



Marcin Wiącek

KMP.022.1.2021.RK

**Pan
Zbigniew Ziobro
Minister Sprawiedliwości
ePUAP**

Szanowny Panie Ministrze,

w nawiązaniu do pisma z dnia 23 lipca 2021 r., znak DLPK-I.406.2.2021, działając jako konstytucyjny organ stojący na straży wolności i praw człowieka oraz krajowy mechanizm prewencji tortur, uprawniony do wyrażania opinii w przedmiocie projektowanych aktów prawnych¹, przedstawiam uwagi do *projektu ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich* z dnia 20 lipca 2021 r. (nr wykazu prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów UD248).

1. Nieletni ze względu na swój wiek, brak doświadczenia życiowego, a często dysfunkcyjne lub wręcz patologiczne środowisko rodzinne są grupą szczególnie narażoną na wszelkie nadużycia, w tym przemoc w miejscach pozbawienia wolności. Ryzyko to wymaga od państwa stworzenia odpowiednich ram prawnych, respektujących ich podstawowe prawa oraz wzmacniające ich ochronę przed ryzykiem tortur i innych form okrutnego traktowania, w zgodzie z międzynarodowymi standardami. Ponieważ opiniowany projekt podejmuje próbę kompleksowego uregulowania problematyki nieletnich, których zachowanie wymaga interwencji organów państwowych², ma on fundamentalne znaczenie w tym zakresie.

¹ Zob. Art. 1 ust. 4 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2020 r., poz. 627) w zw. z art. 19 pkt. c) 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).

² Zob. Uzasadnienie do projektu ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich z dnia 20 lipca 2021 r., s. 1-3.

2. Potrzeba gruntownej zmiany ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich była od lat podnoszona zarówno przez praktyków, Rzecznika Praw Obywatelskich³ i Najwyższą Izbę Kontroli, której raporty pokazywały brak efektywności oddziaływań gwarantowanych nieletnim w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych⁴. Opiniowany projekt w znacznej mierze powielił jednak rozwiązania zaproponowane w *projekcie ustawy o nieletnich z dnia 8 marca 2019 r.* (UD480), który nie doczekał się uchwalenia. Rzecznik Praw Obywatelskich krytycznie ocenił niektóre z zaproponowanych wówczas rozwiązań legislacyjnych⁵. Z uwagi na fakt, że w wielu aspektach poglądy wyrażone przez Rzecznika nie zostały wzięte pod uwagę, a budzą zastrzeżenia z punktu widzenia praw i wolności człowieka oraz obowiązku przeciwdziałania torturom, w dużej mierze zachowują one swoją aktualność. Projektowana ustawa w wielu miejscach nie spełnia też międzynarodowych standardów odnoszących się do nieletnich pozbawionych wolności, w szczególności nie uwzględnia uwag i rekomendacji międzynarodowych organów monitorujących sposób traktowania i warunki detencji, takich jak Europejski Komitet do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (CPT), Podkomitet ds. Zapobiegania Torturom (SPT), czy Komitet Przeciwko Torturom (CAT). Nie uwzględnia też dotychczasowych zaleceń Rzecznika Praw Obywatelskich, wykonującego funkcję krajowego mechanizmu prewencji tortur. Mając na względzie fakt, że opiniowany projekt w sposób kompleksowy odnosi się do kwestii opieki i nadzoru nad nieletnimi w różnego rodzaju placówkach, przedstawiane rekomendacje powinny zostać uwzględnione w jak najszerszym zakresie. W przeciwnym razie trudno mówić o spójnym systemie zmierzającym do wyeliminowania ryzyka tortur i złego traktowania, bo do tego potrzebny jest stały i konstruktywny dialog, zmierzający do wdrożenia międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka. Żywię nadzieję, że przedstawione w niniejszej opinii uwagi i rekomendacje zostaną potraktowane z należytą uwagą.
3. Zakres zastosowania ustawy określony w art. 1 ust. 2 pkt 2) projektu został znacząco rozszerzony w stosunku ustawy obecnie obowiązującej. Nowa treść obejmuje wszystkie wykroczenia i wszystkie wykroczenia skarbowe poprzez odmienną niż dotychczas definicję czynu karalnego, która obecnie wskazuje jedynie 12 enumeratywnie wymienionych wykroczeń. Rozwiązanie takie nie spełnia wymogu zgodności z zasadą *ultima ratio* stosowania środków penalnych wnikającą zasady

³ Zob. Wystąpienie RPO do Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lipca 2021 r., KMP.573.4.2021.MD.

