrzegał w latach 20. XX w. R. Pound, pisząc, „widać wyraźnie, że sprawiedliwość prewencyjna będzie odgrywała dużą rolę w prawie przyszłości”⁵⁴. Autor wyrażał też przekonanie, że rozwój sprawiedliwości prewencyjnej odegra w prawie tak epokową rolę, jak rozwój medycyny prewencyjnej w naukach medycznych⁵⁵. Również w Anglii w latach 30. XX w. zwracano uwagę na potrzebę istnienia mechanizmów prewencyjnego wymiaru sprawiedliwości⁵⁶.

Lata 30. i 40. XX w., w tym zwłaszcza II wojna światowa, przyniosły wynaturzenia w zakresie prewencji, przejawiające się w jej szerokim wykorzystywaniu do zwalczania opozycji politycznej, eliminacji niektórych kategorii osób i utrzymywania charakteru totalitarnego państwa, czego najlepszym przykładem były wprowadzone w Niemczech areszt prewencyjny (*Vorbeugehaft*) i areszt ochronny (*Schutzhaft*)⁵⁷. Były to jednak zwykłe regulacje prawa policyjnego, a nie procedury karnej.

⁵³ Zob. A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1995, s. 236–244.

⁵⁴ R. Pound, *Criminal Justice in America*, Harvard 1945, s. 28.

⁵⁵ R. Pound, *Criminal...*, s. 35.

⁵⁶ *Preventive Justice*, „Journal of Criminal Law” 1937/1/2, s. 303–305. W artykule tym zawarto stwierdzenie, że: „Przy zajmowaniu się przestępczością często zdarza się, że ustalony zbiór faktów nie wyczerpuje znamion żadnego konkretnego przestępstwa, jednak jest to tak niegodziwe lub niewłaściwe, że wymaga, aby znaleźć jakieś środki, aby położyć temu kres”. Za taki dostępny środek uznano uprawnienie sędziów pokoju do zapobiegania naruszeniom porządku publicznego.

⁵⁷ Zob. U. Stascheit, D. Hart, *Vorbeugehaft für Demonstranten?*, „Kritische Justiz” 1969/2, s. 88–92.

W drugiej połowie XX w. można zaobserwować rozwój badań i inicjatyw mających zapobiegać przestępczości, jednak były to działania o charakterze ogólnym, mające na celu zapobieganie przestępczości na określonym obszarze poprzez prewencję różnego rodzaju i z uwzględnieniem przyczyn przestępczości oraz uwarunkowań społecznych. Pod koniec tego okresu można zauważyć kształtowanie się koncepcji prewencyjnych odwołujących się do ryzyka, co wcześniej było negowane jako niedopuszczalna ingerencja w wolności jednostki⁵⁸. Było to wynikiem między innymi tego, że prawo karne stało się instrumentem w debacie politycznej, zaś przestępstwo zaczęto traktować jako jedno z ryzyk, którym należy zarządzać. Argumentuje się także, że przestępczość i przestępstwo przestały być traktowane jako coś nadzwyczajnego, a zaczęły być postrzegane jako nieodłączny składnik codziennego życia, co wpłynęło na chłodniejszą ich ocenę⁵⁹. W literaturze pisze się o rezygnacji z prewencji pozytywnej (przez leczenie i resocjalizację) na rzecz prewencji negatywnej polegającej na odstraszaniu i uniemożliwianiu, w którym represja została utożsamiona z prewencją⁶⁰. Należy tu wymienić przede wszystkim koncepcje *actuarial justice*⁶¹, *risk society*⁶² oraz *surveillance society*⁶³. D. Garland⁶⁴

