

JANUSZ ROSZKIEWICZ

Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 16 grudnia 2020 r., SK 26/16 (wyłączenie zatarcia skazania w przypadku przestępstw seksualnych na szkodę małoletnich)

1. W wyroku z 16 grudnia 2020 r., SK 26/16, Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 106a ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (dalej: k.k.)¹ jest zgodny z art. 2, 30, 40 zdanie pierwsze, art. 41 ust. 1, art. 47 i 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W pozostałym zakresie postępowanie umorzył. Badany przepis stanowi: „Nie podlega zatarciu skazanie na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, jeżeli pokrzywdzony był małoletnim poniżej lat 15”. Skarżący został skazany na karę roku pozbawienia wolności za usiłowanie popełnienia przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. (w 2007 r.), a następnie na karę łączną dwóch lat pozbawienia wolności (w 2011 r. – nie wiadomo, z jaką inną karą połączono karę z 2007 r. i za jakie przestępstwo została ona wymierzona)². W 2015 r. skarżący wystąpił do sądu z wnioskiem o zatarcie skazania, wskazując, że wymierzoną karę

¹ Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 tekst jedn. ze zm.

² Niedokładności tego opisu wynikają z nieprecyzyjności stanu faktycznego w wyroku, jak również z nieudostępnienia skanu skargi konstytucyjnej w bazie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego (ipo.trybunal.gov.pl).

odbył w całości i pragnie podjąć pracę w firmie ochroniarskiej, do czego jest wymagane zaświadczenie o niekaralności. Sądy obu instancji odmówiły uwzględnienia jego wniosku, z uwagi na treść art. 106a k.k. Z tego powodu wniósł na ten przepis skargę do Trybunału Konstytucyjnego.

Trybunał Konstytucyjny – po przedstawieniu dość obszernych uwag ogólnych – stwierdził, że zaskarżony przepis jest zgodny z zasadami poprawnej legislacji i zasadą zaufania obywatela do państwa. W ocenie Trybunału art. 106a k.k. precyzyjnie określa, kto i w jakiej sytuacji podlega ograniczeniom – nie podlegają zatarciu przestępstwa seksualne przeciwko małoletnim poniżej 15. roku życia, odnośnie do których ich sprawcom wymierzono karę bez warunkowego zawieszenia. Strona przedmiotowa i podmiotowa tego przepisu nie budzi żadnych wątpliwości przy interpretacji tekstu. Zdaniem Trybunału nie można tutaj też mówić o naruszeniu zasady *lex severior retro non agit*, ponieważ „nie doszło do «zaskoczenia» skarżącego odnośnie do jego sytuacji prawnej; już w dacie skazania wiadomo było, że wyrok za przestępstwo o podłożu seksualnym nie ulegnie zatarciu”.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 30 i 40 Konstytucji RP Trybunał stwierdził, że skarżący nie przedstawił przekonujących argumentów, które przemawiałyby za poglądem, że wyłączenie zatarcia skazania odnośnie do czynów, o których mowa w art. 106a k.k., prowadzi do naruszenia godności człowieka oraz jest sprzeczne z zasadą humanitarnego traktowania. Trybunał wskazał, że celem art. 106a k.k. jest ochrona dobra dziecka oraz „prawo do informacji o osobach, które zostały skazane za przestępstwa wobec małoletnich na tle seksualnym”. Potem przytoczył obszerny cytat z Konwencji o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, mówiący ogólnie o konieczności przyjęcia przez państwo środków w celu zapobiegania wszelkim formom seksualnego wykorzystywania dzieci i niegodziwego traktowania dzieci w celach seksualnych oraz w celu ochrony dzieci. Tę część rozważań Trybunał podsumował stwierdzeniem, że zasady wynikające z art. 30 i 40 Konstytucji RP „nie mogą stanowić *sui generis* środka do uchylenia się przez jednostkę od – szeroko ujmowanej – sankcji za popełnienie przestępstwa, zwłaszcza gdy dobrem chronionym jest małoletni”. Ponadto status osoby karanej nie wynika z wyłączenia zatarcia skazania, lecz z faktu, że wobec jednostki wydano wyrok uznający jej winę odnośnie do określonego czynu przeciwko wolności seksualnej i obyczajności małoletniego i w związku z tym wymierzono przepisaną prawem sankcję.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 41 ust. 1, art. 47 i 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP Trybunał pięciokrotnie powtórzył

w uzasadnieniu, że żadne z wymienionych w tych przepisach praw i wolności nie ma charakteru absolutnego. Następnie Trybunał zaznaczył, że art. 106a k.k. znajduje uzasadnienie w konstytucyjnej zasadzie dobra dziecka i służyć ma przede wszystkim „uniemożliwieniu osobom, które dopuściły się przestępstw przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności w stosunku do dzieci (szczególnie narażonym na skrzywdzenie), zatrudnienia w miejscach związanych z wychowywaniem lub przebywaniem dzieci”. W ocenie Trybunału art. 106a k.k. spełnia wymogi testu proporcjonalności, w tym:

