



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

Warszawa, dnia 10 sierpnia 2017 r.

**Sygn. akt K 5/16**

**dot.: KMP.571.83.2014.MMa**

BIURO RZECZNIKA  
PRAW OBYWATELSKICH

WPL. 2017 -08- 10

ZAL. 25 NR .....

**Pan**

**Adam B O D N A R**

**Rzecznik Praw Obywatelskich**

W ślad za pismem Trybunału Konstytucyjnego z 27 lutego 2017 r. przesyłam w załączeniu kopię stanowiska Prokuratora Generalnego z 7 sierpnia 2017 r. (wpływ do TK-8 sierpnia 2017 r.), wyrażonego w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich, sygn. akt K 5/16 – do wiadomości.

Przewodniczący składu orzekającego

Julia Przyłębska

Załącznik 1

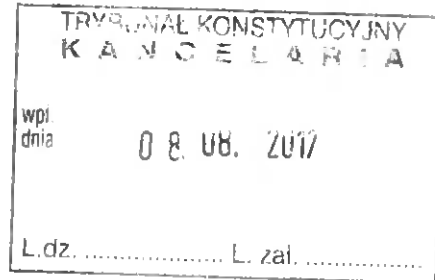


RZECZPOSPOLITA POLSKA  
PROKURATOR GENERALNY

**PK VIII TK 49.2016**

**K 5/16**

Warszawa, dnia 7 sierpnia 2017 r.



**TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY**

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich o stwierdzenie, że „art. 116 § 6 w zw. z art. 7 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557, z późn. zm.) w zakresie, w jakim nie przewiduje wydawania decyzji w sprawie kontroli osobistej skazanego jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”

- na podstawie art. 42 pkt 7 oraz art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 2072) w związku z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U., poz. 2074) -

**przedstawiam następujące stanowisko:**

**postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 2072) w związku z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o**

**organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U., poz. 2074) - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.**

### **UZASADNIENIE**

Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej również: Wnioskodawca, Rzecznik lub RPO) wniósł do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności art. 116 § 6 w związku z art. 7 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 ze zm.) [dalej: Kodeks karny wykonawczy albo k.k.w.] w zakresie, w jakim nie przewiduje wydawania decyzji w sprawie kontroli osobistej skazanego, z powołanymi w *petitum* wniosku wzorcami konstytucyjnej kontroli.

Na wstępie Rzecznik poinformował, że problem braku sądowej weryfikacji czynności kontroli osobistej skazanych (tymczasowo aresztowanych), przeprowadzanej przez organy wykonujące karę pozbawienia wolności (środek zapobiegawczy polegający na tymczasowym aresztowaniu), został ujawniony „w związku z wykonywaniem przez Rzecznika Praw Obywatelskich funkcji Krajowego Mechanizmu Prewencji, w rozumieniu Protokołu fakultatywnego do Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjętego przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w Nowym Jorku dnia 18 grudnia 2002 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 30, poz. 192)”, oraz że „[z]agadnienie nadmiernych i nieuzasadnionych kontroli osobistych podnoszone jest również we wnioskach kierowanych do Rzecznika Praw Obywatelskich” (wniosek RPO, s. 2).

Rzecznik wskazał, iż „kontrola osobista osób pozbawionych wolności dotyka sfer chronionych konstytucyjnie, tj. prawa do nietykalności osobistej i wolności osobistej (art. 41 ust. 1 Konstytucji RP) oraz prawa do prywatności (art.

47 Konstytucji RP)”, a „[i]ngerencja we wskazane prawa i ich ograniczenie w świetle Konstytucji RP jest dozwolone, jednakże może następować tylko na zasadach i w trybie określonym w ustawie. Trzeba wskazać, iż sfera wolności osobistej chroniona przez art. 41 ust. 1 Konstytucji RP jest już ograniczona poprzez przebywanie w miejscu detencji, jednakże wprowadzone do systemu prawnego regulacje dotyczące kontroli osobistych, w istocie określają aktualne granice ograniczenia tej wolności. Granice te dotyczą także nietykalności osobistej skazanych, a ich naruszanie czy ograniczanie bez wyraźnej podstawy prawnej może stanowić czyn zabroniony określony w art. 217 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.)” [uzasadnienie wniosku, s 2-3].

W ocenie Rzecznika, „[o]graniczenie wskazanych praw nastąpiło w art. 116 § 2-4 k.k.w. i art. 209 k.k.w. w zw. z art. 116 § 2-4 k.k.w. Na podstawie tych przepisów funkcjonariusze Służby Więziennej uzyskali uprawnienie do dokonywania kontroli osobistych. Skazany ma obowiązek wykonywania poleceń przełożonych i osób uprawnionych (art. 116 § 1 k.k.w.). W sytuacji niepodporządkowania się poleceniom Służby Więziennej, ta ostatnia ma możliwość wyegzekwowania polecenia przy pomocy środków przymusu bezpośredniego [art. 35 ust. 2 pkt 1-9 w zw. z art. 11 pkt 1 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628, z późn zm.)].

Z kolei zgodnie z art. 116 § 6 k.k.w. *decyzje w sprawach, o których mowa w § 4-5, podejmuje dyrektor zakładu karnego. Ze zniszczenia przedmiotów i notatek oraz przekazania pieniędzy i przedmiotów wartościowych sporządza się protokół.* We wskazanym przepisie ustawodawca wskazał, iż określone decyzje (tj. o dokonaniu kontroli przedmiotów, ich zatrzymaniu czy monitorowaniu zachowania więźnia) podejmuje dyrektor zakładu karnego (por. art. 242 § 4a k.k.w.). Ustawodawca wyłączył z obowiązku podejmowania decyzji przez dyrektora, kontrolę osobistą skazanych, której przesłanki i warunki zostały

określone w art. 116 § 2 i 3 k.k.w. W przepisach dotyczących dokonywania kontroli osobistych ustawodawca nie używa pojęcia decyzja, przyjmując zapewne, że wskazanie tego wprost w przepisie, powodowałoby, iż do tych decyzji znajdowałby zastosowanie art. 7 k.k.w., nadto kontroli w trybie art. 7 k.k.w. podlegają jedynie decyzje określonych podmiotów (np. dyrektora zakładu karnego, ale już nie funkcjonariusza Służby Więziennej)” [uzasadnienie wniosku, s. 3-4].

W kolejnym fragmencie uzasadnienia wniosku Rzecznik Praw Obywatelskich omówił rozbieżności w doktrynie co do możliwości poddania decyzji, o których mowa w art. 116 § 6 k.k.w., kontroli sądowej i, w tym zakresie, przedstawił pogląd S. Lelental, że *„decyzje dyrektora zakładu karnego w sprawach, na które wskazuje § 6 komentowanego artykułu, nie mogą podlegać zaskarżeniu w trybie art. 7 KKW, tj. z powodu ich niezgodności z prawem. Prawo dopuszcza podejmowanie takich decyzji, a tym samym nie mogą być zaskarżone w podanym trybie; dopuszczalna jest natomiast kontrola prawidłowości, co mieści się w ramach nadzoru penitencjarnego (S. Lelental, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, wyd. 3, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2010, s. 490-491 - przyp. RPO)”* oraz pogląd prezentowany przez Z. Hołdę, K. Postulskiego i J. Potulskiego, że *„decyzje, o których mowa w art. 116 § 6 k.k.w. mogą podlegać kontroli sądowej w trybie art. 7 k.k.w. (Z. Hołda, Komentarz do art. 116 k.k.w., [w:] Z. Hołda, K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Gdańsk 2005, s. 436; K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 520 oraz J. Potulski, Komentarz do art. 116 k.k.w., [w:] J. Lachowski (red), Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2015, s. 467 - przyp. RPO)”* [uzasadnienie wniosku, s. 4].

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, „decyzje, o których mowa w art. 116 § 6 k.k.w., podlegają kontroli sądowej, albowiem dotyczą wolności bądź praw (prawa własności, prawa do prywatności). Ponadto, ustawodawca posługuje

się pojęciem decyzji w celu wskazania, iż jest to rozstrzygnięcie indywidualne, określające prawa danej osoby, które doznają ograniczeń. Dodatkowo przeciwko pogładowi S. Lelentala przemawia fakt, iż według zamysłu samego ustawodawcy decyzje dyrektora określone w art. 116 § 6 k.k.w. podlegają kontroli sądowej w trybie art. 7 k.k.w. W uzasadnieniu do ustawy z dnia 18 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 115, poz. 963), w wyniku której dodano do art. 116 k.k.w. paragraf 5a ustawodawca wskazał, że *<w art. 1 pkt 3, odnoszącym się do art. 116 Kodeksu karnego wykonawczego, określającego obowiązki skazanego, dodano nowy § 5a, który przewiduje możliwość poddania zachowania skazanego monitoringowi, jeżeli jest to uzasadnione względami medycznymi albo potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa skazanego. Kontrola zachowania skazanego za pomocą kamer telewizji przemysłowej, co do zasady, ma mieć zatem charakter fakultatywny. Z kolei znowelizowany § 6 tego artykułu jednoznacznie wskazuje, że dyrektor zakładu karnego będzie podejmował w tej sprawie decyzje w rozumieniu art. 7 K.k.w., a więc podlegające kontroli sądowej>* (Sejm VI kadencji, druk nr 1851, uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny wykonawczy, s. 3 - przyp. wł.)” [uzasadnienie wniosku, s. 4-5].

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, „zakomunikowanie skazanemu, iż zostanie poddany takiej formie kontroli jest decyzją, która winna podlegać sądowej kontroli. Skoro ustawodawca przyjął, że podlegają sądowej kontroli decyzje, o których mowa w art. 116 § 4-5a k.k.w., to tym bardziej powinny jej podlegać zarządzenia o przeprowadzeniu kontroli osobistej wobec skazanego, ponieważ one w sposób bardziej intensywny wkraczają w jego sferę prywatności i przyrodzonej godności” (uzasadnienie wniosku, s. 5).

Zdaniem Rzecznika, konsekwencją braku nakazania w art. 116 § 6 k.k.w. wydania decyzji w przedmiocie kontroli osobistej jest to, że „Dyrektor Generalny lub dyrektor okręgowy Służby Więziennej (art. 78 § 2 k.k.w.), jak też sędzia penitencjarny (art. 34 § 1 k.k.w.), nie mogą dokonać oceny decyzji i ewentualnego

jej uchylenia jako sprzecznej z prawem, ponieważ czynność poddania kontroli osobistej w świetle k.k.w. nie jest decyzją, na którą służy środek zaskarżenia do sądu” (uzasadnienie wniosku, s. 6).

Rzecznik wskazał, że „[w] chwili obecnej prawidłowość przeprowadzenia kontroli osobistej, jako czynności która może podlegać ocenie sędziego penitencjarnego w trybie nadzoru, może być zweryfikowana jedynie poprzez osobowe źródła dowodowe, które są zawodne w dłuższym okresie i w sytuacji, gdy dana czynność jest rutynowo podejmowana w ramach pełnionych obowiązków (np. przez oddziałowego)”, ponieważ „informacji o przeprowadzeniu kontroli osobistej, jej przyczynach i osobach jej dokonujących nie odnotowuje się w żadnej dokumentacji Służby Więziennej” (*ibidem*).

W ocenie RPO, „[p]rzedmiotem zaskarżenia należy objąć również art. 7 § 1 k.k.w.”, który to przepis „wskazuje grupę podmiotów wydających określone decyzje oraz zakres jej zaskarżenia”, co uzasadnione jest tym, że „obecnie o przeprowadzeniu kontroli osobistej decydują oprócz dyrektora jednostki penitencjarnej również inni funkcjonariusze Służby Więziennej (np. oddziałowi), a więc podmioty, które nie zostały przez art. 2 k.k.w. określone jako organy postępowania wykonawczego. Funkcjonariusze Służby Więziennej oraz pracownicy zakładu karnego są określani w przepisach kodeksu karnego wykonawczego jako osoby wykonujące karę pozbawienia wolności (art. 78 § 1 k.k.w.)” (uzasadnienie wniosku, s. 6-7).

Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił uwagę, że „[n]a aspekt głębokiej ingerencji w prawa osobiste osób pozbawionych wolności, wobec których dokonywana jest kontrola osobista wskazał Europejski Komitet do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (dalej: CPT) w *Raporcie z wizytacji Europejskiego Komitetu do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (CPT) przeprowadzonej w Polsce w dniach 5-17 czerwca 2013 r.* [CPT/Inf (2014)21 (pkt 106), dalej Raport CPT z 2013 r.].