⁴ Zob. Informacja o wynikach kontroli pt. *Działalność resocjalizacyjna młodzieżowych ośrodków wychowawczych z 2018 r.*, nr ewidencyjny 153/2017/P/17/099/LSZ, dostępne na stronie: <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-resocjalizacji-w-mlodziezowych-osrodkach-wychowawczych.html> (dostęp: 18.08.2021 r.)

⁵ Zob. Pismo z dnia 15 kwietnia 2021 r. do Ministra Sprawiedliwości, KMP.022.1.2019.RK. Opinia dostępna jest na stronie: <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/opinia-do-projektu-ustawy-o-nieletnich-projekt-z-dnia-8032019-r> (dostęp: 18.08.2021 r.)

państwa prawnego z art. 2 Konstytucji oraz zasadą proporcjonalności z art. 31 ust. 1 Konstytucji. Wskazany zakres zastosowania projektowanej ustawy jest bowiem zbyt szeroki. W kontekście art. 22 projektu, art. 116 k.k. oraz art. 48 k.w. projekt będzie miał bowiem zastosowanie także do wszystkich ustaw szczególnych przewidujących odpowiedzialność karną i odpowiedzialność za wykroczenie (dodatkowo do tych wskazanych w k.k., k.w. i k.k.s.). Projektowane rozwiązanie może doprowadzić do przeciążenia sądów rodzinnych oraz do przewlekłości postępowań, a co za tym idzie, może doprowadzić do stanu niezgodności z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

4. W kontekście brzmienia art. 22 projektu stanowiącego odpowiednik art. 14 obecnej ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, uwypuklić należy problem rozumienia odpowiedzialności nieletnich za popełnienie czynów karalnych w rozumieniu art. 1 ust. 2 pkt 2 projektu. Zgodnie z art. 1 k.k. oraz odpowiednimi regulacjami z Kodeksu wykroczeń i Kodeksu karnego skarbowego, przesłankami tej odpowiedzialności jest ustalenie bezprawności zachowania (sprzeczności tego zachowania z adekwatnym fragmentem porządku prawnego), karalności zachowania (ustalenia w zakresie znamion strony przedmiotowej i podmiotowej czynu zabronionego), wyższego niż znikomy stopnia społecznej szkodliwości czynu (przesłanka ta nie dotyczy wykroczeń) oraz winy (rozumianej jako zarzut zachowania się niezgodnie z prawem w sytuacji, która umożliwiała sprawcy podjęcie zachowania zgodnego z prawem). Istotnym jest zaznaczyć, że na gruncie poprzedniej kodyfikacji karnej z 1969 r. obowiązującej w chwili uchwalenia dotychczasowej ustawy z 1982 r. przez winę rozumiano dzisiejszą stronę podmiotową czynu zabronionego oraz przyjmowano, że nieletni nie ponosi winy, a mimo to można mu przypisać odpowiedzialność, co było pokłosiem poglądów wyrażanych jeszcze na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. Poglądy te nie pozostały bez wpływu na praktykę sądów rodzinnych, które pomimo zmiany kodyfikacji karnej na Kodeks karny z 1997 r. wciąż nieprawidłowo postrzegają stronę podmiotową czynu zabronionego jako winę i nie czynią ustaleń w tym zakresie przypisując nieletnim odpowiedzialność za popełnienie czynów karalnych. Praktykę taką należy określić jako błędną i naruszającą podstawowe dla prawa karnego zasady gwarancyjne ujmowane w łacińskiej paremie *nullum crimen sine lege scripta*, a wywodzone z zasady państwa prawnego z art. 2 Konstytucji w zw. z art. 42 ust. 1 Konstytucji. Zaznaczyć należy, że na gruncie obecnie obowiązujących kodyfikacji karnych przyjmuje się, że czyn zabroniony charakteryzowany jest zarówno przez elementy przedmiotowe, jak i podmiotowe⁶. Praktyka wydziałów rodzinnych wskazuje na to, że unormowania dotyczące strony podmiotowej czynu zabronionego w części ogólnej kodeksu karnego z 1997 r.