- a) przydatności „w świetle regulacji zawartych w rozdziałach 1 i 2 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym”³;
- b) niezbędności, bo przepis ma na celu maksymalnie skuteczne izolowanie sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wobec nieletnich; służy więc bezpośrednio ochronie zdrowia i życia tych ostatnich. W związku z funkcjonowaniem w prawie polskim od 1 stycznia 1970 r. generalnej zasady zatarcia skazania z mocy prawa, a nie – jak to było do 31 grudnia 1969 r. – na wniosek skazanego (i to po przeprowadzeniu przez sąd stosownego dochodzenia), należało zdaniem Trybunału uznać, że cel realizowany przez art. 106a k.k. „w obecnym stanie prawnym” nie mógłby zostać osiągnięty innymi środkami;
- c) proporcjonalności *sensu stricto*. Na tle art. 106a k.k. dochodzi do kolizji wartości: z jednej strony – wolności osobistej i prywatności skazanych (oraz pośrednio prawa do wyboru przez nich zawodu), z drugiej zaś – dobra dzieci (małoletnich). Mają one podstawy w Konstytucji RP i dotyczą sfery praw osobistych, lecz różnią się pod względem rangi: nie ulega wątpliwości, że dobro dziecka (zwłaszcza w aspekcie ochrony życia i zdrowia) ma w aksjologii konstytucyjnej – co do zasady – pierwszeństwo przed prawem do prywatności i wolnością osobistą. Zdaniem Trybunału tak też należało przyjąć w niniejszej sprawie.

2. W moim przekonaniu wyrok Trybunału Konstytucyjnego jest nieprawidłowy, a art. 106a k.k. powinien być zostać uznany za niezgodny z art. 2, art. 30 oraz z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

3. W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że zatarcie skazania jest konstrukcją polegającą na przyjęciu fikcji prawnej, że po spełnieniu określonych przesłanek uważa się osobę skazaną za niekaraną, zaś wpis o skazaniu

³ Dz.U. z 2023 r. poz. 1068 tekst jedn.

jest usuwany z Krajowego Rejestru Karnego⁴. W efekcie sprawca, którego skazanie uległo zatarciu, jest uprawniony zarówno do przemilczania faktu skazania we wszelkich deklaracjach, jak i do uzyskania zaświadczenia o niekaralności ze wspomnianego rejestru⁵. Zatarcie skazania ma służyć ułatwieniu skazańcowi powrotu do normalnego życia w społeczeństwie (funkcja resocjalizacyjna). Tym samym instytucja zatarcia skazania wpisuje się w podstawowe założenie współczesnego systemu penitencjarnego, wedle którego każdy przestępca może się zresocjalizować i po nienagannym odbyciu wymierzonej kary ma prawo do drugiej szansy. To założenie realizuje też polskie prawo karne (art. 106–108 k.k.), choć z dwoma istotnymi wyjątkami, którymi są: zakaz wykreślenia z Krajowego Rejestru Karnego sprawców przestępstw seksualnych popełnionych na szkodę małoletnich (obowiązujący od 2005 r. art. 106a k.k.) oraz publikacja z mocy prawa imienia, nazwiska, wizerunku twarzy i miejscowości pobytu sprawcy takiego przestępstwa w odrębnym Rejestrze Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym (utworzonym na mocy ustawy z 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym⁶).

4. Przechodząc do samego wyroku Trybunału Konstytucyjnego, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na zdawkowość argumentacji w odniesieniu do wszystkich podniesionych zarzutów. Około 90% części prawnej uzasadnienia poświęconych jest kwestiom pobocznym, tj. motywom częściowego umorzenia postępowania, przedstawieniu instytucji zatarcia skazania i jej ewolucji historycznej (ograniczonej do II RP i PRL, bez wyjaśnienia znaczenia tych informacji dla sprawy), streszczeniu orzecznictwa Trybunału dotyczącego poszczególnych wzorców konstytucyjnych (ale bez związku z samym zatarciem) i przedstawieniu tła komparatystycznego (w ramach którego omówiono przypadkowo dobrane przykłady pochodzące z Finlandii, Irlandii, Słowenii, Danii i Cypru, bez wyjaśnienia, jakie mają one znaczenie dla sprawy). Jedynie około 10% uzasadnienia odnosi się bezpośrednio do zarzutów podniesionych w skardze konstytucyjnej.

5. Trudno uznać za wyczerpujące temat te fragmenty orzeczenia, w których Trybunał ograniczył wyjaśnienie niezasadności zarzutu do jednego zdania – tak było w odniesieniu do zarzutu naruszenia zasady zaufania obywatela do

⁴ L. Gardocki, *Prawo...*, s. 222.

⁵ G. Bogdan, w: *Kodeks...*, art. 106, uwaga 2.