Jak podniesiono w Raporcie CPT z 2013 r. odnośnie rutynowego poddawania kontrolom osobistym kobiet w jednej z jednostek penitencjarnych: *Jaka praktyka mogłaby zostać uznana za poniżające traktowanie. Kontrola osobista jest środkiem bardzo inwazyjnym i potencjalnie poniżającym. Z tego też powodu, uciekanie się do przeprowadzenia kontroli osobistej powinno być oparte na indywidualnej ocenie ryzyka i być poddane rygorystycznym kryteriom oraz nadzorowi. Powinno się podjąć wszystkie rozsądne wysiłki w celu zminimalizowania poczucia zażenowania; osoby osadzone poddawane kontroli osobistej normalnie nie powinny być zobowiązane do zdjęcia całego ubrania w tym samym czasie, np. powinny mieć prawo do zdjęcia ubrań powyżej pasa i do ubrania się przed zdjęciem pozostałych ubrań.* W odpowiedzi na Raport CPT, strona rządowa wskazywała, że kontrole, o których wspomniano w Raporcie CPT były kontrolami pobieżnymi jednakże ocena CPT miała wyraz abstrakcyjny, wskazujący, że takie działanie funkcjonariuszy (o ile miałyby miejsce) może stanowić poniżające traktowanie.

Odzwierciedlenie poglądów Rzecznika Praw Obywatelskich stanowi również teza wyrażona w sprawie Milka v. Poland (Nr skargi 14322/12). W wyroku z dnia 15 września 2015 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpoznając skargę więźnia w przedmiocie kontroli osobistych wskazał, iż *Trybunał odnotowuje również w tym kontekście, że Rzecznik Praw Obywatelskich w swoim zaleceniu z dnia 23 grudnia 2014 roku zwrócił uwagę na fakt, że prawo krajowe stosowane w praktyce nie zapewniało więźniom skutecznych środków zaskarżenia decyzji do przeprowadzenia kontroli osobistej (patrz pkt 30 powyżej). W przypadku braku skutecznego środka zaskarżenia, trudnym jest wdrożenie, na poziomie krajowym, wymogu wystarczającego uzasadnienia dla przeszukań lub kontroli osobistych*” (uzasadnienie wniosku, s. 7-8).

W kolejnym fragmencie uzasadnienia wniosku Rzecznik, analizując treść art. 116 § 6 k.k.w. w świetle wzorców kontroli z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2



Konstytucji, stwierdził, że „w zakresie poddania się kontroli osobistej przepisy prawa powinny zapewniać jednostce właściwe gwarancje proceduralne pozwalające ustalić, w sposób niezależny od organu podejmującego decyzję w tej mierze, czy władza nie przekroczyła granic określonych przez ustawodawcę”, tymczasem „[w] omawianym zakresie zainteresowane osoby zostały (...) pozbawione prawa uruchomienia procedury przed sądem w sprawach o zasadniczym znaczeniu z punktu widzenia ochrony praw jednostki w demokratycznym państwie prawnym. Stąd też za zasadny należy uznać zarzut niezgodności art. 116 § 6 k.k.w. w zw. z art. 7 § 1 k.k.w. w zakresie, w jakim nie przewiduje wydawania decyzji w sprawie kontroli osobistej skazanego z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Brak decyzji w tym zakresie powoduje bowiem, że nie może zostać uruchomione postępowanie sądowe” (uzasadnienie wniosku, s. 8-9).

Rzecznik zwrócił uwagę, iż „prawo do sądu w kwestii dokonywania kontroli osobistej może być w ograniczonym zakresie realizowane poprzez drogę postępowania cywilnego, tj. w procesie o naruszenie dóbr osobistych. Trzeba jednak zauważyć, że prawo do sądu należy rozumieć również w ten sposób, iż obejmuje ono prawo do właściwego sądu. W sprawie o weryfikację zarządzenia kontroli osobistej z pewnością właściwy będzie sąd penitencjarny, a nie sąd cywilny. Sąd penitencjarny jest sądem, który ma czuwać nad legalnym i prawidłowym wykonywaniem kary pozbawienia wolności, kar zastępczych pozbawienia wolności czy też tymczasowego aresztowania, przez co należy rozumieć możliwość weryfikacji i zmiany decyzji organów postępowania wykonawczego. Dodatkowo należy wskazać, iż sąd penitencjarny posiada wiedzę adekwatną do oceny decyzji organów postępowania wykonawczego, albowiem zna realia i sposób funkcjonowania jednostek penitencjarnych. Takiej wiedzy i znajomości funkcjonowania miejsc detencji nie posiada sąd cywilny. Nie bez znaczenia jest również fakt, że postępowanie przed sądem penitencjarnym odbywa się w terminie nieodległym od wydania decyzji organów postępowania wykonawczego, tymczasem postępowania cywilne - jak pokazuje

praktyka - są prowadzone w terminie, dość odległym od momentu zainicjowania sprawy” oraz podkreślił, że „sam ustawodawca przesądza w art. 116 § 6 k.k.w. w zw. z art. 116 § 5 k.k.w., iż w przedmiocie określonym przez art. 116 § 5 k.k.w. decyzje wydaje dyrektor zakładu karnego, co w konsekwencji oznacza, iż służy na nie skarga w trybie art. 7 § 1 k.k.w. Tymczasem decyzję dyrektora zakładu karnego, np. o zatrzymaniu znalezionych w czasie kontroli przedmiotów, których skazany nie może posiadać, można kwestionować w postępowaniu cywilnym poprzez powództwo o wydanie rzeczy. Ustawodawca mając świadomość, iż w niektórych sytuacjach związanych z wykonywaniem kary pozbawienia wolności możliwe jest realizowanie prawa do sądu także poprzez procedurę cywilną, przesądził jednak, iż w tych sprawach właściwy będzie sąd penitencjarny, z wyjątkiem wskazanym wprost w ustawie (por. art. 120 § 2 k.k.w.)” [uzasadnienie wniosku, s. 10].

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, „[a]rt. 116 § 6 k.k.w. wbrew (...) zakazowi wynikającemu z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP zamyka drogę do sądu w sprawach wolności i nietykalności osobistej oraz ochrony życia prywatnego naruszonych przez zarządzenie kontroli osobistej. W konsekwencji uniemożliwia jednostce obronę na drodze sądowej przed arbitralnością rozstrzygnięć podejmowanych w tym zakresie przez organy wykonujące karę pozbawienia wolności (por. art. 78 § 1 k.k.w.) czy środek zapobiegawczy tymczasowego aresztowania” (uzasadnienie wniosku, s. 11).

W końcowym fragmencie wniosku Rzecznik za uprawiony uznał (po raz kolejny) wniosek, iż „art. 116 § 6 k.k.w. w zw. z art. 7 § 1 k.k.w. w zakresie, w jakim nie przewiduje wydawania decyzji w sprawie kontroli osobistej skazanego, a przez to zamyka możliwość weryfikacji decyzji organu wykonującego karę pozbawienia wolności czy środek zapobiegawczy tymczasowego aresztowania przez sąd penitencjarny jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP” (*ibidem*).

Art. 116 k.k.w. *in toto* ma następującą treść:

„Art. 116. § 1. Skazany ma obowiązek przestrzegania przepisów określających zasady i tryb wykonywania kary, ustalonego w zakładzie karnym porządku oraz wykonywania poleceń przełożonych i innych osób uprawnionych, a w szczególności:

- 1) poprawnego zachowania się;
- 2) przestrzegania higieny osobistej i czystości pomieszczeń, w których przebywa;
- 2a) niezwłocznego zawiadomienia przełożonego o chorobie własnej oraz o zauważonych objawach chorobowych u innego skazanego;
- 3) poddania się - niezależnie od obowiązków określonych w przepisach o zwalczaniu chorób zakaźnych, wenerycznych i gruźlicy, alkoholizmu i narkomanii - przewidzianym przepisami badaniom, leczeniu, zabiegom lekarskim, sanitarnym oraz rehabilitacji, a także badaniom na obecność w organizmie alkoholu, środków odurzających lub substancji psychotropowych, a skazany, co do którego sędzia penitencjarny zarządził przeprowadzenie badań psychologicznych lub psychiatrycznych, dodatkowo - udzielania osobom prowadzącym badania informacji o stanie zdrowia, przebytych chorobach i urazach oraz warunkach, w jakich się wychowywał, oraz wykonywania zleconych przez psychiatrę lub psychologa czynności niezbędnych na potrzeby badania;
- 4) wykonywania pracy, jeżeli przepisy szczególne, także wynikające z prawa międzynarodowego, nie przewidują zwolnienia od tego obowiązku, oraz wykonywania prac, o których mowa w art. 123a § 1,
- 5) dbałości o mienie zakładu karnego oraz instytucji lub podmiotu gospodarczego, w którym jest zatrudniony;
- 6) poddania się czynnościom mającym na celu identyfikację osoby.

§ 2. W wypadkach uzasadnionych względami porządku lub bezpieczeństwa skazany podlega kontroli osobistej. Z tych samych względów kontroli podlegają również cele i inne pomieszczenia, w których skazany przebywa, znajdujące się w nich przedmioty, a także przedmioty jemu dostarczane lub przekazywane przez

niego innej osobie. Kontrolę celi i innych pomieszczeń przeprowadza się podczas nieobecności skazanych.

§ 3. Kontrola osobista polega na oględzinach ciała oraz sprawdzeniu odzieży, bielizny i obuwia, a także przedmiotów posiadanych przez skazanego. Oględziny ciała oraz sprawdzenie odzieży i obuwia przeprowadza się w pomieszczeniu, podczas nieobecności osób postronnych oraz osób odmiennej płci i dokonywane są za pośrednictwem osoby tej samej płci.

§ 4. Kontrola może być przeprowadzona w każdym czasie. W razie konieczności dopuszczalne jest naruszenie plomb gwarancyjnych oraz uszkodzenie kontrolowanych przedmiotów w niezbędnym zakresie.

§ 5. Znalezione w czasie kontroli przedmioty, których skazany nie może posiadać, podlegają zatrzymaniu, zaś przedmioty, których właściciela ustalono, przekazuje się do depozytu albo przesyła się na koszt skazanego, do wskazanej przez niego osoby, instytucji lub organizacji. W uzasadnionym wypadku przedmioty te mogą być przesłane na koszt zakładu karnego. Przedmioty i notatki, których właściciela nie ustalono, podlegają zniszczeniu, pieniądze zaś oraz przedmioty wartościowe przekazuje się na rzecz Skarbu Państwa albo na pomoc postpenitencjarną.

§ 5a. W wypadkach uzasadnionych względami medycznymi albo potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa skazanego jego zachowanie może podlegać monitorowaniu. Monitorowany obraz lub dźwięk podlega utrwalaniu.

**§ 6. Decyzje w sprawach, o których mowa w § 4-5a, podejmuje dyrektor zakładu karnego. Ze zniszczenia przedmiotów i notatek oraz przekazania pieniędzy i przedmiotów wartościowych sporządza się protokół (podkr. wł.).”.**

Natomiast przepis art. 7 k.k.w., również *in toto*, brzmi:

**„Art. 7. § 1. Skazany może zaskarżyć do sądu decyzję organu wymienionego w art. 2 pkt 3-6 i 10 z powodu jej niezgodności z prawem, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej (podkr. wł.).**

§ 2. Skargi rozpoznaje sąd właściwy zgodnie z art. 3. W sprawach dotyczących odbywania kary pozbawienia wolności, zastępczej kary pozbawienia wolności, kary aresztu wojskowego, kary aresztu lub zastępczej kary aresztu, kary porządkowej oraz środka przymusu skutkującego pozbawieniem wolności, wykonywania orzeczenia o warunkowym przedterminowym zwolnieniu oraz środka zabezpieczającego polegającego na umieszczeniu w zakładzie psychiatrycznym właściwym jest sąd penitencjarny.

§ 3. Skarga na decyzję, o której mowa w § 1, przysługuje skazanemu w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia lub doręczenia decyzji; decyzję ogłasza się lub doręcza wraz z uzasadnieniem i pouczeniem o przysługującym skazanemu prawie, terminie i sposobie wniesienia skargi. Skargę wnosi się do organu, który wydał zaskarżoną decyzję. Jeżeli organ, który wydał zaskarżoną decyzję, nie przychylił się do skargi, przekazuje ją wraz z aktami sprawy bezzwłocznie do właściwego sądu.

§ 4. Sąd powołany do rozpoznania skargi może wstrzymać wykonanie zaskarżonej decyzji. Odmowa wstrzymania nie wymaga uzasadnienia.