⁵⁸ W literaturze przytacza się np. opinię Narodowej Szwedzkiej Komisji Zapobiegania Przestępczości, która rozpatrując dopuszczalność rozszerzenia stosowania środków o charakterze prewencyjnym, stwierdziła, że „uniemożliwianie, jak i uzasadnienie ingerencji karnej oznacza, że osoba jest karana nie za to, co zrobiła, ale za to co może zrobić w przyszłości. (...) Pozostaje to w konflikcie z podstawowymi wymogami bezpieczeństwa prawnego i może być porównane ze skazaniem osoby niewinnej”. Working Group for Criminal Policy of the National Swedish Council for Crime Prevention, *New Penal System*, Stockholm 1978 (streszczenie angielskie) za N. Walker, *Ethical and Other Problems* [w:] *Dangerous People*, red. D. Nelken, Blackstone 1996, s. 2.

⁵⁹ L. Zedner, *Criminal Justice*, Oxford 2004, s. 288–296.

⁶⁰ J. Claessen, *Theories of Punishment* [w:] *Comparative Concepts of Criminal Law*, red. J. Keiler, D. Roef, Cambridge 2016, s. 28–29.

⁶¹ M. Feeley, J. Simon, *Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law* [w:] *The Futures of Criminology*, red. D. Nelken, London 1994, s. 173–201.

⁶² R.V. Ericson, K.D. Haggerty, *Policing the Risk Society*, Toronto 1997. Podkreśla się, że koncepcja *risk society* nie wskazuje na wzrost poziomu ryzyka, lecz raczej odnosi się do takiej formacji społeczeństwa, która organizuje się w celu odpowiedzi na ryzyko. R. Hopkins Burke, *An Introduction to Criminological Theory*, Routledge 2014, s. 412.

⁶³ H. Packer, *The Limits of Criminal Sanction*, Stanford 1968, s. 9.

⁶⁴ D. Garland, *The Culture of Control*, Oxford 2001, s. 62.

wskazuje, że w latach 80. XX w. rozczerwanie możliwościami kryminologii w zakresie przewidywania przestępczości doprowadziło do kształtowania się mechanizmów kontroli sprawców i potencjalnych przyszłych sprawców przestępstw. Doprowadziło to do zjawiska określanego przez D. Garlanda mianem kultury kontroli (*the culture of control*). Prewencja indywidualna realizowana poprzez resocjalizację zaczęła być zastępowana przez odstraszenie i uniemożliwianie⁶⁵. Można zaobserwować zatem odejście od prób zmiany zachowania sprawców wykazujących dewiację na rzecz zarządzania stwarzanym przez nich ryzykiem⁶⁶. Takie podejście utrzymuje się pomimo spadku przestępczości. Epatowanie zagrożeniem nią i oferowanie w programach politycznych rozwiązań mających chronić obywateli przed przestępczością stały się bowiem elementem kampanii wyborczych, a wprowadzanie ustaw mających na celu zarządzanie ryzykiem przestępczości przedstawia się jako niezbędne dla dobra wspólnego. Oparcie się na koncepcji prewencji indywidualnej widać także w koncepcjach Nowej Penologii (*New Penology*), której założeniem jest identyfikacja, klasyfikacja i zarządzanie grupami stwarzającymi ryzyko. Nie zakłada ona ani karania sprawcy, ani jego rehabilitacji, lecz zarządzanie ryzykiem poprzez prewencyjne pozbawienie wolności⁶⁷. Założenia Nowej Penologii, widocznej chociażby we wspomnianej koncepcji *actuarial justice*⁶⁸, stały się atrakcyjnym sposobem pokazywania społeczeństwu,

⁶⁵ J. Keiler, D. Roef, *Inchoate Offences: Attempt and Preparation* [w:] *Comparative...*, red. J. Keiler, D. Roef, s. 29.

⁶⁶ Por. A. Loughnan, S. Selchow, *Preventive Detention Beyond the Law: The Need to Ask Socio-political Questions* [w:] *Preventive Detention: Asking the Fundamental Questions*, red. P. Keyzer, Cambridge 2013, s. 271.