⁶ Dz.U. z 2023 r. poz. 31 tekst jedn. ze zm.

państwa, gdzie Trybunał stwierdził, że skoro „już w dacie skazania wiadomo było, że wyrok za przestępstwo o podłożu seksualnym nie ulegnie zatarciu”, to „[n]ie doszło [...] do «zaskoczenia» skarżącego odnośnie do jego sytuacji prawnej”. Dostrzegam trzy mankamenty w takim potraktowaniu problemu. Po pierwsze, Trybunał stwierdził, że „art. 1 pkt 14 ustawy z 2005 r., dodający do k.k. art. 106a, wszedł w życie 26 września 2005 r., a z racji braku przepisów intertemporalnych – zgodnie z art. 1 § 1 k.k. – zaskarżony przepis zastosowanie miał do wyroków zapadłych po 25 września 2005 r.”. Tymczasem zgodnie z art. 1 § 1 k.k. do oceny czynów zabronionych powinno się stosować przepisy obowiązujące **w dacie popełnienia czynu, a nie w dacie wydania wyroku skazującego**. Po drugie, art. 106a k.k. obowiązywał w momencie wyrokowania w sprawie skarżącego, ale z uwagi na nieprecyzyjność stanu faktycznego nie wiadomo, czy obowiązywał w momencie popełnienia przez niego przestępstwa – Trybunał miał jednak wgląd do akt sprawy i powinien był rozważyć, czy nałożenie drugiej sankcji (wyłączenie zatarcia skazania) za czyn, który w momencie popełnienia był zagrożony tylko jedną sankcją (karą pozbawienia wolności), nie stanowi jednak przypadku zaskoczenia uzasadnionych oczekiwań skarżącego związanych z zasadą zaufania. Po trzecie, zasada zaufania obywatela do państwa nie sprowadza się do zakazu zaskakiwania obywateli nagłymi zmianami prawa, lecz obejmuje również 1) zakaz zastawiania pułapek prawnych, 2) wymóg zapewnienia obywatelowi możliwości decydowania o swoim postępowaniu dzięki pełnej znajomości przesłanek działania organów władzy publicznej, 3) zakaz tworzenia iluzorycznych bądź niewykonalnych konstrukcji normatywnych⁷. Rozwiązanie przyjęte w art. 106a k.k. budzi wątpliwości z punktu widzenia drugiego i trzeciego z wymienionych elementów zasady zaufania. Drugiego – w zakresie, w jakim ów przepis mógł być stosowany do skazanych za przestępstwa, które zostały popełnione przed 26 września 2005 r. W momencie popełnienia przestępstwa sprawcy nie mogli bowiem wiedzieć, że ich czyn nigdy nie ulegnie zatarciu. Trzeciego – ponieważ wątpliwe jest, czy przepis ten realizuje deklarowany cel, tj. czy rzeczywiście chroni życie i zdrowie małoletnich, czy też raczej stanowi wyłącznie dodatkową sankcję za już raz ukarane przestępstwo.

⁷ Wyroki TK: z 14 czerwca 2000 r., P 3/00, OTK 2000, nr 5, poz. 138; z 13 grudnia 2011 r., K 33/08, OTK-A 2011, nr 10, poz. 116; z 8 stycznia 2013 r., K 18/10, OTK-A 2013, nr 1, poz. 2; z 4 czerwca 2013 r., P 43/11, OTK-A 2013, nr 5, poz. 55.

6. Pozostałym zarzutom Trybunał poświęcił niewiele więcej uwagi – z reguły po kilka zdań.

7. Trybunał uznał art. 106a k.k. za zgodny z art. 30 i 40 Konstytucji RP. Argumentacja na poparcie tego stanowiska była niezwykle uboga i w istocie odwoływała się do ogólnie rozumianego dobra dziecka oraz bliżej niezdefiniowanej „wartości”, jaką – w ocenie Trybunału – ma stanowić „prawo do informacji o osobach, które zostały skazane za przestępstwa wobec małoletnich na tle seksualnym”. O ile prawna relewantność pierwszej wartości jest bezdyskusyjna, o tyle trudno powiedzieć, skąd Trybunał wywiódł to drugie „uprawnienie”. Nigdy ani w doktrynie, ani w orzecznictwie nie postawiono tezy o istnieniu takiego konstytucyjnego prawa podmiotowego. Oczywiście to samo w sobie nie oznacza, że nie można z Konstytucji wywodzić uprawnień, które nie zostały wcześniej dostrzeżone. Skoro jednak Trybunał powołuje się na nieznanie wcześniej prawo podmiotowe, to powinien był wskazać przepisy Konstytucji, z których je wywodzi, a także przedstawić tok rozumowania, który doprowadził go do takich wniosków. Tymczasem TK nie przedstawił żadnego uzasadnienia tego poglądu, ograniczając się do zdawkowego stwierdzenia, że owe „prawo” związane jest z dobrem dziecka.

Jeśli chodzi o dobro dziecka, Trybunał nie wyjaśnił, w jaki konkretnie sposób badany przepis przyczynia się do realizacji tej wartości. Celem art. 106a k.k. jest w pierwszej kolejności dodatkowe ukaranie sprawcy przestępstwa, które w oczach społeczeństwa uchodzi za szczególnie haniebane, a jedynie na dalszym przedpolu chroni również dobro dziecka. Zaskarżony przepis tworzy wyjątkową kategorię przestępcy, którego czyn będzie mu wypominany przez państwo do końca życia, niezależnie od odpokutowania osobistych win oraz od starań i postępów w resocjalizacji. Artykuł 106a k.k. tworzy swego rodzaju niewzruszalne domniemanie, że sprawcy tzw. przestępstw pedofilskich – w przeciwieństwie do sprawców zabójstw, gwałtów na osobach dorosłych czy nawet zbrodni wojennych, które podlegają zatarciu – są niezdolni do resocjalizacji, dlatego zasługują na dożywotnią stygmatyzację. Jednocześnie przepis ten nie przynosi wymiernych korzyści dzieciom, a przynajmniej Trybunał ich nie wymienił. Taka konstrukcja prawna jest moim zdaniem niezgodna z zasadą poszanowania godności ludzkiej przez to, że narusza zakaz przedmiotowego traktowania człowieka, bo z góry uznaje go za „beznadziejny przypadek”, uniemożliwiając mu pełny powrót do społeczeństwa. Teza, że zasada godności ludzkiej i zasada humanitarnego traktowania „nie mogą stanowić *sui generis* środka do uchylenia się przez