§ 5. Po rozpoznaniu skargi sąd orzeka o utrzymaniu w mocy, uchyleniu albo zmianie zaskarżonej decyzji; na postanowienie sądu zażalenie nie przysługuje.”.

Trzeba dodać, że art. 2 k.k.w., do którego przepis art. 7 § 1 k.k.w. bezpośrednio się odwołuje, brzmi następująco:

„Art. 2. Organami postępowania wykonawczego są:

- 1) sąd pierwszej instancji lub inny sąd równorzędny,
- 2) sąd penitencjarny;
- 2a) referendarz sądowy;
- 3) prezes sądu lub upoważniony sędzia;
- 4) sędzia penitencjarny;
- 5) dyrektor zakładu karnego, aresztu śledczego, a także dyrektor okręgowy i Dyrektor Generalny Służby Więziennej albo osoba kierująca innym**

**zakładem przewidzianym w przepisach prawa karnego wykonawczego oraz komisja penitencjarna (podkr. wł.);**

6) sądowy kurator zawodowy oraz kierownik zespołu kuratorskiej służby sądowej;

7) sądowy lub administracyjny organ egzekucyjny;

8) naczelnik urzędu skarbowego;

9) odpowiedni terenowy organ administracji rządowej lub samorządu terytorialnego;

10) inny organ uprawniony przez ustawę do wykonywania orzeczeń.”.

Uzupełnieniem normy wynikającej z art. 116 k.k.w. i art. 7 § 1 k.k.w. są przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 października 2016 r. w sprawie sposobów ochrony jednostek organizacyjnych Służby Więziennej (Dz. U z 2016 r., poz. 1804) [dalej: rozporządzenie], które określa sposoby ochrony wspomnianych jednostek organizacyjnych „oraz osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach śledczych, w tym:

1) formy organizacyjne ochrony jednostek organizacyjnych Służby Więziennej;

2) zadania funkcjonariuszy i pracowników Służby Więziennej oraz przywieziennych zakładów pracy;

3) sposób postępowania z osobami osadzonymi w zakładach karnych i aresztach śledczych, w tym podczas ich konwojowania;

4) warunki wstępu na teren jednostek organizacyjnych Służby Więziennej osób niebędących funkcjonariuszami lub pracownikami Służby Więziennej albo pracownikami przywieziennych zakładów pracy.” (§ 1 rozporządzenia).

Przepisy § 22 i § 27 ust. 1 rozporządzenia brzmią:

„§ 22. Przedsięwzięcia ochronne polegają w szczególności na:

1) wyznaczaniu stanowisk oraz ustaleniu liczby funkcjonariuszy i pracowników wykonujących zadania ochronne;

2) organizacji ruchu w jednostce organizacyjnej;

3) otwieraniu i zamykaniu wejść oraz przejść;

- 4) określonym postępowaniu z kluczami;
- 5) **określaniu sposobu użytkowania przedmiotów niedozwolonych** (podkr. wł.);
- 6) przeprowadzaniu apelii, kontroli, inspekcji i przeglądów;
- 7) określeniu zasad wstępu funkcjonariuszy i pracowników do jednostki organizacyjnej;
- 8) stosowaniu:
  - a) zabezpieczeń techniczno-ochronnych,
  - b) psów,
  - c) uzbrojenia.”;

„§ 27. 1. Dyrektor określa przedmioty niedozwolone, ustala sposób ich odczekowania i tryb kontroli, wyznacza miejsca ich przechowywania oraz sposób postępowania z tymi przedmiotami.”.

Zgodnie z § 2 pkt 24 rozporządzenia, przedmioty niedozwolone to „przedmioty, które mogą utrudniać prawidłowy tok postępowania karnego lub realizację ustalonego porządku w jednostce organizacyjnej, w tym przedmioty niebezpieczne, które mogą stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa jednostki organizacyjnej lub osób”.

Przepisy § 49-50 rozporządzenia mają następującą treść:

„§ 49. 1. Do zadań funkcjonariusza pełniącego służbę w oddziale mieszkalnym, zwanego dalej <oddziałowym>, przy przyjęciu służby należy w szczególności:

1) zapoznanie się z wydarzeniami w oddziale mieszkalnym i poleceniami przełożonych;

2) porównanie stanu faktycznego osadzonych ze stanem ewidencyjnym.

2. Do zadań oddziałowego w czasie pełnienia służby w porze dziennej należy w szczególności:

1) **kontrola osadzonych** (podkr. wł.);

2) kontrola cel i pomieszczeń oddziału mieszkalnego według planu;

- 3) kontrola zachowania osadzonych, **niedopuszczanie do zachowań godzących w porządek i bezpieczeństwo zakładu** (podkr. wł.);
- 4) egzekwowanie od osadzonych przestrzegania porządku wewnętrznego i obowiązków wynikających z kodeksu oraz regulaminów organizacyjno-porządkowych wykonywania kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania;
- 5) bezzwłoczne informowanie dowódcy zmiany w razie wystąpienia zagrożeń bezpieczeństwa w oddziale mieszkalnym albo zdrowia lub życia osadzonych;
- 6) przekazywanie przełożonym i wychowawcy informacji osobopoznawczych o osadzonych oraz spostrzeżeń dotyczących nastrojów i atmosfery;
- 7) przyjmowanie zgłoszeń od osadzonych;
- 8) nadzorowanie wydawania posiłków osadzonym;
- 9) sprawdzenie w oddziale mieszkalnym stanu zabezpieczeń techniczno-ochronnych w celach i innych pomieszczeniach;
- 10) znajomość aktualnego stanu liczbowego osadzonych.

3. Do zadań oddziałowego w czasie pełnienia służby w porze nocnej, oprócz wymienionych w ust. 2 pkt 3-7, należy w szczególności:

- 1) sprawdzenie po apelu wieczornym zamknięcia drzwi cel i pomieszczeń oraz krat wyjściowych z oddziału;
- 2) kontrolowanie, w nieregularnych odstępach czasu, nie rzadziej niż co dwie godziny, zachowania osadzonych w celach oraz zwiększanie częstotliwości kontroli, jeżeli taka konieczność wynika z własnych spostrzeżeń lub poleceń przełożonych.

4. Oddziałowy, pełniąc służbę w oddziale szpitalnym, niezależnie od zadań określonych w ust. 2 i 3 stosuje się do zaleceń lekarza dotyczących postępowania z osadzonym w procesie leczenia.

§ 50. Do zadań funkcjonariusza dozoru osadzonego podczas jego przemieszczania się po terenie jednostki organizacyjnej lub doprowadzającego interesantów, zwanego <doprowadzającym>, należy w szczególności:



- 1) sprawdzanie stanu liczbowego osadzonych, pokwitowanie ich przejęcia, pobieranie oraz odprowadzanie;
- 2) **dokonywanie wspólnie z funkcjonariuszem przekazującym kontroli osadzonego** (podkr. wł.);
- 3) dozorowanie osadzonego;
- 4) **niedopuszczanie do zachowań godzących w porządek i bezpieczeństwo zakładu** (podkr. wł.);
- 5) pouczanie interesanta o zasadach zachowania i poruszania się po terenie jednostki organizacyjnej.”.

Z kolei przepisy § 66-69 rozporządzenia brzmią następująco:

„§ 66. 1. Funkcjonariusze i pracownicy w postępowaniu z osadzonymi powinni zachować ostrożność, mając na uwadze możliwość agresji z ich strony, a także postępowania naruszającego porządek lub bezpieczeństwo.

**2. Funkcjonariusze i pracownicy mają obowiązek przeciwdziałania postępowaniu naruszającemu ustalony porządek lub bezpieczeństwo jednostki organizacyjnej oraz niezwłocznego meldowania o takich zdarzeniach właściwemu przełożonemu lub dowódcy zmiany** (podkr. wł.).

§ 67. W jednostce organizacyjnej przeprowadza się następujące kontrole:

- 1) **osobistą lub pobieżną osadzonego** (podkr. wł.);
- 2) cel i innych pomieszczeń w oddziałach mieszkalnych;
- 3) pomieszczeń poza oddziałami mieszkalnymi;
- 4) paczek i przedmiotów;
- 5) pojazdów;
- 6) generalną.

§ 68. Kontrolę osobistą przeprowadza się w następujący sposób:

- 1) osadzony opróżnia kieszenie, zdejmuje obuwie, odzież oraz bieliznę;
- 2) obuwie, odzież oraz bieliznę poddaje się kontroli;

- 3) funkcjonariusz dokonuje oględzin jamy ustnej, nosa, uszu, włosów oraz oględzin ciała;
- 4) oględziny ciała mogą polegać również na pochyleniu się lub przykucnięciu w celu sprawdzenia okolic odbytu i genitaliów;
- 5) w trakcie kontroli osadzony powinien być częściowo ubrany; funkcjonariusz najpierw kontroluje część odzieży, a przed kontrolą kolejnej części osadzony może się ubrać;
- 6) podczas oględzin funkcjonariusz nie powinien dotykać osadzonego.

§ 69. 1. Kontrola pobieżna polega na powierzchniowym sprawdzeniu odzieży, obuwia i przedmiotów posiadanych przez osadzonego.

2. Kontrolę pobieżną przeprowadza się w szczególności:

- 1) każdorazowo po wyjściu i przy powrocie do celi;
- 2) przed opuszczeniem miejsca zatrudnienia i po powrocie do niego.

3. W zakładzie karnym typu półotwartego i otwartego dyrektor może określić odstępstwo od zasad określonych w ust. 2.

4. W zakładzie karnym typu zamkniętego dyrektor może określić odstępstwo od zasady określonej w ust. 2 pkt 1 w przypadku zastosowania art. 90 pkt 1 kodeksu.”.

Z treści art. 116 § 2-4 k.k.w. „wynika prawo do podejmowania wobec skazanego następujących czynności związanych z kontrolą osobistą oraz z kontrolą pomieszczeń:

- a) kontroli osobistej polegającej na oględzinach ciała oraz sprawdzeniu odzieży, bielizny i obuwia, a także przedmiotów posiadanych przez skazanego;
- b) kontroli cel i innych pomieszczeń, w których skazany przebywa, znajdujących się w nich przedmiotów, a także przedmiotów dostarczanych mu lub przekazywanych przez niego innej osobie;
- c) kontroli połączonej z naruszeniem plomb gwarancyjnych oraz uszkodzeniem kontrolowanych przedmiotów;

d) zatrzymania przedmiotów, których skazany nie może posiadać, i w zależności od okoliczności:

- przekazania ich do depozytu albo przesłania na koszt skazanego do wskazanej przez niego osoby, instytucji lub organizacji, przedmiotów, których właściciela ustalono,
- zniszczenia przedmiotów i notatek, których właściciela nie ustalono,
- przekazania na rzecz Skarbu Państwa albo na pomoc postpenitencjarną pieniędzy oraz przedmiotów wartościowych, których właściciela nie ustalono” (K. Postulski, *Komentarz do art. 116 kodeksu karnego wykonawczego*, [http://lex/lex/content.rpc?reqId=1499776745410\\_1642196525](http://lex/lex/content.rpc?reqId=1499776745410_1642196525)).

W doktrynie prawa karnego wykonawczego przepis art. 116 k.k.w. nie jest rozumiany jednolicie.

O ile nie ma sporów co do tego, iż:

- „[p]rzesłanką przeprowadzania kontroli są względy porządku lub bezpieczeństwa (art. 116 § 2 k.k.w.). W sytuacji gdy okoliczności faktyczne wskazują na zaistnienie takiego właśnie wypadku, funkcjonariusz Służby Więziennej może przeprowadzić kontrolę osobistą skazanego lub kontrolę pomieszczenia. Konieczne jest przy tym ściśle przestrzeganie zasad przeprowadzania każdego z tych rodzajów kontroli określonych w komentowanym przepisie”,

- „[w]szystkie czynności i decyzje przewidziane w art. 116 § 2-5a k.k.w. podlegają nadzorowi sędziego penitencjarnego, a także nadzorowi sprawowanemu w trybie administracyjnym przez przełożonych, w ramach struktury organizacyjnej więziennictwa (art. 78 § 2 k.k.w.)”,

- „[p]odstawą kontroli pomieszczeń i kontroli osobistej (lit. a i b [...]) są przepisy ustawy, jej przeprowadzenie nie wymaga więc decyzji dyrektora zakładu. Wskazuje na to zwrot, że może być ona przeprowadzona <w każdym czasie>. Natomiast czynności wskazane w lit. c-d (...) wymagają decyzji dyrektora zakładu karnego (art. 116 § 6 k.k.w.)” [*ibidem*, podobnie *vide* - Z.