⁶⁷ S. Dimock, *Criminalizing Dangerousness: How to Preventively Detain Dangerous Offenders*, „Criminal Law and Philosophy” 2015/9, s. 540.

⁶⁸ M. Feeley, J. Simon, *Actuarial Justice...*, s. 173–201. Autorzy wyszli z założenia, że następuje przejście ze „Starej Penologii”, opartej na winie i odpowiedzialności do „Nowej Penologii”, opartej na identyfikacji, klasyfikacji i zarządzaniu grupami ustalonymi w odniesieniu do kryterium niebezpieczeństwa. Za przejawy sprawiedliwości aktuarności autorzy uznali przede wszystkim uniemożliwienie popełnienia przestępstw przez stosowanie kar izolacyjnych, coraz częściej stosowane prewencyjne tymczasowe aresztowanie oraz profilowanie w celu identyfikacji osób podejrzewanych o przestępczą działalność. Wpłynęło to nie tylko na nowe postrzeganie istniejących instytucji (np. probacji), ale także na zmianę argumentacji sędziów.

że tylko dana partia jest w stanie poprzez realizację swojego planu zapewnić mu bezpieczeństwo. Zgodzić się można z J. Czapską, że: „Pod hasłem walki o bezpieczeństwo kolejni politycy i partie zdobywają popularność i wygrywają wybory”⁶⁹.

Zdaniem L. Zedner⁷⁰ odwoływanie się do ryzyka i wzrost jego znaczenia można przypisać dwóm czynnikom. Pierwszy z nich to rozwój statystyki, obliczeń i przetwarzania danych, które z nauk ścisłych przeszły do sektora bezpieczeństwa i koncepcji *crime control*. Drugi to wpływ aktuarializmu (metody obliczania ryzyka przy użyciu danych statystycznych), który rozwinął się najpierw w sektorze ubezpieczeniowym do szacowania prawdopodobieństwa zajścia określonych zdarzeń i ryzyka ubezpieczeniowego oraz w marketingu do klasyfikowania klientów, a następnie został przeniesiony m.in. do sektora prawnego dla szacowania ryzyka określonych zachowań przestępczych. Uzasadnione jest zatem stwierdzenie, że prawo karne stało się bardziej „naukowe”, bazuje w coraz większym stopniu na empirycznych badaniach wpływu stosowania środków prewencyjnych na przestępczość⁷¹.

W 1998 r. w raporcie organizacji Justice wskazano: „Nowoczesne utrzymywanie porządku publicznego nie polega już wyłącznie na wykrywaniu, przyznaniu się i nadziei, że pojawią się świadkowie. Coraz bardziej policja, służby celne i inne organy ścigania w Zjednoczonym Królestwie oraz innych państwach zwracają się w kierunku proaktywnych i opartych na gromadzeniu informacji metod. W istocie oznacza to bardziej wykorzystanie tajnych metod nakierowanych na znane z działalności przestępczej lub podejrzewane o nią osoby niż czekanie na prowadzenie czynności śledczych po popełnieniu przestępstwa. Informatorzy, agenci pod przykryciem wraz ze wzrastająco wymyślnymi urządzeniami do podsłuchu i obserwacji

⁶⁹ J. Czapska, *Bezpieczeństwo obywateli. Studium z zakresu polityki prawa*, Kraków 2004, s. 13.

⁷⁰ L. Zedner, *Fixing the Future?: The Pre-emptive Turn in Criminal Justice* [w:] *Regulating Deviance: The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, red. B. McSherry, A. Norrie, S. Bronitt, London 2009, s. 40–41.

⁷¹ J. Keiler, D. Roef, *Inchoate Offences...*, s. 29.

wizyjnej dostarczają zarówno informacji na temat potencjalnych przestępstw, jak i dowodów do ścigania tych, które zostały już popełnione”⁷².