jednostkę od sankcji za popełnienie przestępstwa, zwłaszcza gdy dobrem chronionym jest małoletni”, jest groźna, bo sugeruje, że zdaniem Trybunału w pewnych przypadkach dopuszczalne są niehumanitarne, urągające godności człowieka sankcje, jeśli wymaga tego dobro ofiary, zwłaszcza małoletniej.

8. Na szczególnie krytyczną ocenę zasługuje lakoniczność fragmentu uzasadnienia, w którym przeprowadzono test proporcjonalności art. 106a k.k. Oceny proporcjonalności Trybunał dokonał łącznie z punktu widzenia wolności osobistej, prawa do prywatności oraz wolności wyboru zawodu, nie rozważając odrębnie konsekwencji regulacji dla każdej z nich.

9. Ocena przydatności art. 106a k.k. dla ochrony dobra dziecka została przeprowadzona przez Trybunał do jednego, dość enigmatycznego zdania: „W świetle regulacji zawartych w rozdziałach 1 i 2 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym [...] art. 106a k.k. spełnia wymóg przydatności”. Dalej Trybunał stwierdził, że ta konstatacja „pozwala na przejście do drugiej fazy testu proporcjonalności”. Trudno się z tym zgodzić – jak słusznie zauważył sam Trybunał, przesłanka przydatności wymaga ustalenia, „czy według dostępnego stanu wiedzy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków”. Tymczasem Trybunał w ogóle nie przeprowadził takich ustaleń: zabrakło analizy „dostępnego stanu wiedzy” na temat skutków funkcjonowania przez 15 lat art. 106a k.k. dla ochrony dzieci przed molestowaniem seksualnym. W szczególności należało rozważyć, czy przepis w ciągu 15 lat funkcjonowania spowodował spadek liczby przypadków, w których dochodzi do recydywy ze strony osób skazanych za przestępstwa seksualne popełnione wobec małoletnich.

10. Ocenie niezbędności regulacji Trybunał poświęcił niewiele więcej uwagi. Najpierw słusznie przypomniał, że ocena tej przesłanki wymaga ustalenia, czy badana regulacja „stanowi środek możliwie najmniej ingerujący w prawa jednostki”. Potem jednak w ogóle nie podjął rozważań, czy istniały alternatywne i mniej uciążliwe dla sprawców przestępstw seksualnych rozwiązania niż dożywotnie wyłączenie zatarcia. Trybunał jedynie ograniczył się do zdawkowego stwierdzenia, iż skoro Kodeks karny przewiduje zatarcie skazania z mocy prawa (a nie na wniosek, jak było to do 1969 r.), to „cel [w postaci ochrony życia i zdrowia dzieci] realizowany przez art. 106a k.k. w obecnym stanie prawnym nie mógłby zostać osiągnięty innymi środkami”. Z tego kolejnego enigmatycznego zdania zdaje się wynikać, że w ocenie Trybunału „niezbędna” jest taka regulacja, której zastąpienie nie byłoby

możliwe bez zmiany obowiązującej ustawy. Takie podejście jest nie tylko jest sprzeczne z dotychczasowym orzecznictwem TK⁸, ale także z założeniem przyjętym przez sam skład orzekający w tej sprawie, który w tym samym uzasadnieniu stwierdził, że przy ocenie niezbędności należy ustalić, czy dana regulacja stanowi środek „możliwie najmniej ingerujący w prawa jednostki”. Wywód TK stanowi wyraz błędnego koła w rozumowaniu: wyłączenie zatarcia z mocy ustawy jest niezbędne, bo Kodeks karny nie przewiduje zatarcia na wniosek sprawcy, a nie przewiduje zatarcia na wniosek, bo Kodeks karny przewiduje zatarcie tylko z mocy ustawy. Trybunał nie rozważył w ogóle, czy bardziej zbalansowanym rozwiązaniem nie byłoby np. powierzenie, w drodze wyjątku od reguły zatarcia z mocy prawa, decyzji o wyłączeniu zatarcia przestępstwa seksualnego wobec małoletniego sądowi, którzy orzekałby na podstawie indywidualnych okoliczności czynu oraz postawy skazanego w trakcie odbywania kary i po jej odbyciu⁹; albo wydłużenie okresu, po upływie którego następuje zatarcie, w stosunku do osób skazanych za przestępstwa seksualne wobec małoletnich¹⁰. Poza tym wcale nie jest pewne, że ten cel w ogóle jest realizowany przez art. 106a k.k. – jak już wspomniałem, Trybunał *a priori* uznał za udowodnioną tezę, że art. 106a k.k. przyczynia się w jakimś istotnym stopniu do ochrony życia i zdrowia dzieci przed przestępcami seksualnymi, nie przedstawiając na poparcie tego stanowiska żadnych statystyk ani innych argumentów.