Hołda, K. Postulski, *Komentarz do art. 116 Kodeksu karnego wykonawczego*, [http://lex/lex/content.rpc/reqId=1499777267820\\_520865149](http://lex/lex/content.rpc/reqId=1499777267820_520865149); S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, 6. wydanie, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2017 r., s. 497),

o tyle, jednocześnie, **co w niniejszej sprawie nie ma jednak znaczenia**, nie wszyscy komentatorzy uznają, iż „[d]ecyzję dyrektora zakładu karnego (tylko w przedmiocie określonym w lit. c-d wskazanego wcześniej wyliczenia - przyp. wł.) [...] należy rozumieć w aspekcie art. 7 k.k.w., podlega więc ona kontroli sądowej. Podstawą skargi, która przysługuje tylko skazanemu, może być niezgodność decyzji z prawem. Za taką niezgodność można uznać m.in. niezachowanie wymogów formalnych decyzji (art. 7 § 3 k.k.w.), zezwolenie na usunięcie plomb lub uszkodzenie kontrolowanych przedmiotów bez konieczności uzasadnionej okolicznościami przeszukania, jak też zadysponowanie zajętymi przedmiotami w inny sposób, niż określony w art. 116 § 5 k.k.w. albo zadysponowanie nimi bez uprzedniego ustalenia prawa własności” (K. Postulski, *Komentarz do art. 116 kodeksu karnego wykonawczego*, *op. cit.*, podobnie tylko - Z. Hołda, K. Postulski, *Komentarz do art. 116 Kodeksu karnego wykonawczego*, *op. cit.*).

Zdaniem S. Lelentala, „[d]ecyzje dyrektora zakładu karnego w sprawach, które wskazuje § 6 komentowanego artykułu, nie mogą podlegać zaskarżaniu w trybie art. 7 KKW, tj. z powodu ich niezgodności z prawem. Prawo dopuszcza podejmowanie takich decyzji, a tym samym nie mogą być zaskarżane w podanym trybie; dopuszczalna jest natomiast kontrola prawidłowości, co mieści się w ramach nadzoru penitencjarnego. Decyzja należy więc do sędziego penitencjarnego, nie zaś do sądu penitencjarnego” (S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, 6. wydanie, *op. cit.*).

Odnosnie natomiast do art. 7 k.k.w. w doktrynie podnosi się, że uregulowanie to stanowi podstawę do skarżenia przez skazanego decyzji wydawanych przez określone, wymienione w tym przepisie, organy oraz że

przepis ten stanowi przejaw realizacji zasady sądowej kontroli pozasądowych decyzji wydawanych w postępowaniu wykonawczym na podstawie przepisów regulujących to postępowanie (*vide - Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, pod red. J. Lachowskiego, op. cit.*).

K. Dąbkiewicz wskazał, że „[w] doktrynie prezentowane są różne poglądy co do charakteru prawnego skargi. Zdaniem Z. Świdy upoważnienie skazanego do działania w trybie art. 7 § 1 k.k.w. jest środkiem zbliżonym do zażaleń, a tryb jego rozpoznania zawiera podobne cechy do trybu zażaleniowego (...). Z. Hołda przyjmuje, że skargę należy zaliczyć do środków zaskarżenia, w związku z czym w kwestiach nieuregulowanych w kodeksie karnym wykonawczym należy stosować odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego, w szczególności dotyczące postępowania odwoławczego (...). Do grupy środków odwoławczych zaliczają skargę J. Śpiewak, J. Lachowski i T. Oczkowski oraz Z. Pachowicz (...). Z kolei S. Lelental stoi na stanowisku, że skarga stanowi swoisty i właściwy postępowaniu wykonawczemu środek zaskarżenia, który opiera się na jednej tylko przyczynie odwoławczej w postaci niezgodności z prawem decyzji organów postępowania wykonawczego wymienionych w art. 2 pkt 3-6 i 10 k.k.w. (...).

W ocenie Sądu Najwyższego skarga, o jakiej mowa w art. 7 k.k.w., **stanowi środek zaskarżenia, który nie mieści się w pojęciu środka odwoławczego funkcjonującego w postępowaniu karnym (apelacja, zażalenie) i wykonawczym (zażalenie)** [podkr. wł.]. Skarga nie przysługuje od orzeczeń, ewentualnie od zarządzeń w wypadkach wskazanych w ustawie, jak to uregulowano w postępowaniu odwoławczym, lecz od decyzji organów wymienionych w art. 2 pkt 3-6 i 10 k.k.w., tj. podmiotów niemających statusu sądu w postępowaniu wykonawczym. Ponadto ustawodawca zawęził w porównaniu ze środkiem odwoławczym podstawę zaskarżenia, stanowiąc, że może być wniesiona tylko z powodu niezgodności decyzji z prawem. Wreszcie podejmowanie decyzji przez podmioty wskazane w art. 7 k.k.w. nie zostało ukształtowane jako procedura dwuinstancyjna, lecz skazanemu przyznano

jedynie uprawnienie do poddania decyzji kontroli sądowej według kryterium zgodności z prawem. W konsekwencji w ocenie Sądu Najwyższego tak ukształtowany model postępowania skargowego powoduje, że nie ma podstaw do przyjęcia, że sąd rozpoznający skargę jest sądem odwoławczym (postanowienia SN: z dnia 11 stycznia 2006 r., I KZP 56/05, OSNKW 2006, nr 2, poz. 14; z dnia 10 grudnia 2009 r., I KZP 25/09, OSNKW 2010, nr 2, poz. 10; tak też postanowienie SA w Rzeszowie z dnia 26 marca 2013 r., II AKzw 137/13, LEX nr 1293711” [K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, 3. wydanie, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 72-73].

Wydaje się, że o prawnym charakterze skargi przewidzianej w art. 7 k.k.w. **przesądził Sąd Najwyższy**, choćby w cytowanym przez K. Dąbkiewicza postanowieniu z dnia 11 stycznia 2006 r., w sprawie o sygn. akt I KZP 56/05 (*op. cit.*).

Jedynie uzupełniająco można dodać, że K. Postulski, w glosie do tego postanowienia Sądu Najwyższego, stwierdził, między innymi, iż „[s]karga nie jest środkiem odwoławczym, a postępowanie skargowe nie jest postępowaniem odwoławczym. Wskazuje na to odrębne unormowanie w kodeksie karnym wykonawczym każdego z tych postępowań (por. art. 7 oraz art. 20 § 2 i 3 kkw). W konsekwencji, sąd rozpoznający skargę nie jest sądem odwoławczym. Wynika to zresztą jednoznacznie z treści art. 7 § 5 kkw, który przewiduje jednoinstancyjne postępowanie sądowe wywołane wniesieniem skargi.

W polskim postępowaniu karnym pojęcie <środek odwoławczy> jest pojęciem węższym od pojęcia <środek zaskarżenia>. Tym pierwszym jest wyłącznie apelacja i zażalenie. Natomiast środkami zaskarżenia są inne środki służące wzruszeniu decyzji procesowych. Należą do nich w szczególności: sprzeciwy (art. 482 i 506 kpk), odwołania (art. 373 kpk) a także środki nadzwyczajne: kasacja i wznowienie postępowania. Do środków zaskarżenia, niebędących środkami odwoławczymi, należy też skarga, przewidziana w art. 7

kkw. Odosobnione w literaturze stanowisko, że skarga przewidziana w art. 7 kkw jest środkiem odwoławczym, nie zostało wsparte żadną argumentacją.

Należy zatem przyjąć, że skarga przewidziana w art. 7 kkw jest środkiem zaskarżenia przysługującym, w zasadzie, skazanemu (zob. jednak art. 34 § 2 i art. 247 § 2 kkw) od decyzji organów wykonujących orzeczenie, wymienionych w art. 2 pkt 3-6 i 10 kkw z powodu ich niezgodności z prawem (por. art. 7 § 1 kkw). Jednoinstancyjne sądowe postępowanie skargowe, funkcjonujące w postępowaniu wykonawczym, jest ze swej istoty zgoła odmiennym niż postępowanie odwoławcze, któremu poświęcony jest art. 20 § 2 i 3 kkw.

Jeżeli postępowanie skargowe, przewidziane w art. 7 kkw, unormowane jest w jakiejś części niekompletnie, to tylko w tej części i tylko *<odpowiednio>*, a więc w zakresie niezmiennym istoty tego postępowania, mogą mieć do niego zastosowanie przepisy kodeksu postępowania karnego dotyczące środków odwoławczych. Podstawę stanowi art. 1 § 2 kkw, który, jako przepis stwarzający wyjątek od autonomiczności postępowania wykonawczego, nie podlega wykładni rozszerzającej. Od wielu lat wyrażam pogląd, że art. 1 § 2 kkw ma charakter wyjątkowy, pozwalający na stosowanie przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu wykonawczym tylko wówczas, gdy nie narusza to autonomiczności i istoty tego postępowania oraz przewidzianych w nim instytucji.

Takich wypadków, w których mają odpowiednie zastosowanie do postępowania skargowego przepisy o środkach odwoławczych zawartych w kodeksie postępowania karnego, jest niewiele. Najbardziej typową jest sytuacja, której dotyczy art. 429 kpk (sposób postępowania ze skargą, która nie może być rozpoznana merytorycznie z powodów formalnych). W postępowaniu skargowym nie ma natomiast zastosowania art. 441 § 1 kpk, który dotyczy wyłącznie *<sądu odwoławczego>*” (K. Postulski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 11 stycznia 2006 r., I KZP 56/05*, dołączona do LEX nr 171891).

W doktrynie rozważano też przedmiotowy zakres pojęcia „decyzja”, użytego w art. 7 k.k.w.

Zdaniem K. Dąbkiewicza, „[p]rzedmiot zaskarżenia w trybie art. 7 k.k.w. stanowią decyzje. Pojęcie to nie zostało zdefiniowane w żadnym z przepisów Kodeksu karnego wykonawczego. Zdaniem Z. Świdy <użyte w przepisie art. 7 k.k.w. pojęcie decyzja wskazuje, że chodzi ogólnie o zadecydowanie (rozstrzygnięcie) o jakiejś kwestii przez uprawniony do tego organ wykonujący orzeczenia> (...). **W doktrynie zgodnie przyjmuje się, że w celu ustalenia, co należy rozumieć przez ustawowe sformułowanie <decyzja>, konieczne jest odwołanie się do dorobku nauki prawa administracyjnego** (podkr. wł.) [...]. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 2000 r., I CKN 582/98, LEX nr 50843, przez decyzję administracyjną należy rozumieć kwalifikowany akt administracyjny, stanowiący przejaw woli administrujących w państwie organów, wydany na podstawie powszechnie obowiązującego prawa, o charakterze władczym i zewnętrznym, rozstrzygający konkretną sprawę, indywidualnie określonej osoby fizycznej lub prawnej, w postępowaniu unormowanym przez przepisy proceduralne. Decyzja jest aktem władczym, wydanym przez organ do tego upoważniony, który stanowi ingerencję w prawa bądź obowiązki wskazanego w niej podmiotu, skierowanym na wywołanie określonych skutków prawnych (por. też wyrok NSA z dnia 26 stycznia 2006 r., I OSK 361/05, LEX nr 196288).

W pełni należy zaaprobować stanowisko wyrażone w postanowieniu z dnia 31 sierpnia 2007 r., II AKzw 607/07, KZS 2008, z. 9, poz. 85, przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, że tylko skarga skazanego zarzucająca niezgodność z prawem indywidualnego aktu prawnego organu postępowania wykonawczego, rozstrzygającego końcowo kwestię dotyczącą tego skazanego, może być rozpoznawana przez sąd na zasadach określonych w art. 7 k.k.w.