⁶ A. Zoll, *Strona podmiotowa i wina w kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji* (w:) *Prawo – Społeczeństwo – Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003, s. 410.

są uważane za sprzeczne w rozumieniu art. 14 dotychczasowej ustawy z jej unormowaniami. Projektowana treść art. 22 spowoduje, że błędna praktyka sądów w tym zakresie nie ulegnie zmianie. Taki stan rzeczy nie odpowiada jednak ani koncepcji dziecka w niebezpieczeństwie, ani zasadzie dobra dziecka⁷, na których została oparta dotychczasowa ustawa oraz, jak się wydaje analizowany projekt ustawy⁸. Zasadnym wydaje się przesądzenie przez projektodawcę, że art. 1 - 31 k.k. oraz odpowiadające im brzmieniem unormowania z Kodeksu karnego skarbowego (art. 1 - 21 k.k.s.) i Kodeksu wykroczeń (art. 1 - 17 k.w.) są stosowane wprost jako niesprzeczne z projektowaną ustawą, zaś pozostałe przepisy części ogólnych wskazanych kodyfikacji tylko wówczas, gdy nie są sprzeczne z ustawą. Taka formuła art. 22 projektu, powinna stanowić dostateczny asumpt do wyeliminowania dotychczasowej, a opisaney wyżej praktyki sądów rodzinnych w zakresie przypisania nieletnim odpowiedzialności za popełnienie czynów karalnych.

5. Art. 4 projektu przyznaje dyrektorowi szkoły „*środki oddziaływania wychowawczego*”, w szczególności w postaci pouczenia, ostrzeżenia ustnego albo ostrzeżenia na piśmie, przeproszenia pokrzywdzonego, przywrócenia stanu poprzedniego lub wykonania określonych prac porządkowych na rzecz szkoły. Dodatkowo wprowadzono zapis „*Zastosowanie środków oddziaływania wychowawczego nie wyłącza zastosowania kary określonej w statucie szkoły.*” Zapis ten budzi niepokój o możliwość podwójnego karania za to samo przewinienie. W stosunku do projektu ustawy o nieletnich z 2019 r. dodano jednak, że „*Przepisu nie stosuje się w przypadku, gdy nieletni dopuścił się czynu zabronionego wyczerpującego znamiona przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego*”. Jednocześnie dodano w projekcie paragraf, którego brakowało w projekcie z 2019 r.. Mianowicie aktualnie art. 4 ust. 3 przewiduje, że „*instytucje państwowe i samorządowe oraz szkoły i placówki oświatowe niepubliczne, które w związku ze swoją działalnością dowiedziały się o dopuszczeniu się przez nieletniego czynu zabronionego wyczerpującego znamiona przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, są obowiązane niezwłocznie zawiadomić o tym sąd rodzinny lub Policję oraz przedsięwziąć niezbędne czynności, aby nie dopuścić do zatarcia śladów i dowodów popełnienia czynu zabronionego*”.
6. Uważam, że zastosowanie przepisów art. 4 ust. 3 i 4 projektu przez dyrektorów szkół napotka na trudności, m.in. ze względu na trwające prace nad zmianą ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe. Do niniejszej ustawy ma bowiem zostać wprowadzony przepis karny o treści: „*Art. 188a. 1. Kto, kierując jednostką organizacyjną wymienioną w art. 2 pkt 1-8, przekracza swoje uprawnienia lub nie*

⁷ T. Bojarski (w:) T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 14.