Trzeba też zauważyć, że Trybunał niemalże wcale nie rozważył konsekwencji art. 106a k.k. dla wolności wyboru zawodu. Tymczasem wątpliwe jest, czy naprawdę absolutnie niezbędne dla ochrony życia i zdrowia dzieci jest dożywotnie pozbawienie przestępców seksualnych możliwości ubiegania się o zatrudnienie w kilkudziesięciu zawodach niezwiązanych z opieką nad małoletnimi, a wiążących się z wymogiem niekaralności. Do tego problemu wróć jeszcze w dalszej części rozważań.

⁸ Zob. np. wyroki TK: z 13 grudnia 2011 r., K 33/08; z 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80; z 18 września 2014 r., K 44/12, OTK-A 2014, nr 8, poz. 92; z 6 grudnia 2016 r., SK 7/15, OTK-A 2016, poz. 100.

⁹ Podobnie proponuje M. Błaszczuk, w: *Kodeks...*, art. 106a, uwaga 8. *Notabene* już *de lege lata* sąd może na wniosek skazanego zarządzić zatarcie skazania już po upływie pięciu lat, jeżeli skazany w tym okresie przestrzegał porządku prawnego, a wymierzona kara pozbawienia wolności nie przekraczała trzech lat (art. 107 § 2 k.k.). Przepis jednak nie ma zastosowania do osób skazanych na karę pozbawienia wolności za przestępstwa seksualne wobec małoletnich.

¹⁰ To drugie rozwiązanie również było proponowane w doktrynie – zob. np. M. Mozgawa, w: M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Prawo...*, s. 468.

11. Także ocena proporcjonalności *sensu stricto* była niezwykle powierzchowna. Najpierw Trybunał słusznie przypomniał, że wymaga ona przeprowadzenia „swoistego rachunku aksjologicznego, badając – w pewnym uproszczeniu – czy zalety badanej regulacji przeważają nad jej wadami”. Logicznie rzecz biorąc, Trybunał powinien był w takiej sytuacji przystąpić do przedstawienia zalet i wad art. 106a k.k., ale to nie nastąpiło. Zamiast tego Trybunał ograniczył się do zdawkowego stwierdzenia, że dobro dzieci ma co do zasady pierwszeństwo przed prawem do prywatności i wolnością osobistą. Jest to oczywiście prawda, ale na tym nie wyczerpuje się analiza proporcjonalności *sensu stricto*, która wymaga również zbadania skali zagrożenia dla dobra dziecka ze strony różnych kategorii przestępców. Ten wątek również zostanie rozwinięty dalej.

12. W dalszej części uzasadnienia Trybunał Konstytucyjny streścił kilkanaście orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) dotyczących zasad ograniczania prawa do prywatności oraz jedno orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE dotyczące prawa do bycia zapomnianym. Żadne z tych orzeczeń nie dotyczyło w ogóle zgodności wyłączenia zatarcia z prawami człowieka, więc ich przytoczenie niczego nie wniosło do wyводу. Pewne znaczenie dla wyvodu miał natomiast wyrok ETPC z 17 grudnia 2009 r. w sprawie *Gardel v. Francja* (HUDOC), dotyczący zgodności z art. 8 Konwencji rejestru sądowego, w którym były gromadzone dane przestępców seksualnych, ale w jego przypadku TK ograniczył się do jednozdaniowego streszczenia: „rejestr sądowy sprawców przestępstw seksualnych ma charakter prewencyjny, gdyż jego celem jest zapobieganie przestępstwom (w szczególności zwalczanie powrotu do przestępstwa) oraz ułatwienie identyfikacji ich sprawców, zatem fakt wpisania skazanego do tego rejestru nie narusza Konwencji rzymskiej”. Pomijając błąd w nazwie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, zwrócić uwagę należy, że Trybunał Konstytucyjny nie wyjaśnił, jaki wywodzi wniosek z tego orzeczenia. Można się jednak domyślać, że prawdopodobnie chciał przez to pokazać, iż skoro rejestr przestępców seksualnych we Francji nie narusza prawa do prywatności, to wyłączenie zatarcia ich skazania w Polsce również tego prawa nie narusza. Nie wdając się w szczegółową polemikę, która wykracza poza ramy glosy, warto zauważyć, że rejestr przestępców seksualnych, którego dotyczył wyrok w sprawie *Gardel*¹¹, istotnie różnił się od rejestru funkcjonującego w Polsce: był dostępny wyłącznie dla organów

¹¹ Tego samego dnia zapadły też inne wyroki w podobnych sprawach – zob. wyroki ETPC z 17 grudnia 2009 r. w sprawach *B.B. v. Francja*, par. 58; *Gardel v. Francja*, par. 59; *M.B. v. Francja*, par. 50.