**Decyzjami w omawianym znaczeniu nie będą akty o charakterze ogólnym i abstrakcyjnym, jak również działania faktyczne, czynności**



**materialno-techniczne organów postępowania wykonawczego** (podkr. wł.) [...]. Czynnością materialno-techniczną jest taka czynność podjęta przez odpowiedni organ, która przyznaje, stwierdza albo uznaje uprawnienia lub obowiązki wynikające z przepisów prawa. Ten typ czynności przewiduje m.in. art. 57 § 1 k.k.w., który stanowi, że sądowy kurator zawodowy poucza skazanego o prawach i obowiązkach oraz konsekwencjach wynikających z uchylania się od odbywania kary. Taki rodzaj czynności faktycznych przybierających postać polecenia przewiduje art. 44 § 1 k.k.w. (wezwanie do określonego zachowania, jakim jest uiszczenie grzywny), a także art. 56 § 1, art. 59 § 1, art. 60, art. 79 § 1 i 2, art. 169 § 3 czy art. 173 § 4, art. 180-182, art. 187 k.k.w. Pogląd taki można odnaleźć również w orzecznictwie. W postanowieniu z dnia 11 stycznia 2006 r., I KZP 56/05, OSNKW 2006, nr 2, poz. 14 (por. też głosę do tego orzeczenia K. Postulskiego, PS 2006, nr 7-8, s. 251), Sąd Najwyższy stwierdził, że na polecenie doprowadzenia przez Policję skazanego do zakładu karnego w celu odbycia kary nie przysługuje skarga.

Zdaniem S. Paweli, gdy ustawodawca przewiduje inny sposób i tryb zaskarżania decyzji organów postępowania wykonawczego, skarga z art. 7 k.k.w. nie będzie miała zastosowania (...). Trafnie w tej sytuacji zauważa Z. Hołda, że skarga nie będzie przysługiwać na decyzję dyrektora zakładu karnego, zobowiązującą skazanego na podstawie art. 120 § 1 k.k.w. do naprawienia szkody w mieniu zakładu karnego (...).

Skarga przysługuje na decyzje prezesa sądu lub upoważnionego sędziego, sędziego penitencjarnego, dyrektora zakładu karnego, aresztu śledczego, a także dyrektora okręgowego i Dyrektora Generalnego Służby Więziennej, osoby kierującej innym zakładem przewidzianym w przepisach prawa karnego wykonawczego, komisji penitencjarnej, sądowego kuratora zawodowego, innego organu uprawnionego przez ustawę do wykonywania orzeczeń” (K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, 3. wydanie, op. cit., s. 67-69).

Z kolei J. Lachowski, odnosząc się do kwestii zaskarżalności decyzji dyrektora zakładu karnego, zwrócił uwagę, że dyrektor tego zakładu „w postępowaniu wykonawczym podejmuje szereg decyzji. Ustawa w tym zakresie nie jest precyzyjna, wszak w jednych przypadkach stanowi, że decyzja jest zaskarżalna (por. art. 141a § 1, art. 144 § 5 KKW), w innych natomiast nic na ten temat nie mówi (por. np. art. 110a § 2, art. 121 § 5, art. 139 § 8 KKW).

[...] Taki sposób regulacji mógłby skłaniać do wniosku, że jeśli ustawa w zakresie, w jakim mówi o decyzjach dyrektora zakładu karnego lub aresztu śledczego, nie przewiduje *expressis verbis* możliwości złożenia skargi, to oznacza, że decyzja taka nie podlega zaskarżeniu. Stanowisko takie byłoby uprawnione tylko wówczas, gdyby przepis art. 7 § 1 KKW brzmiał, że skarga przysługuje skazanemu w wypadkach wskazanych w ustawie. Tymczasem z uregulowania tego wynika, że skazany może skarżyć decyzje organów wymienionych w art. 2 pkt 3-6 i 10 KKW z powodu niezgodności z prawem, chyba że ustawa stanowi inaczej. Należy przez to rozumieć, że przepisy szczególnie mogą przewidywać inne jeszcze podstawy zaskarżenia (oprócz naruszenia przepisów prawa) lub wyłączać dopuszczalność skargi w ogóle (podobnie Postulski, *KKW. Komentarz*, 2012, s. 85). Trzeba zatem dojść do wniosku, że we wszystkich przypadkach, w których dyrektor zakładu karnego lub aresztu śledczego podejmuje decyzję dotyczącą praw i obowiązków skazanego - realizacja zasady podmiotowego traktowania skazanego, wysłowiona w art. 5 § 1 KKW domaga się dopuszczalności zaskarżenia takich decyzji w drodze skargi” (*Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, pod red. J. Lachowskiego, op. cit.*, s. 41).

Trzeba wreszcie odnotować, że **przedmiotem skargi** z art. 7 k.k.w. „może być wyłącznie zarzut niezgodności decyzji z prawem - ustawą lub innym aktem prawnym o charakterze wykonawczym oraz przepisem Konstytucji RP albo samowykonalnym przepisem umowy międzynarodowej” (K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, 3. wydanie, op. cit.*, s. 69; *vide* też - S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, 6. wydanie, op. cit.*, s. 62).

J. Lachowski wyjaśnił, że pod pojęciem naruszenia przepisów prawa z art. 7 § 1 k.k.w. „należy rozumieć przepisy o charakterze materialnoprawnym, jak i proceduralnym (por. Postulski, *KKW. Komentarz*, 2012, s. 86). W tym ostatnim przypadku nie musi zachodzić sytuacja, w której uchybienie formalne mogłoby mieć wpływ na treść orzeczenia. Przepis art. 438 pkt 2 KPK nie znajdzie zastosowania, wszak art. 7 § 1 KKW w swoisty sposób określa podstawę zaskarżenia”, oraz że w drodze skargi mogą być również zaskarżone decyzje oparte na swobodnym uznaniu organu wykonującego orzeczenie, albowiem „[u]znanie nie może być (...) dowolne, musi być poparte określonymi faktami, ustalonymi przez organ wykonujący orzeczenie, z których logicznie wynika treść decyzji. Wsparciem dla takiej argumentacji może być treść przepisu art. 2 Konstytucji RP, statuującego zasadę demokratycznego państwa prawa, w którym nie ma miejsca na niczym nieskrępowaną dowolność organów władzy, w tym organów wykonujących orzeczenie. Wydaje się, że również przepis art. 7 Konstytucji RP daje podstawę do takiego twierdzenia. Z przepisu tego wynika bowiem zasada, że organowi władzy wolno tylko tyle, na ile prawo mu pozwala. Wyjęcie spod kontroli sądowej gwarantowanej na podstawie art. 7 KKW decyzji opartych na uznaniu byłoby również przejawem przedmiotowego traktowania skazanego, co popada w kolizję z treścią przepisu art. 5 § 1 KKW” (*Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, pod red. J. Lachowskiego, op. cit.*, s. 43).

W sprawie o sygn. akt IV CSK 290/11 Sąd Najwyższy rozpoznawał skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego, w którym „Sąd Apelacyjny uznał, że funkcjonariusze pozwanego (zakładu karnego - przyp. wł.) nie dopełnili wynikającego z art. 108 § 1 k.k.w. obowiązku podejmowania działań zmierzających do zapewnienia (...) skazanemu, bezpieczeństwa osobistego w chwili przyjmowania go do zakładu karnego. W okolicznościach sprawy istniała obiektywna potrzeba objęcia (...) [tego skazanego - przyp. wł.] ciągłym nadzorem, gdyż - jak wynikało z notatek służbowych sporządzonych przez

funkcjonariuszy (...) oraz lek. med. (...) - zachowanie (...) [tego skazanego - przyp. wł.] nie mogło być uznane za zwykłe zdenerwowanie i typową reakcję, jaką przejawiają osoby przyjmowane do zakładu karnego. (...) Ze względu na opisane zachowanie został skierowany na badanie psychiatryczne. **Funkcjonariusze powinni zatem przedsięwziąć wszelkie kroki niezbędne do zapewnienia bezpieczeństwa, w szczególności zabrać mu przedmioty, które mogły stanowić zagrożenie dla jego życia i zdrowia, w tym pasek od spodni, bądź objąć go ciągłym dozowaniem, a nie pozostawić samego w celi (podkr. wł.).** Działania takie zapobiegłyby śmierci (...) [skazanego - przyp. wł.], dlatego między jego śmiercią a zaniechaniem funkcjonariuszy pozwanego zachodzi związek przyczynowy. Konkludując Sąd Apelacyjny stwierdził, że roszczenia powoda są usprawiedliwione co do zasady (art. 417 § 1 i 446 § 2 i 3 k.c.), ale rażąco wygórowane” (uzasadnienie faktyczne wyroku, jaki zapadł w tej sprawie w dniu 22 lutego 2012 r., LEX nr 1136006).

W uzasadnieniu prawnym wyroku w sprawie o sygn. akt IV CSK 290/11 Sąd Najwyższy stwierdził, iż „[s]karżący kwestionuje ocenę Sądu Apelacyjnego wyrażającą się w stwierdzeniu, że funkcjonariusze zakładu karnego nie dopełnili obowiązku podjęcia działań zmierzających do zapewnienia (...) [skazanemu - przyp. wł.] bezpieczeństwa osobistego, polegających na odebraniu mu przedmiotów mogących stanowić zagrożenie dla jego życia i zdrowia lub objęcia go stałym dozorem. Zdaniem skarżącego, obowiązek taki nie wynikał z art. 108 § 1 k.k.w., ponieważ w przepisie tym chodzi o zapewnienie osadzonym bezpieczeństwa osobistego przed zagrożeniami płynącymi z zewnątrz. Odnosząc się do tak ujętego zarzutu trzeba zauważyć, że **skarżący utożsamia normę prawną z przepisem prawnym, mimo że nie są to pojęcia tożsame. Tymczasem z całości przepisów kodeksu karnego wykonawczego dotyczących sposobu wykonywania kary pozbawienia wolności należy wywieść normę prawną, nakładającą na funkcjonariuszy służby więziennej obowiązek sprawowania stałego nadzoru nad skazanymi (podkr. wł.).**

Konkretnych zachowań mieszczących się w pojęciu nadzoru nie można przy tym postrzegać kazuistycznie. **Nie ulega wątpliwości, że codzienne życie osoby pozbawionej wolności powinno pozostawać pod kontrolą funkcjonariuszy służby więziennej sprawowaną w sposób pozwalający z jednej strony osiągnąć cel orzeczonej kary, z drugiej natomiast zapewnić ochronę osoby skazanego** (podkr. wł.). Ochronę tę trzeba rozumieć szeroko, nie tylko jako zapobieganie szkodliwym działaniom innych osób, lecz także zagrożeniom pochodzącym od samych skazanych, np. zamachom samobójczym lub samouszkodzeniom. (...)

Nie powinno budzić wątpliwości, że w ustalonym stanie faktycznym (zachowanie skazanego <nie mogło być uznane za zwykłe zdenerwowanie i typową reakcję, jaką przejawiają osoby przyjmowane do zakładu karnego> - przyp. wł.), funkcjonariusze służby więziennej, w ramach obowiązku nadzoru nad (...) [skazanym - przyp. wł.] przyjmowanym do zakładu karnego w celu odbycia kary pozbawienia wolności, **powinni odebrać mu przedmioty mogące stanowić zagrożenie dla życia i zdrowia** (podkr. wł.) albo objąć jego zachowanie stałą kontrolą. Potrzeba taka wynikała przede wszystkim z oceny lekarza internisty, który skierował (...) [skazanego - przyp. wł.] na badania psychiatryczne. Zachodzą zatem podstawy, by stwierdzić, że **funkcjonariusze pozwanego uchybili obowiązkowi nadzoru wynikającemu z normy prawnej** (podkr. wł.)” [op. cit.].

Uwzględniając przedstawione wyżej poglądy doktryny oraz orzecznictwo Sądu Najwyższego, należy stwierdzić, iż przepis art. 116 § 6 k.k.w. w związku z art. 7 § 1 k.k.w. **nie przewiduje** wydania przez dyrektora zakładu karnego decyzji w sprawie kontroli osobistej skazanego.

Podstawą takiej kontroli, która może być przeprowadzona „w każdym czasie”, nie jest zatem indywidualna decyzja uprawnionego do jej wydania podmiotu, lecz przepisy ustawy.

Ustawową przesłanką przeprowadzenia kontroli osobistej skazanego są względy porządku lub bezpieczeństwa (*vide* - art. 116 § 2 k.k.w.) - i w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne wskazują na zaistnienie takiego właśnie wypadku, **każdy nadzorujący skazanego funkcjonariusz Służby Więziennej ma obowiązek taką kontrolę przeprowadzić.**

Obowiązek przeprowadzenia przez funkcjonariuszy Służby Więziennej kontroli osobistej skazanego wynika zatem z nałożonego na tych funkcjonariuszy prawnego obowiązku sprawowania stałego nadzoru nad skazanymi.