⁸ P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 313 i n.

dopełnia obowiązków w zakresie opieki lub nadzoru nad małoletnim, czym działa na szkodę tego małoletniego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3” Dyrektor szkoły wykonuje zadania związane z zapewnieniem bezpieczeństwa uczniom i nauczycielom w czasie zajęć organizowanych przez szkołę lub placówkę. Przepisy ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich wzmocniają pozycję dyrektora szkoły, nadając mu uprawnienia do stosowania środków oddziaływania wychowawczego w postaci m.in. przywrócenia stanu poprzedniego lub wykonania określonych prac porządkowych na rzecz szkoły. Oznacza to, że uczeń, za zgodą rodziców albo opiekuna, może być zobowiązany do wykonania na terenie szkoły, po zakończonych zajęciach lub przed ich rozpoczęciem, określonych zadań, które w przypadku pracowników są objęte przepisami BHP. W uzasadnieniu wyjaśniono, co oznacza przywrócenie do stanu poprzedniego (*„W przypadku, gdy zachowanie nieletniego będzie polegało np. na śmieceniu, przestawianiu ławek i innych sprzętów szkolnych, pisaniu na ścianach szkoły, dyrektor będzie miał możliwość nakazania nieletniemu przywrócenia do stanu poprzedniego, tj. uprzątnięcia wyrzuconych przez nieletniego śmieci, ustawienie sprzętów we właściwym porządku, usunięcia napisu ze ściany”*). Pojęcie prac porządkowych nie zostało jednak uszczegółowione (*„Dyrektor będzie mógł również polecić nieletniemu wykonanie prac porządkowych na rzecz szkoły, których rodzaj określi”*). W praktyce dyrektorzy mogą obawiać się ewentualnej odpowiedzialności karnej oraz odszkodowawczej w razie wypadku podczas wykonywania przez ucznia określonej pracy porządkowej. Ma to szczególne znaczenie w sytuacji, kiedy rodzice ucznia pozostają w konflikcie, a jedynie jeden z nich wyraża zgodę na zastosowania środka oddziaływania wychowawczego. Powstają pytania o to, kto będzie sprawował nadzór nad wykonaniem prac w szkole, jakie środki mogą być zastosowane w przypadku odmowy samego ucznia, jaka powinna być procedura (czy uwzględniona w statucie szkoły?) oraz kto ponosi odpowiedzialność w przypadku powstania szkody. Pojęcie *„wykonanie określonych prac porządkowych na rzecz szkoły”* może rodzić oskarżenia o wykorzystywanie sytuacji w celu uzyskania korzyści przez szkołę. W razie późniejszego sporu dyrektor szkoły może spotkać się z zarzutami, że próbuje upokorzyć lub poniżyć ucznia na forum szkoły. Z drugiej strony proponowane przepisy wychodzą naprzeciw oczekiwaniom dyrektorów szkół, którzy skarżą się na niedostateczne środki działania w sytuacji, kiedy uczeń zachowuje się nagannie. W sprawie zgłoszonej RPO (VII.7037.68.2021), po zgłoszeniu skargi przez rodziców, wobec dyrektorki szkoły prowadzone jest postępowanie karne z tego powodu, że próbowała zastosować własne metody wychowawcze wobec ucznia naruszającego zasady współżycia społecznego. Jeden z postawionych zarzutów brzmiał: *„przekroczenie uprawnień polegające na poinformowaniu uczniów kl. Vb o fakcie,*

iż małoletni bez zgody i wiedzy nagrywał swoich kolegów i nauczycieli, czym złamał statut szkoły oraz poinformowaniu społeczności klasowej o złożonym zobowiązaniu do zaprzestania takich zachowań, w tym używania słów wulgarnych (czyn z art. 231 § kk w zw. z art. 12 kk)”. W sprawie tej prowadzone jest także postępowanie dyscyplinarne (jeden z zarzutów: „Publiczne upokarzanie ucznia na forum klasy, polegające na zmuszaniu go do przeproszenia klasy, bez podania przyczyny oraz mówienie publicznie, że jest on zły.”). Można zatem zgodzić się z argumentem w uzasadnieniu, iż „Konieczne jest zatem, aby reakcja na niepożądane i niewłaściwe zachowania następowała niezwłocznie, bez konieczności ingerowania przez sąd rodzinny, którego czynności często mogą być odbierane jako nieadekwatne do okoliczności sprawy, nadmierne i spóźnione”. Istnieje ryzyko, że skutki zastosowania wobec ucznia kary - jego poczucie krzywdy, złość, stres, frustracja, zmęczenie pracą, narażenie się na wyśmiewanie przez innych uczniów - doprowadzą inne organy (rzecznika dyscyplinarnego dla nauczycieli, prokuratora) do wniosku, że nastąpiło działanie na szkodę małoletniego oraz naruszenie dobra dziecka. Dlatego też słuszne jest dążenie do tego, by zabezpieczyć dyrektorów szkół przed negatywnymi konsekwencjami stosowania przez nich środków oddziaływania wychowawczego. Uregulowanie powyższych spraw w ustawie może sprawić, że nie będzie można zarzucić dyrektorom szkół, że ich działania wychowawcze są bezprawne. Ogólnie wydaje się, że cel przepisów ustawy, czyli łagodzenie konfliktów na poziomie lokalnym, bez konieczności zawiadamiania sądu rodzinnego lub Policji, jest słuszny, a właściwa realizacja uprawnień dyrektora mogłaby podnieść skuteczność szkoły w wykonywaniu jej funkcji wychowawczej. W praktyce uprawnienia dyrektora mogą być stosowane niechętnie z powodu uzasadnionych obaw przed konsekwencjami ze strony innych organów. Wątpliwości dotyczą też obowiązku przedsięwzięcia „niezbędnych czynności, aby nie dopuścić do zatarcia śladów i dowodów popełnienia czynu zabronionego”. Czy dyrektor szkoły może np. zatrzymać ucznia w pokoju przy użyciu siły do czasu przyjazdu Policji? Czy może mu odebrać siłą plecak? Konkretnie sytuacje mogą przynieść konieczność odpowiedzi na te i inne pytania.