ścigania, dane były gromadzone na czas określony (do 30 lat), z możliwością złożenia przez sprawcę wniosku do prokuratora o wykreślenie z rejestru przed terminem, a w razie odmownej decyzji – odwołania do sądu. Tymczasem informacja na temat przestępcy seksualnego w Krajowym Rejestrze Karnym jest dostępna również dla pracodawców, a w Rejestrze Sprawców Przepęstw na Tle Seksualnym – dla wszystkich zainteresowanych w internecie. Wpis do obu rejestrów ma charakter dożywotni, a sprawca nie ma możliwości domagania się jego usunięcia, niezależnie od postawy osobistej.

13. Na koniec wypada odnieść się wprost do samego art. 106a k.k. Przepis ten od lat był przedmiotem intensywnej i właściwie jednomyślnej krytyki w doktrynie, która zarzuca mu:

- 1) niekonsekwencję, bo wyłącza zatarcie tzw. przestępstw pedofilskich, a dopuszcza zatarcie najcięższych zbrodni, za które wymierzono karę 25 lat albo dożywotniego pozbawienia wolności;
- 2) brak spójności merytorycznej z kodeksowymi przepisami przewidującymi możliwość dożywotniego orzeczenia określonych środków karnych wobec skazanego za wskazane przestępstwa popełnione na szkodę małoletniego;
- 3) stygmatyzowanie sprawców do końca ich życia;
- 4) niezgodność z konstytucyjną zasadą humanitaryzmu i zasadą proporcjonalności (bogatej literatury na ten temat i przytoczonych w niej argumentów Trybunał w ogóle nie uwzględnił w uzasadnieniu swojego orzeczenia)¹².

W jedynym zdaniu odrębnym do komentowanego orzeczenia skrytykowano również praktykę tworzenia kolejnych wyłomów od zasady zatarcia przestępstwa z mocy prawa¹³.

¹² Zob. np. A. Marek, *Nieprzemysłane...*; B.J. Stefańska, *Zatarcie...*, s. 245–253; R. Krajewski, *Wyłączenie...*, s. 11 i n.; M. Filar, *„Druga” nowelizacja...*, s. 45–49; A. Zientara, *Sporne...*, s. 96 i n.; K. Banasik, *Zatarcie...*, s. 100 i n.; Ł. Pohl, *Prawo...*, s. 466; G. Bogdan, w: *Kodeks...*, art. 106a, uwaga 3; P. Banaszak-Grzechowiak, K. Burdzak, *Instytucja...*, s. 12 i n.; A. Grześkowiak, w: *Kodeks...*, art. 106a, uwaga 2; D. Gruszecka, w: *Kodeks...*, art. 106a, uwaga 1.

¹³ Zdanie odrębne sędziego Andrzeja Zielonackiego do wyroku TK z 16 grudnia 2020 r., SK 26/16. Nie podzielam jednak jego poglądu, że Konstytucja pozostawia istnienie instytucji zatarcia uznaniu prawodawcy. Moim zdaniem wymóg zatarcia przestępstwa po upływie określonego czasu wynika z zakazu nadmiernej ingerencji (art. 2 Konstytucji RP) oraz z zasady poszanowania godności ludzkiej (art. 30 Konstytucji RP).

Podzielając ten krytycyzm, chciałbym dodać, że przepis ten również w nieproporcjonalnym stopniu ingeruje w wolność wyboru zawodu. Nawet jeśli uznamy art. 106a k.k. za rozwiązanie efektywne (co pozostaje tezą nieudowodnioną, o czym już była mowa powyżej), to problematyczna jest kwestia jego niezbędności i proporcjonalności *sensu stricto*. Za niezbędne dla ochrony dobra dziecka można by uznać jedynie trwale wyłączenie przestępcy seksualnego z zawodów związanych ze sprawowaniem opieki nad dziećmi. Trudno natomiast uznać, że konieczne dla ochrony dobra dziecka jest również pozbawienie takiej osoby możliwości podejmowania innych zawodów, niezwiązanych w ogóle z zajmowaniem się małoletnimi. Istnieje kilkadziesiąt zawodów, wobec których obowiązuje ustawy wymóg niekaralności za przestępstwa umyślne, takich jak: ochroniarz¹⁴, detektyw¹⁵, doradca podatkowy¹⁶, biegły rewident¹⁷, taksówkarz¹⁸, instruktor nauki jazdy¹⁹, maszynista²⁰, przewodnik górski²¹, operator numerów alarmowych²², inspektor Inspekcji Ochrony Środowiska²³, ekspert Urzędu Patentowego²⁴, konserwator zabytków²⁵, dyrektor jednostki doradztwa rolniczego²⁶, kierownik komórki

¹⁴ Art. 29 ust. 2 lit. b ustawy z 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia, Dz.U. z 2021 r. poz. 1995 tekst jedn.

¹⁵ Art. 29 ust. 1 pkt 5 ustawy z 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych, Dz.U. z 2020 r. poz. 129 tekst jedn. ze zm.

¹⁶ Art. 7 ust. 4 pkt 2 ustawy z 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym, Dz.U. z 2021 r. poz. 2117 tekst jedn.

¹⁷ Art. 4 ust. 2 pkt 3 ustawy z 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym, Dz.U. z 2023 r. poz. 1015 tekst jedn.

¹⁸ Art. 6 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z 6 września 2001 r. o transporcie drogowym, Dz.U. z 2022 r. poz. 2201 tekst jedn. ze zm.