Ale skoro decyzja w sprawie kontroli osobistej skazanego nie jest podejmowana przez dyrektora zakładu karnego, to skazany, **co oczywiste**, nie posiada uprawnienia do jej zaskarżenia w trybie art. 116 § 6 k.k.w. Wszak zaskarżeniu podlegają tylko takie decyzje zapadające w toku postępowania wykonawczego prowadzonego w zakresie kary pozbawienia wolności, które podejmuje organ tego postępowania, zaś spośród wszystkich funkcjonariuszy Służby Więziennej, pełniących służbę w danym zakładzie karnym, jako organ postępowania wykonawczego wskazany został tylko dyrektor tego zakładu (*vide* - art. 7 § 1 k.k.w. w związku z art. 2 pkt 5 k.k.w.).

W okolicznościach niniejszej sprawy trzeba więc w pierwszej kolejności rozważyć kluczową - z punktu widzenia treści zarzutu Wnioskodawcy - kwestię dopuszczalności merytorycznego rozpoznania wniosku przez Trybunał Konstytucyjny.

Zdaniem Rzecznika, norma wynikająca z art. 116 § 6 k.k.w. w związku z art. 7 § 1 k.k.w., aby spełniała wymogi określone w art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji, **powinna przewidywać wydanie przez dyrektora zakładu karnego decyzji w sprawie kontroli osobistej skazanego**, bo tylko wtedy nie będzie ona zamykała skazanemu drogi do „weryfikacji decyzji organu wykonującego karę pozbawienia wolności czy środek zapobiegawczy tymczasowego aresztowania przez sąd penitencjarny” (uzasadnienie wniosku, s. 11).

Tak więc rzeczywistym zarzutem Rzecznika Praw Obywatelskich jest **niedostatek treściowy - w gruncie rzeczy tylko art. 116 § 6 k.k.w.** (wprowadzenie w art. 116 § 6 nakazu wydania przez dyrektora zakładu karnego decyzji o kontroli osobistej skazanego spowoduje „automatyczne” uruchomienie trybu do zaskarżenia tej decyzji z powodu jej niezgodności z prawem, o którym mowa w art. 7 § 1 k.k.w.) - co oznacza, iż niezgodności z Konstytucją Rzecznik upatruje **nie w wynikającym z wykładni autentycznej (treści ustawowej) rzeczywistym brzmieniu art. 116 § 6 k.k.w., ale w treści, której przepis ten nie zawiera, a, w ocenie RPO, zawierać powinien.**

Przed podjęciem rozważań merytorycznych konieczne jest zatem rozstrzygnięcie, czy w omawianym przypadku mamy do czynienia z „pominięciem”, czy też z, niepodlegającym kognicji Trybunału Konstytucyjnego, „zaniechaniem” prawodawczym.

W postanowieniu z dnia 2 grudnia 2014 r., w sprawie o sygn. akt SK 7/14, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że *„[w] świetle art. 188 Konstytucji, rolą Trybunału Konstytucyjnego jest przede wszystkim badanie istniejących norm prawnych (<tego, co prawodawca unormował>). Ze względu na założenie o zupełności systemu prawa oraz konieczność zapewnienia skuteczności przepisów konstytucyjnych, dopuszczalne jest także kontrolowanie przez Trybunał Konstytucyjny, czy w badanych aktach prawnych nie brakuje pewnych elementów, koniecznych z punktu widzenia Konstytucji (a więc <tego, czego ustawodawca nie unormował>, choć był do tego zobowiązany przez ustawę zasadniczą - por. orzeczenie z 3 grudnia 1996 r., sygn. K 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52).*

*Ze względu na niebezpieczeństwa związane z korzystaniem z tej możliwości (ryzyko wkroczenia przez Trybunał Konstytucyjny w uprawnienia władzy ustawodawczej, wbrew jego ustrojowej roli <negatywnego ustawodawcy> - por. w szczególności wyrok z 19 listopada 2001 r., sygn. K 3/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 251 oraz liczne postanowienia wydane na etapie wstępnej kontroli skarg konstytucyjnych, np. postanowienie z 31 lipca 2014 r.,*

sygn. Ts 240/13, niepubl.), podlega ona szczególnym rygorom. Kognicja Trybunału Konstytucyjnego ogranicza się wyłącznie do tzw. pominięć prawodawczych, które mogą polegać na brakach proceduralnych (np. niezapewnieniu sądowej ochrony praw konstytucyjnych - por. wyrok z 22 października 2013 r., sygn. SK 14/13, OTK ZU nr 7/A/2013, poz. 100) albo - co w praktyce jest bardziej kontrowersyjne - materialnoprawnych (np. zbyt wąskiego i arbitralnego zakreślenia przesłanek realizacji praw konstytucyjnych - por. wyrok z 16 grudnia 2009 r., sygn. K 49/07, OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 169). Nie obejmuje ona natomiast luk innego rodzaju - tzw. zaniechań prawodawczych.

Podział nieistniejących regulacji prawnych na zaniechania i pominięcia prawodawcze pojawił się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jeszcze przed wejściem w życie obecnej Konstytucji (por. wspomniane orzeczenie o sygn. K 25/95 oraz wyrok z 6 maja 1998 r., sygn. K 37/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 33, podtrzymujący tę linię orzecznictwa po uchwaleniu Konstytucji z 1997 r.). Jest on powszechnie stosowany także w najnowszych judykatach (por. np. obszerne podsumowanie dotychczasowego orzecznictwa w wyrokach z: 13 czerwca 2011 r., sygn. SK 41/09, OTK ZU nr 5/A/2011, poz. 40 i 6 listopada 2012 r., sygn. K 21/11, OTK ZU nr 10/A/2012, poz. 119). Nie zmienia to jednak faktu, że zakwalifikowanie określonych sytuacji do jednej z tych dwóch kategorii w praktyce często bywa trudne (co zresztą przyznaje sam Trybunał Konstytucyjny - por. np. postanowienie z 11 grudnia 2002 r., sygn. SK 17/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 98), pomimo prób ustalenia jednoznacznych kryteriów pozwalających na ich odróżnienie.

W świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, punktem wyjścia dla oceny, czy rozwiązanie postulowane przez podmiot inicjujący postępowanie stanowi zaniechanie, czy pominięcie ustawodawcze, powinno być zbadanie, czy materie pozostawione poza zakresem danego przepisu i materie w nim unormowane wykazują <jakościową tożsamość> (albo przynajmniej daleko idące podobieństwo, por. wspomniane orzeczenie o sygn. K



25/95, a z najnowszego orzecznictwa np. wyroki z 15 kwietnia 2014 r., sygn. SK 48/13, OTK ZU nr 4/A/2014, poz. 40 i 3 czerwca 2014 r., sygn. K 19/11, OTK ZU nr 6/A/2014, poz. 60). Na tej podstawie można ustalić zakres bezczynności regulacyjnej ustawodawcy i rodzaj luki prawnej poddanej ocenie Trybunału Konstytucyjnego. **Calkowity brak regulacji danej kwestii (jej jakościowa odmienność od materii unormowanych w zaskarżonym przepisie) traktowany jest jako zaniechanie ustawodawcze (w doktrynie zwane także zaniechaniem właściwym albo absolutnym), niepodlegające kontroli Trybunału. Jej uregulowanie w sposób niepełny (niewystarczający, niekompletny, przy założeniu jakościowej tożsamości brakujących elementów z elementami ujętymi w zaskarżonym przepisie) stanowi zaś pominięcie prawodawcze (zwane także zaniechaniem względnym albo częściowym)** [podkr. wł.]. Może ono być badane przez Trybunał - jednak tylko wtedy, gdy na poziomie Konstytucji istnieje <norma o treści odpowiadającej normie pominiętej w ustawie kontrolowanej> (postanowienie z 1 marca 2010 r., sygn. SK 29/08, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 29), czyli w danym obszarze obowiązuje konstytucyjny nakaz uregulowania kwestii pominiętych w określony sposób.

**Pomocniczym kryterium stosowanym niekiedy do odróżnienia zaniechania od pominięcia ustawodawczego jest przesłanka celowego i świadomego działania prawodawcy (ustawodawcy): jeżeli dane rozwiązanie zostało w zamierzony sposób pozostawione poza zakresem regulacji, należy je kwalifikować jako zaniechanie ustawodawcze** (podkr. wł.) [...]. Wystąpienie pominięć prawodawczych jest natomiast bardziej prawdopodobne w wypadku regulacji sprawiających wrażenie przypadkowych (np. pozostawionych z poprzedniej wersji przepisu), absurdalnych albo oczywiście dysfunkcyjnych (por. np. wyrok z 13 listopada 2007 r., sygn. P 42/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 123).

*Zastosowanie powyższych reguł podlega jeszcze dalszym obostrzeniom.*

*Ze względu na wyjątkowy charakter badania przez Trybunał Konstytucyjny pominięć prawodawczych, ewentualne wątpliwości co do zakwalifikowania konkretnych sytuacji należy zawsze rozstrzygać na korzyść zaniechań ustawodawczych (<co do zasady brak regulacji oznacza, że mamy do czynienia z zaniechaniem ustawodawczym> - por. np. postanowienie z 10 października 2012 r., sygn. Ts 38/12, OTK ZU nr 6/B/2012, poz. 535).*

*Przy ocenie <jakościowej tożsamości> materii pominiętych i unormowanych w zaskarżonym przepisie konieczna jest daleko posunięta ostrożność: <zbyt pochopne «upodobnienie» materii nieunormowanych z tymi, które znalazły swoją wyraźną podstawę w treści badanego przepisu, grozi bowiem każdorazowo postawieniem zarzutu o wykroczenie przez Trybunał Konstytucyjny poza sferę kontroli prawa i uzurpowanie sobie uprawnień o charakterze prawotwórczym> (powołane postanowienie o sygn. SK 17/02).*

***Skuteczne zakwestionowanie pominięcia prawodawczego wymaga od podmiotu inicjującego postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym także wyjątkowej staranności i zaangażowania** (podkr. wł.). Jak stwierdzono we wspomnianym już wyroku o sygn. K 3/00, **<postawione zarzuty muszą być precyzyjne i nie mogą polegać na wskazaniu, że przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadowalałoby wnioskodawcę** (podkr. wł.). Gdyby istniała możliwość zaskarżenia przepisu pod zarzutem, iż nie zawiera on regulacji, które w przekonaniu wnioskodawcy winny się w nim znaleźć, każdą ustawę lub dowolny jej przepis można byłoby zaskarżyć w oparciu o tego rodzaju przesłankę negatywną. Gdyby ustawodawca uznał za celowe takie ukształtowanie kompetencji Trybunału Konstytucyjnego, zawarłby stosowną normę w Ustawie Zasadniczej (...)>. Dotyczy to w szczególności autorów skarg konstytucyjnych: **<Sformułowanie zarzutu pominięcia prawodawczego [w skardze konstytucyjnej] wymaga (...)** wykazania związku zachodzącego między treścią przepisu a sposobem naruszenia konstytucyjnych wolności lub praw. (...) Skarżący nie może domagać się jednak wprowadzenia nowego zakresu normowania, byłaby to*

*bowiem skarga konstytucyjna na zaniechanie prawodawcze. Powinien natomiast podnieść, że przepis, którego zakres normowania wykazuje związek ze stawianym przez niego zarzutem, ma zbyt wąski zakres zastosowania. Innymi słowy, skarżący powinien określić normę prawną, która nie znajduje do niego zastosowania, wskazać jej usytuowanie w odpowiedniej jednostce redakcyjnej tekstu prawnego oraz wykazać, że niezastosowanie normy jest wynikiem zbyt wąskiego zakresu jej zastosowania, to z kolei jest źródłem naruszenia jego konstytucyjnych praw> (postanowienie z 8 września 2009 r., sygn. Ts 95/08, OTK ZU nr 5/B/2009, poz. 398)” [OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 123].*

W podsumowaniu wywodów, zawartych w uzasadnieniu postanowienia w sprawie o sygn. akt SK 7/14, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że, aby dopuszczalna była merytoryczna ocena konkretnego zarzutu jako pominięcia prawodawczego, należy w tym celu „*co najmniej ustalić występowanie:*

- jakościowej tożsamości (a przynajmniej - daleko idącego podobieństwa) materii pominiętej w zaskarżonym przepisie i materii w nim uwzględnionej i (równocześnie)*
- konstytucyjnego nakazu uregulowania kwestii pominiętych konkretnie w sposób wskazany przez (autora wniosku, pytania prawnego bądź skargi konstytucyjnej - przyp. wł.) [...], a dodatkowo ewentualnie także*
- przypadkowości (bezrefleksyjności) decyzji ustawodawcy co do pominięcia w zaskarżonym przepisie materii wskazanej (...) [ta ostatnia okoliczność nie może jednak samoistnie przesądzać o dopuszczalności wydania wyroku]” (ibidem).*