Szybki rozwój prewencji indywidualnej nastąpił niewątpliwie na początku XXI w., co w dużym stopniu było związane z atakiem na World Trade Center i późniejszymi zamachami w Europie. Szok i panika wywołane aktami terrorystycznymi dały politykom asumpt do twierdzenia, że potrzebne są nowe, nadzwyczajne środki, zaś społeczeństwo stało się skłonne do ich zaakceptowania, poprzez istotne ograniczenie niektórych praw człowieka. Terroryzm przestał być przy tym postrzegany jako problem określonych państw, a stał się problemem globalnym, dyskutowanym w mniejszym lub większym stopniu we wszystkich państwach. Politycy wskazywali, że mamy do czynienia z nowym rodzajem zagrożenia, którego zwalczanie wymaga poszerzenia uprawnień policji, ograniczenia uprawnień podejrzanych, poszerzenia kryminalizacji i szerszego wykorzystania materiałów pozaprocesowych, co przybrało też postać hasła wojny z terroryzmem (*war on terror*), lansowanego przede wszystkim w USA, ale także w Zjednoczonym Królestwie, a w mniejszym stopniu w innych krajach europejskich, np. we Francji⁷³. Doszło do masowej kryminalizacji zachowań na wczesnym etapie pochodzenia przestępstwa oraz obniżenia gwarancji procesowych. Przedstawiona przez L. Zedner⁷⁴ koncepcja *pre-crime* czy też prewencji indywidualnej nie odwołuje się do zapobiegania przestępczości w sensie tradycyjnym, zakłada ona bowiem identyfikację zagrożeń oraz uniemożliwianie popełnienia

⁷² Justice, *Under Surveillance: Covert Policing and Human Rights Standards*, London 1998, s. 7.

⁷³ Zob. J. Hodgson, *Legitimacy and State Responses to Terrorism: UK and France* [w:] *Legitimacy and Criminal Justice*, red. J. Tankebe, A. Liebling, Oxford 2013, s. 178.

⁷⁴ L. Zedner, *Pre-crime and post-criminology?*, „Theoretical Criminology” 2007/11/2, s. 261–281. Określenie *pre-crime* pochodzi z noweli P.K. Dicka z 1956 r. *The Minority Report*, „Fantastic Universe” 1956/4, która została ekranizowana w 2002 r. W noweli tej policyjny oddział *pre-crime*, opierając się na przepowiadaniu przyszłości przez precogów, identyfikuje potencjalnych sprawców i udaremnia im popełnianie przestępstw, a następnie sprawcy ci są skazywani za czyny, które mieli popełnić w przyszłości.

określonych czynów przez konkretne osoby. Stąd argumentuje się, że chodzi nie tyle o prewencję (*prevention*), ile udaremnianie (*pre-emption*) popełniania przestępstw. Bezpieczeństwo staje się uzasadnieniem dla interwencji państwa i ograniczenia praw na długo przed tym, kiedy pozwala na to klasyczny proces karny, albowiem z powołaniem się na niedookreślone i odległe ryzyko⁷⁵. W literaturze zdefiniowano *pre-crime* jako istotną interwencję państwa z użyciem przymusu skierowaną przeciwko przestępstwu, które nie mają charakteru bezpośredniego⁷⁶. Trafnie zauważa się, że hasło zwalczania terroryzmu wzmocniło i przyspieszyło od dawna istniejący trend do antycypowania ryzyka lub zagrożeń i zapewnienia bezpieczeństwa w wymiarze sprawiedliwości w sprawach karnych. Terroryzm jako potencjalne zagrożenie doskonale się do tego nadaje, stąd: „Uzasadnieniem zintegrowania bezpieczeństwa narodowego z wymiarem sprawiedliwości w sprawach karnych i zapobiegania terroryzmowi poprzez środki prewencyjne (*pre-crime measures*) jest to, że straty ludzkie wynikające z ataków terrorystycznych są tak duże, że tradycyjna ochrona *post-crime* rzetelnego procesu jest niedostateczna lub niedostępna. Na podstawie tego wprowadzono cały szereg nowych regulacji, których celem jest zapobieganie szkodliwym czynom oraz zarządzanie ryzykiem terroryzmu poprzez przerywanie, ograniczanie i eliminację”⁷⁷. Nie bez racji twierdzi się w związku z tym, że obawa przed atakami terrorystycznymi została w pewnym stopniu wykorzystana do stworzenia zapotrzebowania lub też domniemanego zapotrzebowania na rozbudowę prawodawstwa antyterrorystycznego i poszerzenie uprawnień państwa⁷⁸. W literaturze używa się określenia „państwo prewencyjne” dla oznaczenia przejścia przez państwo z zarządzania teraźniejszością na zarządzanie przy-