¹⁹ Art. 33 ust. 1 pkt 8 lit. f ustawy z 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami, Dz.U. z 2023 r. poz. 622 tekst jedn. ze zm.

²⁰ Art. 22 ust. 2 pkt 1 ustawy z 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym, Dz.U. z 2023 r. poz. 602 tekst jedn. ze zm.

²¹ Art. 21 ust. 1b pkt 2 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych, Dz.U. z 2020 r. poz. 2211 tekst jedn. ze zm.

²² Art. 16 ust. 1 pkt 6 ustawy z 22 listopada 2013 r. o systemie powiadamiania ratunkowego, Dz.U. z 2023 r. poz. 748 tekst jedn.

²³ Art. 8e ust. 1 pkt 4 ustawy z 20 lipca 1991 r. o Inspekcji Ochrony Środowiska, Dz.U. z 2023 r. poz. 824 tekst jedn.).

²⁴ Art. 266 ust. 2 pkt 2 ustawy z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej, Dz.U. z 2023 r. poz. 1170 tekst jedn.

²⁵ Dotyczy nie tylko wojewódzkich, ale również gminnych i powiatowych konserwatorów – art. 91 ust. 2 pkt 4 i art. 96 ust. 2b ustawy z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, Dz.U. z 2022 r. poz. 840 tekst jedn. ze zm.

²⁶ Art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy z 22 października 2004 r. o jednostkach doradztwa rolniczego, Dz.U. z 2020 r. poz. 721 tekst jedn. ze zm.

organizacyjnej w Krajowym Ośrodku Wsparcia Rolnictwa²⁷ czy pracownik samorządowy zatrudniony na podstawie umowy o pracę²⁸. Niezrozumiałe jest, dlaczego osoby skazane za przestępstwa seksualne wobec małoletnich miałyby do końca życia być pozbawione możliwości wykonywania zawodów niezwiązanych w ogóle z zajmowaniem się dziećmi. Założenie, że takim osobom należy zamknąć dostęp do zawodów związanych nie tylko z zajmowaniem się dziećmi, ale także, jak wskazał Trybunał, „związanych z przebywaniem dzieci”, jest – delikatnie rzecz ujmując – nieroztropne, zważywszy, że trudno wyobrazić sobie miejsce pracy, w którym nigdy nie pojawiają się żadne dzieci. Dzieci często przebywają np. na ulicach, w hotelach czy w restauracjach – czy w takim razie należałoby sprawcom przestępstw pedofilskich zabronić wykonywania zawodów zamiataczy ulic, recepcjonistów, kelnerów czy kucharzy? Oczywiście nie – czemu więc nie mogą wykonywać także zawodu maszynisty, inspektora ochrony środowiska czy pracownika samorządowego, którzy z pewnością rzadziej spotykają dzieci w miejscu pracy niż kelnerzy czy recepcjoniści hotelowi? Pytanie to jest tym bardziej zasadne, jeśli weźmie się pod uwagę, że wszystkich tych zawodów mogą podejmować się przestępcy po zatarciu skazania za takie przestępstwa jak gwałt na osobie dorosłej, zabójstwo, terroryzm, udział w przestępczości zorganizowanej, a nawet ludobójstwo.

Wątpliwa jest również proporcjonalność *sensu stricto* rozwiązania przyjętego w art. 106a k.k. Przepis tak samo traktuje wszystkie osoby skazane za przestępstwa seksualne wobec małoletniego, jeśli tylko wymierzono im karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Tak samo ogranicza się zatem wolność wyboru zawodu „twardym” pedofiliom, niezależnie od tego, czy dopuścili się gwałtu, czy ograniczyli się do innej czynności seksualnej na dziecku (art. 200 § 1 k.k.), „miękkim” pedofiliom, którzy jedynie oglądali w internecie pornografię dziecięcą (art. 202 § 4a k.k.), jak również zwykłym nastolatkom, którzy za obopólną zgodą podjęli ze sobą współżycie seksualne (art. 200 § 1 k.k.). Tymczasem trzy pierwsze z wymienionych kategorii przestępców seksualnych zagrażają dzieciom w różnym stopniu, co wymagałoby odpowiedniego zróżnicowania sankcji, a ostatnia kategoria w ogóle nie stanowi takiego zagrożenia, co powinno się wiązać z całkowitym wyłączeniem tej sankcji. Poza tym przepisy powinny

²⁷ Art. 5 ust. 4 pkt 4 ustawy z 10 lutego 2017 r. o Krajowym Ośrodku Wsparcia Rolnictwa, Dz.U. z 2023 r. poz. 430 tekst jedn. ze zm.

²⁸ Art. 6 ust. 3 pkt 2 ustawy z 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych, Dz.U. z 2022 r. poz. 530 tekst jedn.

uwzględniać również indywidualny stan psychiczny sprawcy w czasie przebywania na wolności, tak aby mógł on ubiegać się o zatarcie przestępstwa, jeśli potwierdzone zostało wyleczenie zaburzenia preferencji seksualnych.