W jednym z ostatnich orzeczeń poświęconych charakterowi kontroli konstytucyjności pominięć prawodawczych - w postanowieniu z dnia 1 marca 2017 r., w sprawie o sygn. akt K 13/14, Trybunał Konstytucyjny przypomniał, że „*specyfika zarzutów dotyczących pominięcia prawodawczego wiąże się z wyjątkowym charakterem orzekania o pominięciach prawodawczych, a także z trudnościami w wyznaczeniu granicy między pominięciem a zaniechaniem prawodawczym. Zgodnie bowiem z art. 188 Konstytucji w kompetencji Trybunału*

*jest orzekanie o wskazanych w nim przepisach prawa stanowionego, natomiast ocenianie konstytucyjności aktów prawnych pod względem zupełności regulacji dopuszcza się zarówno w doktrynie, jak i w samym orzecznictwie TK - na zasadzie wyjątku. Trybunał musi podchodzić z ostrożnością do tego rodzaju zarzutów, aby działalnością orzeczniczą nie wkraczać w sferę tworzenia prawa, zastrzeżoną, co do zasady, dla władzy ustawodawczej. Możliwość oceny konstytucyjności pominięć prawodawczych winna zatem podlegać regule *exceptiones non sunt extendendae*. Charakter kontroli konstytucyjności pominięć legislacyjnych Trybunał określał wielokrotnie. Na szczególną uwagę zasługuje w tym kontekście postanowienie z 18 czerwca 2013 r., sygn. SK 1/12, OTK ZU nr 5/A/2013, poz. 70, w którym wskazano, że: <[o]kreślona regulacja może być uznana za zawierającą unormowanie niepełne w sytuacji, gdy z punktu widzenia zasad konstytucyjnych ma zbyt wąski zakres zastosowania albo pomija treści istotne z punktu widzenia przedmiotu i celu tej regulacji. Ocena, czy ustawodawca dopuścił się pominięcia prawodawczego, wymaga więc *a casu ad casum* zbadania danego unormowania w kontekście wzorców i wartości konstytucyjnych, które ze względu na naturę tej regulacji muszą zostać poszerzone o daną kategorię podmiotów lub zachowań. To znaczy, że z norm konstytucyjnych da się odtworzyć wzorzec instytucji prawnej kształtowanej w akcie normatywnym, lecz instytucja w akcie tym ukształtowana konstytucyjnemu wzorcowi nie odpowiada (...). Niezbędnym warunkiem tej analizy jest ustalenie, że w określonej sytuacji zachodzi jakościowa tożsamość materii unormowanych w danym przepisie i tych pozostawionych poza jego zakresem, gdyż zbyt pochopne «upodobnienie» materii nieuregulowanych z materiami, które znalazły swój wyraz w treści kwestionowanego przepisu, może spowodować wykroczenie przez Trybunał poza sferę kontroli prawa>” (OTK ZU seria A z 2017 r., poz. 10).*

W uzasadnieniu zarzutu niekonstytucyjności zaskarżonej normy przez to, że nie zawiera ona treści, którą zawierać powinna (przepis art. 116 § 6 k.k.w.

powinien przewidywać możliwość wydawania decyzji w sprawie kontroli osobistej skazanego), Rzecznik Praw Obywatelskich w ogóle nie odniósł się do, opisanych wyżej, ugruntowanych w orzecznictwie konstytucyjnym kryteriów rozróżnienia pominięcia od zaniechania prawodawczego.

Należy więc zwrócić uwagę na następujące kwestie.

Zaskarżona przez Wnioskodawcę, jako zasadnicza, regulacja z art. 116 § 6 k.k.w. wyposaża dyrektora zakładu karnego w kompetencję do **podejmowania decyzji** w następujących sprawach:

- 1) kontroli połączonej z naruszeniem plomb gwarancyjnych oraz uszkodzeniem kontrolowanych przedmiotów;
- 2) zatrzymania przedmiotów, których skazany nie może posiadać, i, w zależności od okoliczności:
  - a) przekazania do depozytu albo przesłania na koszt skazanego do wskazanej przez niego osoby, instytucji lub organizacji przedmiotów, których właściciela ustalono,
  - b) zniszczenia przedmiotów i notatek, których właściciela nie ustalono,
  - c) przekazania na rzecz Skarbu Państwa albo na pomoc postpenitencjarną pieniędzy oraz przedmiotów wartościowych, których właściciela nie ustalono;
- 4) monitorowania zachowania skazanego.

**Wspomniana regulacja nie wyposaża natomiast** dyrektora zakładu karnego w kompetencję do podejmowania decyzji w przedmiocie kontroli osobistej skazanego.

Tego rodzaju kompetencję posiada, o czym wcześniej była mowa (oczywiście tylko wtedy, gdy jednocześnie zostaną spełnione ustawowe przesłanki takiego działania), **każdy funkcjonariusz Służby Więziennej**, a wynika ona z nałożonego na wszystkich funkcjonariuszy tej formacji prawnego obowiązku sprawowania stałego nadzoru nad skazanymi. Obowiązek taki wynika zaś z normy prawnej odkodowanej zarówno z art. 116 § 1-6 k.k.w., jak i ze

wszystkich pozostałych przepisów Kodeksu karnego wykonawczego uszczegółowionych przepisami rozporządzenia.

W tej sytuacji nadanie tylko dyrektorowi zakładu karnego kompetencji do decydowania o kontroli osobistej skazanego pozbawiłoby tej kompetencji innych, **stale nadzorujących skazanego** funkcjonariuszy Służby Więziennej, na których wszak w równym stopniu jak na dyrektorze zakładu karnego ciąży „obowiązek przeciwdziałania postępowaniu naruszającemu ustalony porządek lub bezpieczeństwo jednostki organizacyjnej”.

Niezależnie od tego wprowadzenie postulowanego przez Rzecznika rozwiązania, polegającego na obarczeniu wyłącznie dyrektora zakładu karnego obowiązkiem decydowania o przeprowadzeniu **każdej** kontroli osobistej w stosunku do **wszystkich skazanych** odbywających w tymże zakładzie karnym karę pozbawienia wolności, mogłoby zniweczyć cel, któremu kontrola ta ma służyć. Wszak jej przeprowadzenie ma na celu natychmiastowe zażegnanie realnego (w danej chwili) niebezpieczeństwa dla zakładu karnego, pozostałych skazanych, a także innych osób (między innymi funkcjonariuszy Służby Więziennej), w tym także dla samego skazanego, którego kontrola dotyczy (*vide* - ustalenia Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt IV CSK 290/11). Jest to jaskrawo widoczne wówczas, gdy od natychmiastowego przeprowadzenia kontroli osobistej skazanego zależy jego życie lub zdrowie. Oczekiwanie wtedy na decyzję dyrektora zakładu karnego o kontroli osobistej niepotrzebnie zwiększa ryzyko wystąpienia negatywnych dla skazanego (i nie tylko) skutków.

Wszystko to oznacza, że pomiędzy materią pominiętą w zaskarżonej normie a materią w niej uwzględnioną **brak jakościowej tożsamości, a nawet daleko idącego podobieństwa.**

Ponadto, na poziomie Konstytucji brak nakazu uregulowania kwestii pominiętych (w ocenie RPO) - **konkretnie w sposób wskazany** przez Autora wniosku.

Wydaje się, że Wnioskodawca był tego świadomy i w *petitum* wniosku nie powołał jako wzorca kontroli przepisu Konstytucji *stricte* odnoszącego się do zaskarżalności „orzeczeń i decyzji” (art. 78 Konstytucji), lecz jedynie art. 45 ust. 1 Konstytucji, w zakresie, w jakim przepis ten gwarantuje prawo do uruchomienia procedury przed sądem („w sprawach o zasadniczym znaczeniu z punktu widzenia ochrony praw jednostki w demokratycznym państwie prawnym”), oraz art. 77 ust. 2 Konstytucji, zakazujący zamykania w ustawie drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw.

Kontrole osobiste skazanych, jako czynności przeprowadzane „z mocy ustawy”, można wszak uznać za czynności materialno-techniczne, które nie wchodzą w zakres przedmiotowy art. 78 Konstytucji.

Odnosnie do zakresu przedmiotowego art. 78 Konstytucji, M. Wyrzykowski i M. Ziółkowski zauważyli, iż „[z]ważywszy, że przepis ten został umieszczony w rozdziale II Konstytucji RP wśród środków ochrony oraz odwołuje się do dwóch różnych i obszernych przedmiotowo kategorii indywidualnych aktów stosowania prawa, **przyjmuje się, że prawo do zaskarżenia przysługuje od każdego indywidualnego rozstrzygnięcia o prawach i wolnościach lub obowiązkach jednostki, niezależnie od jego nazwy rodzajowej oraz procedury, w której zostało wydane** (podkr. wł.). Na poziomie konstytucyjnym zagwarantowana została zaskarżalność rozstrzygnięć w postępowaniach o charakterze zarówno sądowym, które polegają na sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w rozumieniu art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, jak i pozasądowym, w których relacje między jednostką a organem rozstrzygającym oparte są na koncepcji władczej ingerencji organu. W orzecznictwie konstytucyjnym oraz piśmiennictwie zgodnie przyjmuje się, że art. 78 zd. 1 Konstytucji RP znajduje zastosowanie do oceny norm regulujących postępowania administracyjne, cywilne, karne, sądownoadministracyjne oraz *guasi-karne*”, po czym stwierdzili, że „[z] wyznaczonej przez art. 78 zd. 1 Konstytucji RP perspektywy istotne jest, aby rozstrzygnięcie zostało wydane

w instancyjnej procedurze przez podmiot wyposażony w imperium, niezależnie czy stanowi on część struktury państwa (podkr. wł.). Konstytucja nie wymaga bowiem, aby każdy spór o prawo lub obowiązki rozstrzygany był przez organ państwa. (...)

Użycie przez prawodawcę ogólnego sformułowania, jakim jest <prawo do zaskarżenia>, bez odwołania się do sprecyzowanego <charakteru i właściwości środków prawnych służących urzeczywistnieniu tego prawa. [...] pozwoliło na objęcie jego zakresem różnych, specyficznych dla danej procedury, środków prawnych, których cechą wspólną jest umożliwienie stronie uruchomienia weryfikacji podjętego w pierwszej instancji orzeczenia bądź decyzji> (wyrok z 16.11.1999 r., SK 11/99, OTK 1999, Nr 7, poz. 157). W orzecznictwie konstytucyjnym i piśmiennictwie zgodnie przyjmuje się, że art. 78 zd. 1 Konstytucji RP odnosi się zatem do wydanych w pierwszej instancji zarówno rozstrzygnięć co do istoty sprawy (tj. rozstrzygnięć merytorycznych), jak i innych rozstrzygnięć, które są wydawane od momentu wszczęcia sprawy do czasu jej rozstrzygnięcia (tj. rozstrzygnięć incydentalnych).

Z wyznaczonej przez art. 78 zd. 1 Konstytucji RP perspektywy istotne jest, aby rozstrzygnięcie miało charakter indywidualnego aktu stosowania prawa określającego prawa lub obowiązki strony postępowania. **Konstytucyjne prawo podmiotowe do zaskarżenia obejmuje każdą władczą konkretyzację, która prowadzi do powstania, zmiany lub zniesienia praw lub obowiązków jednostki w obszarze wynikającym z przepisów prawa zarówno materialnego, jak i procesowego** (podkr. wł.).

Prawo do zaskarżenia nie odnosi się natomiast do form działania organów władzy publicznej, które stanowią pochodną ukształtowanej *ex lege* relacji między jednostką a organami władzy publicznej. Obok władczej konkretyzacji norm prawnych, relacja między jednostką a organami władzy publicznej może stanowić wszakże następstwo obowiązywania norm ustrojowych, które w pośredni sposób mogą prowadzić do powstania, zmiany lub zniesienia praw lub



obowiązków jednostki lub norm wywołujących skutki *ex lege*. W kontekście zaskarżalności i stosowania art. 78 zd. 1 Konstytucji RP zagadnienie to poddano analizie na marginesie głównych rozważań Trybunału Konstytucyjnego w wyroku K 1/99. Jako naruszający konstytucyjne prawo do środka zaskarżenia, zaskarżono wówczas przepis wprowadzający wygaśnięcie określonych stosunków pracy z mocy prawa. Orzekając o nieadekwatności konstytucyjnego wzorca Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że <przy wygaśnięciu stosunku pracy z mocy prawa nie ma miejsca połączona z wyrażeniem woli przez pracodawcę indywidualizacja i konieczna przy indywidualnych rozstrzygnięciach podwójna konkretyzacja normy prawnej, w związku z tym nie mogą do takich stanów odnosić się zasady określone w art. 78 Konstytucji RP. [...] Nie można więc mówić o prawie do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, gdy nie istnieją i nie mogą istnieć, ze względu na naturę powstałych stosunków prawnych, indywidualne rozstrzygnięcia>.