⁷⁵ L. Zedner, *Security*, Routledge 2009, s. 73–74.

⁷⁶ J. McCulloch, D. Wilson, *Pre-crime. Pre-emption, precaution and the future*, Routledge 2016, s. 5–6. Brak bezpośredniości autorzy przedstawiają jako nieosiągnięcie etapu, który umożliwiłby pociągnięcie do odpowiedzialności karnej na przedpolu lub za formę zjawiskową przestępstwa.

⁷⁷ J. McCulloch, S. Pickering, *Pre-crime and Counter – Terrorism*, „British Journal of Criminology” 2009/49, s. 640.

⁷⁸ L. Weber, M. Lee, *Preventing Indeterminate Threats. Fear, Terror and the Politics of Preemption* [w:] *Fear of Crime. Critical voices in the age of anxiety*, red. M. Lee, S. Farrall, Routledge–Cavendish 2009, s. 60.

szłością⁷⁹. W dyskusji politycznej w USA posługiwano się zaś pojęciem „paradygmat prewencji”⁸⁰. Tradycyjne nakierowanie wymiaru sprawiedliwości na działania reaktywne i ukaranie zostało ograniczone przez działania proaktywne, które są skierowane na zapobieżenie naruszeniu, zanim ono nastąpi. Odpowiedzialność oparta na proporcjonalnej restrykcji została zaś zastąpiona przez ryzyko⁸¹. W kontekście terroryzmu pisze się też o przejściu z modelu punitywnego, ukierunkowanego na kryminalizowanie aktów terroru i karanie sprawców, na model prewencyjny, nastawiony na zapobieżenie aktowi terroru zanim on się wydarzy⁸². Tradycyjny model *post-crime*, oparty na popełnieniu przestępstwa, dowodach i karze został częściowo zastąpiony modelem *pre-crime*, opierającym się na ocenie ryzyka, podejrzeniach i zapobieganiu⁸³. Tradycyjne pojęcie czynu zabronionego, jako czynu już popełnionego, zostało zastąpione przez ustalenie, „czy to, co oskarżony zrobił, jest równoznaczne ze standardami znacznego ryzyka szkody niezgodnego z funkcją społeczeństwa”⁸⁴. Obok klasycznego wymiaru sprawiedliwości zaczął zatem funkcjonować nowy system – prewencyjny. Trafne jest także spostrzeżenie, że w państwie prewencyjnym działania służące bezpośrednio zapewnieniu bezpieczeństwa dóbr są podejmowane kosztem bezpieczeństwa prawnego⁸⁵. Zauważając w USA rozwój koncepcji państwa prewencyjnego, C.S. Steiker⁸⁶ wskazywała w 1998 r. na szersze uprawnienia policji do działania w celu zapobieżenia naru-

⁷⁹ A. Ashworth, L. Zedner, *Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure and Sanctions*, „Criminal Law and Philosophy” 2008/2, s. 40–42. Autorzy zauważają przy tym, że państwo prewencyjne wykazuje skłonności do stawiania się państwem autorytarnym.