7. Należy zwrócić uwagę, że projektodawca użył w art. 7 pkt 2) projektu zwrotu „zaniechania używania innej substancji psychoaktywnej”, nie wskazując definicji tejże substancji ani celu jej użycia, co nie spełnia zasady wystarczającej określoności leżącej u podstaw art. 42 ust. 1 Konstytucji. Definicji terminu „substancja psychoaktywna” nie znajdziemy w projektowanej ustawie, ani też w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁹, która posługuje się zamiast tego pojęciami „substancja psychotropowa”, „środek odurzający” i „nowa substancja psychoaktywna” (art. 4 pkt 11a, 25 i 26). Można wyrazić obawę, że takie szerokie

⁹ Dz. U. z 2020 r., poz.2050.

- zdefiniowanie substancji, od których zażywania nieletni miałyby się powstrzymać mogłoby objąć także stosowanie przez niego leków w celach medycznych, a nie w celu wprowadzenia się w stan odurzenia. Termin „inna substancja psychoaktywna” pojawia się w szeregu projektowanych przepisów; wydaje się wskazane odwołanie zamiast tego do pojęć zdefiniowanych w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii.
8. Mimo wprowadzenia znaczących zmian nadal wątpliwości rodzi środek wychowawczy w postaci przypadku określony w art. 7 pkt 8) projektu, a to w kontekście braku wyłączenia przypadku w przypadku konieczności zwrotu przedmiotów pokrzywdzonemu. Podkreślić należy, że obecnie przypadek nie jest już środkiem karnym i w Kodeksie karnym został unormowany w Rozdziale Va Kodeksu karnego, w art. 44 do 45a k.k., w Kodeksie wykroczeń w art. 28 § 1 pkt 2) i § 3 k.w. w zw. z art. 30 k.w. oraz szeroko w Kodeksie karnym skarbowym w art. 22 § 2 pkt 2) i 4) oraz § 3) pkt 5) k.k.s. w zw. z art. 30 – 33 k.k.s. Wskazany art. 7 pkt 8) projektu w kontekście art. 22 projektu może rodzić wątpliwości w sytuacjach, w których przedmiot przypadku podlega zwrotowi pokrzywdzonemu. Ten ostatni może być bowiem poczytywany jako możliwość odstąpienia od zastosowania art. 44 § 5 k.k. lub art. 31 § 2 k.k.s., które wyłączają w takich przypadkach orzeczenie przypadku.
 9. Rozbudowania wymaga środek wychowawczy w postaci zakazu prowadzenia pojazdów wskazany w art. 7 pkt 7) projektu. Zasadnym wydaje się sprecyzowanie, że sąd może orzec zakaz prowadzenia pojazdów jedynie określonego rodzaju oraz że zakaz ten może zostać orzeczony na okres oznaczony, nie dłuższy niż do ukończenia przez nieletniego 18 roku życia.
 10. Zaznaczyć należy, że w art. 15 ust. 1 projektu zastosowanie wobec nieletniego środka poprawczego w postaci umieszczenia go w zakładzie poprawczym zostało przez projektodawcę ograniczone wyłącznie do przestępstw i przestępstw skarbowych. W warunkach określonych w art. 15 ust. 2 projektu środek ten ma obligatoryjny charakter, na co jasno wskazuje użyty tam zwrot „orzeka”. Taki obligatoryjny charakter środka polegającego w istocie na pozbawieniu wolności nie spełnia wymogu zgodności z zasadą *ultima ratio* stosowania środków penalnych. Ponadto, obecne brzmienie projektowanych przepisów może budzić wątpliwości co do właściwej relacji pomiędzy art. 15 ust. 2, a art. 15 ust. 3 projektu. Wydaje się zasadne wskazanie wprost, że orzeczenie środka wychowawczego w oparciu o projektowany art. 15 ust. 3 zastępuje orzeczenie umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym, a nie funkcjonuje równoległe do niego.
 11. W art. 7 pkt. 9) projektodawca przewidział środek wychowawczy w postaci umieszczenia nieletniego w rodzinie zastępczej zawodowej. Jednocześnie art. 17 projektu stanowi, że jeśli zachodzi potrzeba zapewnienia nieletniemu jedynie opieki wychowawczej, sąd rodzinny może orzec środek, o którym mowa w art. 7 pkt 9