14. Komentowane orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego zasługuje na krytykę nie tylko z powodu nietrafności rozstrzygnięcia, ale także ze względu na wyjątkowo niską jakość uzasadnienia. Uzasadnienie wyroku nie zawiera spójnego i logicznego wywodu, wyjaśniającego krok po kroku tok rozumowania Trybunału, lecz stanowi kompilację przypadkowych i irrelevantnych informacji od instytucji zatarcia w Finlandii po prawo do bycia zapomnianym w orzecznictwie TSUE, przeplatanych powierzchowną oceną konstytucyjności zaskarżonego przepisu, którą trudno nawet nazwać analizą. Szczególnie symptomatyczny jest sposób przeprowadzenia przez Trybunał testu proporcjonalności. Trybunał przypisał pierwszorzędne znaczenie celowi kontrolowanego przepisu (realizowanej wartości konstytucyjnej – przesłance legalności materialnej), a jednocześnie ograniczył do minimum ocenę przydatności, niezbędności i proporcjonalności *sensu stricto* zaskarżonej regulacji. Metoda dokonania tej oceny jest wewnętrznie niespójna – najpierw Trybunał ogólnie wytłumaczył w uzasadnieniu, w jaki sposób należy badać poszczególne przesłanki testu, a następnie zignorował schematy rozumowania, które sam wcześniej opisał, jakby o nich zapominając. W sumie Trybunał poświęcił testowi proporcjonalności zaledwie kilka zdań. Więcej miejsca TK poświęcił kilkukrotnemu powtarzaniu truizmów, że prawo do prywatności, wolność osobista i wolność wykonywania zawodu nie mają charakteru absolutnego.

Niewykluczone, że prawo karne powinno przewidywać szczególne reguły zatarcia skazania w przypadku przestępstw seksualnych na szkodę małoletnich. Ustawodawca ma dość dużą swobodę w kształtowaniu przesłanek zatarcia skazania, ale nie powinien przy tym ingerować w prawa i wolności skazanego w głębszym stopniu, niż jest to konieczne dla ochrony wartości określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Z całą pewnością z Konstytucji RP nie wynika „prawo do zatarcia skazania”²⁹, natomiast samo wyłączenie zatarcia wiąże się z ograniczeniem wyraźnie zagwarantowanych w niej praw podmiotowych. Artykuł 106a k.k. w obecnym brzmieniu narusza: zasadę zaufania obywatela do państwa, bo wyłącza zatarcie także w odniesieniu do czynów popełnionych przed datą jego wejścia w życie; zasadę poszanowania godności ludzkiej, bo *a priori* uznaje niektórych przestępców seksualnych

²⁹ Por. wyrok TK z 25 maja 2004 r., SK 44/03, OTK-A 2004, nr 5, poz. 46, na temat „prawo do przedawnienia”.

za osoby niezdolne do pełnej resocjalizacji; wolność wyboru zawodu, bo arbitralnie zamyka sprawcom do licznych zawodów niezwiązanych z zajmowaniem się dziećmi.

Abstract

The commented judgment of the Constitutional Tribunal recognises that the complete and lifelong exclusion of expungement of a criminal convicted for so-called paedophilia crimes is consistent with the principle of humanitarianism, the right to privacy, the right to personal freedom and the freedom to choose an occupation. In the author's opinion, the judgment of the Constitutional Tribunal deserves criticism. The Tribunal refers only to the superficial degree to the constitutional problem presented to it, which in fact has been reduced to a simple conflict between "the rights of a criminal" and the abstractly understood "best interest of a child". The reasonings lack any considerations as to whether the examined solution is effective in practice, i.e. whether it actually contributes to the protection of children against sexual offenders. The judgment of the Constitutional Tribunal illustrates the loosening of the standard for assessing the admissibility of restrictions on civil rights and freedoms, in which the overriding goal (in this case, "the child's best interest") plays a central role, while the fact whether a given solution is at least useful or necessary or proportionate is less significant.

Keywords: expungement, the child's best interest, human dignity, freedom to choose an occupation

JANUSZ ROSZKIEWICZ  <https://orcid.org/0000-0001-5055-2215>

Dr nauk prawnych, radca prawny, adiunkt w Zakładzie Praw Człowieka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

Bibliografia

- Banasik K., *Zatarcie skazania za przestępstwa o charakterze seksualnym*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 9.
- Banaszak-Grzechowiak P., K. Burdzak, *Instytucja zatarcia skazania w polskim prawie karnym – raport z badania*, Warszawa 2020.
- Błaszczyk M., w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zabłocki, Legalis 2017.

- Bogdan G. w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, LEX 2016.
- Budyn-Kulik M., P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Prawo karne materialne*, Warszawa 2006.
- Filar M., „*Druga*” nowelizacja Kodeksu karnego dotycząca tzw. przestępstw seksualnych, „Państwo i Prawo” 2006, z. 3.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2015.
- Gruszecka D., w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX 2021.
- Grześkowiak A., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Legalis 2021.
- Krajewski R., Wylączenie zatarcia skazania za niektóre przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, „Palestra” 2017, nr 7–8.
- Marek A., Nieprzemysłane zaostrenie kar za pedofilię, „Rzeczpospolita” z 14 sierpnia 2005 r.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015.
- Stefańska B.J., *Zatarcie skazania*, Warszawa 2014.
- Zientara A., Sporne problemy dotyczące wylączenia możliwości zatarcia skazania na podstawie art. 106a k.k., „Przeгляд Sądowy” 2010, z. 3.