⁸⁰ D. Cole, *The Difference Prevention Makes: Regulating Preventive Justice*, „Criminal Law and Philosophy” 2015/9, s. 501–502.

⁸¹ A. Ashworth, L. Zedner, *Defending...*, s. 40.

⁸² J. Shapiro, *An Ounce of Cure for a Pound of Preventive Detention: Security Certificates and the Charter*, „Queen’s Law Journal” 2008/33, s. 519.

⁸³ L. Zedner, *Pre-crime...*, s. 261–262.

⁸⁴ J. Rochelson, R. Gacek, L. Menzie, *Criminal Law and Precrime. Legal Studies in Canadian Punishment and Surveillance in Anticipation of Criminal Guilt*, Routledge 2018, s. 112.

⁸⁵ J. Czapska, *Bezpieczeństwo...*, s. 22.

⁸⁶ C.S. Steiker, *The Limits of the Preventive State*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 1998/88/3, s. 774–776.

szeniu, wprowadzenie karalności włóczęgostwa określonych osób⁸⁷, uznanie przez orzecznictwo szerokich możliwości kontroli osób oraz dokonywania przeszukania bez nakazu sądowego, zwiększenie liczby przedsądowych pozbawień wolności oskarżonych, wprowadzenie rejestracji osób skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej oraz prewencyjnego bezterminowego pozbawienia wolności tych osób w drodze postępowania cywilnego. Po ataku na WTC wskazywano zaś na gwałtowną kryminalizację zachowań na przedpolu czynu zabronionego, korzystanie z informatorów, niedozwolonych technik przesłuchań, zatrzymania prewencyjnego, fizyczną eliminację osób podejrzanych o działalność terrorystyczną i inwigilację⁸⁸. Uzasadnienie dla omijania gwarancji procesowych dała doktryna nadzwyczajnych okoliczności (*exigent circumstances*)⁸⁹. Jak trafnie zauważa J.A.E. Vervaele⁹⁰, „dominujący paradygmat wojny przeciwko zorganizowanej przestępczości i wojny przeciwko terroryzmowi zmienił główne cele wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. Spowodował on konwersję reaktywnego systemu mającego na celu ukaranie za przestępstwa i resocjalizację sprawców w proaktywny i prewencyjny system ochrony porządku publicznego poprzez procedury wyłączające potencjalnie niebezpieczne osoby”. Zdaniem J.A.E. Vervaele „dokonywane w procedurze karnej wielu państw

⁸⁷ W 1992 r. w Chicago w ramach walki z handlem narkotykami i gangami wprowadzono do ustawodawstwa pojęcie zachowania polegającego na przebywaniu w określonym miejscu bez uzasadnionej przyczyny, które dawało policji uprawnienie do żądania opuszczenia tego miejsca, niezastosowanie się zaś do tego żądania zostało kryminalizowane. Regulacja taka została wszakże uznana przez Sąd Najwyższy USA za niekonstytucyjną w sprawie *Chicago v. Morales*, 10.06.1999 r., 527 US 41, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/527/41/> (dostęp: 20.07.2020 r.). Z kolei wprowadzony do art. 179 (b) Kodeksu karnego Kanady zakaz przebywania bez celu osób skazanych za niektóre przestępstwa seksualne w pobliżu szkół, placów zabaw, parków publicznych i basenów został uznany za zbyt daleko idący i naruszający wymóg niezbędności. Zob. *R. v. Heywood* z 24.11.1994 r., 3 SCR 761, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1198/index.do> (dostęp: 20.07.2020 r.).

⁸⁸ D. Cole, *The Difference...*, s. 5.

⁸⁹ Zob. J.F. Decker, *Emergency Circumstances, Police Responses, and Fourth Amendment Restrictions*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 1999/89/2, s. 434–533.

⁹⁰ J.A.E. Vervaele, *Special Procedural Measures and Respect of Human Rights. General Report*, „Revue Internationale de Droit Pénal” 2009/80, s. 86–87.