**Zakresem przedmiotowym art. 78 zd. 1 Konstytucji RP objęte są zatem akty administracyjne, rozumiane jako: podwójnie konkretne oświadczenia woli organu, które zostały wydane na podstawie przepisów prawa (podkr. wł.).** W konsekwencji zakres przedmiotowy konstytucyjnego prawa do zaskarżenia, co do zasady, nie obejmuje zaskarżalności informacji urzędowej i zaświadczeń, które stanowią oświadczenia wiedzy organu i nie kształtują statusu prawnego jednostki. **Poza konstytucyjnym standardem zaskarżalności pozostają też czynności materialno-techniczne organów władzy publicznej. Pomimo iż niekiedy kształtują one sytuację prawną jednostki <przez fakty> i jako takie są przykładem stosowania prawa, nie prowadzą do sformułowania indywidualnej i konkretnej normy, jak ma to miejsce w wypadku aktów administracyjnych (podkr. wł.).** Są realizowane na podstawie albo przepisu prawa, albo aktu administracyjnego, który może wszakże podlegać zaskarżeniu. W drugim wypadku są one zazwyczaj nierozzerwalnie związane z aktem administracyjnym. Mając charakter procesowy, podlegają

weryfikacji i ocenie wraz z jego zaskarżeniem” (M. Wyrzykowski i M. Ziółkowski, *Konstytucyjne prawo do zaskarżenia rozstrzygnięć wydanych w pierwszej instancji*, [w:] *System Prawa Administracyjnego. Tom 2. Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego i A. Wróbla, Wydawnictwo C. H. BECK oraz Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2012, s. 281-283).

Faktem więc pozostaje, że Konstytucja nie gwarantuje skazanym prawa do zaskarżenia - w trybie skargi kierowanej do sądu penitencjarnego, o której mowa w art. 7 § 1 k.k.w. - „decyzji” o przeprowadzeniu kontroli osobistej, a już z całą pewnością nie gwarantuje skazanym, aby każdą „decyzję” w tego rodzaju sprawach podejmował dyrektor zakładu karnego.

Brak na poziomie Konstytucji nakazu uregulowania kwestii pominiętych **konkretnie w sposób wskazany przez Rzecznika** jest tym bardziej widoczny, jeżeli przeanalizować sposób sformułowania zarzutu wniosku.

Otóż analiza zarzutu wniosku może wskazywać, iż intencją Rzecznika jest, aby, w następstwie ewentualnego wyroku Trybunału Konstytucyjnego, ustawodawca został zobowiązany do wprowadzenia normy przyznającej dyrektorowi zakładu karnego kompetencję do wydawania decyzji także **w każdej sprawie** w przedmiocie kontroli osobistej skazanego, ta zaś decyzja (czego już jednak treścią zarzutu nie objęto), stosownie do art. 7 § 1 k.k.w., będzie podlegała kontroli sądu penitencjarnego co do jej zgodności z prawem.

Tymczasem brak ustawowej kompetencji do wydania przez dyrektora zakładu karnego decyzji o przeprowadzeniu kontroli osobistej skazanego *per se* nie narusza Konstytucji, ponieważ żaden przepis ustawy zasadniczej (w tym zwłaszcza wzorce kontroli wskazane przez Wnioskodawcę) nie obliguje do przyznania dyrektorowi zakładu karnego tego rodzaju kompetencji.

W konsekwencji, sformułowany przez Rzecznika zarzut pod adresem zaskarżonej regulacji w istocie zmierza do zakwestionowania zaniechania

prawodawczego, co do którego kontrola jego zgodności z Konstytucją jest niedopuszczalna (nie podlega ono kognicji Trybunału Konstytucyjnego).

Reasumując tę część rozważań, należy stwierdzić, że postępowanie w sprawie kontroli zgodności art. 116 § 6 w związku z art. 7 § 1 k.k.w. w zakresie, w jakim regulacja ta nie przewiduje wydawania decyzji w sprawie kontroli osobistej skazanego, z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w związku z art. 9 ust. 1 ustawy - Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Gdyby Trybunał Konstytucyjny nie podzielił przedstawionego wyżej stanowiska i uznał, iż **zarzut przedstawiony przez Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczy, podlegającego kognicji Trybunału, pominięcia prawodawczego**, to wnoszę o stwierdzenie, że:

**przepis art. 116 § 6 w związku z art. 7 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 ze zm.) w zakresie, w jakim nie przewiduje wydawania decyzji w sprawie kontroli osobistej skazanego, jest zgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

W sprawie o sygn. akt Ts 139/12, dotyczącej skargi konstytucyjnej, skarżący domagał się kontroli zgodności art. 429 § 1 k.p.k. w związku z art. 2 w związku z art. 7 k.k.w., między innymi, z art. 45 ust. 1 i art. 78 Konstytucji, wywodząc, iż zaskarżone przepisy „są niezgodne z powołanymi wzorcami konstytucyjnymi, gdyż pozbawiają osobę, wobec której wydano decyzję o zastosowaniu środków przymusu bezpośredniego, prawa do sądu i prawa do

*zaskarżania orzeczeń i decyzji. Przepisy te, ustanawiając zamknięty katalog organów, od których decyzji przysługuje w postępowaniu wykonawczym skarga do sądu, nie pozwalają na zaskarżenie podjętej przez funkcjonariuszy służby więziennej decyzji o zastosowaniu siły wobec osób przebywających w zakładzie karnym. W konsekwencji pozostawiają bez kontroli sądowej naruszenia nietykalności cielesnej oraz godności skazanych” (OTK ZU seria B nr 1/2013, poz. 115).*

W uzasadnieniu wydanego w tej sprawie w dniu 4 grudnia 2012 r. postanowienia o odmowie nadania dalszego biegu skardze konstytucyjnej wobec przekroczenia ustawowego terminu do jej wniesienia Trybunał Konstytucyjny „jedynie na marginesie” wskazał, między innymi, iż „[n]ieuzasadnione jest (...) twierdzenie skarżącego, że zaskarżone przepisy naruszają art. 45 ust. 1 oraz art. 78 Konstytucji. Opiera się ono bowiem na uznaniu, że przepisy te nie gwarantują możliwości zaskarżenia w trybie art. 7 § 1 k.k.w. decyzji o użyciu środków przymusu bezpośredniego podjętej przez funkcjonariuszy służby więziennej.

**Skarżący nie bierze jednak pod uwagę istnienia środków prawnych innych niż skarga na decyzję organów postępowania wykonawczego, z których osoba pozbawiona wolności może skorzystać, gdy chce zakwestionować legalność i prawidłowość działań podejmowanych przez funkcjonariuszy służby więziennej, w szczególności możliwości złożenia skargi w trybie nadzoru penitencjarnego (podkr. wł.). Kontrola legalności i prawidłowości wykonywania kary pozbawienia wolności, w tym podejmowania wobec osób przebywających w zakładach karnych czynności polegających na użyciu siły fizycznej i środków przymusu bezpośredniego, mieści się bowiem w zakresie nadzoru penitencjarnego sprawowanego na podstawie art. 32 i nast. k.k.w. oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 sierpnia 2003 r. w sprawie sposobu, zakresu i trybu sprawowania nadzoru penitencjarnego (Dz. U. Nr 152, poz. 1496, ze zm.). Zgodnie z art. 33 § 2 k.k.w. badanie skarg osób pozbawionych wolności w tym zakresie należy do kompetencji sędziego penitencjarnego. Nie znajduje więc**

*uzasadnienia zarzut skarżącego, że w sytuacji nieprawidłowego - zdaniem osoby pozbawionej wolności - zastosowania przez funkcjonariuszy służby więziennej przymusu bezpośredniego osoba taka nie ma możliwości odwołania się do sądu (podkr. wł.)” [ibidem].*

Nie można przy tym nie dostrzec, iż w powołanym wyżej postanowieniu Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się do kwestii zgodności z art. 78 Konstytucji braku zaskarżalności użycia środków przymusu bezpośredniego przez funkcjonariuszy służby więziennej, nie potraktował tego wzorca kontroli jako nieadekwatnego.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, że - podobnie jak w przypadku stosowania wobec skazanego środków przymusu bezpośredniego - skazany, wobec którego przeprowadzono kontrolę osobistą, ma możliwość (gdy tego rodzaju czynność uzna za nieprawidłową) odwołania się do sądu („uruchomienia procedury przed sądem w sprawach o zasadniczym znaczeniu z punktu widzenia ochrony praw jednostki w demokratycznym państwie prawnym”).

Rzecznik Praw Obywatelskich „nie bierze bowiem pod uwagę istnienia środków prawnych innych niż skarga na decyzję organów postępowania wykonawczego, z których osoba pozbawiona wolności może skorzystać, gdy chce zakwestionować legalność i prawidłowość działań podejmowanych przez funkcjonariuszy służby więziennej, w szczególności możliwości złożenia skargi w trybie nadzoru penitencjarnego”.

Ponadto w sytuacji przeprowadzenia kontroli osobistej w sposób, w ocenie skazanego nieprawidłowy, skazany nie ma zamkniętej drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności i praw.

Wszak, jak każdy inny pokrzywdzony, ma on prawo do złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa.

Funkcjonariusze Służby Więziennej będą mogli podlegać odpowiedzialności z art. 231 k.k. (możliwy jest zbieg tego przepisu z innymi

przepisami Kodeksu karnego z wyjątkiem art. 228, *vide* - art. 231 § 4 k.k.), penalizującego przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariusza publicznego (*vide* - art. 115 § 13 pkt 7 k.k.).

Przepisem, który - w skrajnych przypadkach - również może posłużyć do ochrony w postępowaniu karnym praw naruszonych w wyniku kontroli osobistej, jest art. 247 k.k. penalizujący znęcanie się nad osobą pozbawioną wolności (§ 1 i 2) oraz dopuszczanie przez funkcjonariusza publicznego, wbrew obowiązkowi, do znęcania się nad taką osobą (§ 3).

Z kolei skuteczne dochodzenie w procesie cywilnym roszczeń majątkowych z tytułu szkody poniesionej w wyniku kontroli osobistej zapewniają pokrzywdzonemu przepisy art. 415 i art. 417 § 1 k.c., które mają następujące brzmienie:

„Art. 415. Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia.”;

„Art. 417. § 1. Za szkodę wyrządzoną przez **niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej** ponosi **odpowiedzialność Skarb Państwa** (podkr. wł.) lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa.”.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że **kontroli ingerencji** w konstytucyjne prawa skazanego, wobec którego przeprowadzono kontrolę osobistą, nie służy tylko taki środek zaskarżenia, którego wprowadzenie do zaskarżonej normy postuluje (pośrednio - poprzez wprowadzenie w art. 116 § 6 k.k.w. obowiązku wydawania przez dyrektora zakładu karnego decyzji o każdej jednostkowej kontroli osobistej skazanego) Rzecznik Praw Obywatelskich.

Do tego rodzaju kontroli (kontroli ingerencji) mogą bowiem posłużyć inne instrumenty przewidziane w obowiązującym prawie karnym i prawie cywilnym, które, rozpatrywane łącznie, zapewniają ewentualnemu pokrzywdzonemu realizację jego praw naruszonych kontrolą osobistą. Nie ma zatem potrzeby

wprowadzać w tym zakresie jakichkolwiek innych (nowych), szczególnych regulacji.

Reasumując, art. 116 § 6 w związku z art. 7 § 1 k.k.w. w zakresie, w jakim nie przewiduje wydawania decyzji w sprawie kontroli osobistej skazanego, należałoby w takiej sytuacji uznać za zgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia  
Prokuratora Generalnego

*Robert Hernand*  
Zastępca Prokuratora Generalnego



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

Sygn. akt. K 20/15

dot.: III 7040.73.2014.LN

Sygn. akt. K 5/16

dot.: KMP. 571.83.2014.MMa

|                                       |              |
|---------------------------------------|--------------|
| BIURO RZECZNIKA<br>PRAW OBYWATELSKICH |              |
| Wpł.                                  | 2017 -08- 10 |
| ZAL. ....                             | NR .....     |

**Pan  
Adam BODNAR  
Rzecznik Praw Obywatelskich**