(zastępcza rodzina zawodowa). Z kolei jeżeli zachodzi potrzeba zapewnienia nieletniemu z niepełnosprawnością intelektualną w stopniu lekkim albo z niepełnosprawnością intelektualną w stopniu umiarkowanym, jedynie opieki wychowawczej, sąd rodzinny może orzec środek, o którym mowa w art. 7 pkt 10, a więc umieszczenie w MOW. W tym kontekście warto rozważyć, czy w przypadku nieletnich z umiarkowanym stopniem upośledzenia intelektualnego korzystniejszym rozwiązaniem niż umieszczenie w MOW nie byłoby umieszczenie w specjalistycznej zawodowej rodzinie zastępczej. Przeszkodą może być jednak mała liczba takich rodzin.

12. Przepis art. 7 projektu ustawy wskazuje na nowy rodzaj placówki – okręgowy ośrodek wychowawczy, dla młodzieży zdemoralizowanej. Może on powstać z przekształcenia schroniska lub zakładu i odwrotnie. To placówka pomiędzy młodzieżowym ośrodkiem wychowawczym, a zakładem poprawczym, która podlegać będzie pod Ministerstwo Sprawiedliwości. Wobec mniejszej liczby nieletnich umieszczanych w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych, zakładach poprawczych i schroniskach dla nieletnich, zapewni to wykorzystanie zasobów materialnych, jak i osobowych, placówek dotychczas działających jako schroniska czy zakłady poprawcze. Istotny jednak będzie szczególny dobór kadry i właściwych oddziaływań dla nieletnich przeniesionych z młodzieżowych ośrodków wychowawczych do okręgowego ośrodka wychowawczego, skoro będą to ci, którzy stwarzają największe problemy wychowawcze w MOW-ach. Raporty Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur, w szczególności z MOW w Mrowinach pokazują nieudolność prowadzenia MOW-ów, przemoc między wychowankami, liczne ucieczki, brak reakcji sędziego rodzinnego¹⁰. W przypadku okręgowego ośrodka wychowawczego należy rozważyć stworzenie szczególnych kryteriów doboru kadry do pracy z nieletnimi, którzy prezentują zachowania przejawiające szczególny poziom demoralizacji.
13. Art. 16 ust. 3 projektu stanowi, że *„warunkowe zawieszenie następuje na okres próby do lat 3. W okresie próby sąd rodzinny stosuje wobec nieletniego środki wychowawcze”*. Zwrot ten nie wprowadza rozróżnienia, które z dostępnych środków wychowawczych mogą być stosowane przez sąd. Kwestia ta wymaga doprecyzowania wzorem art. 72 k.k. Nadto, warto skorzystać w tym zakresie z idei przyświecającej art. 74 § 2 k.k. i wskazać, że jeżeli względy wychowawcze za tym przemawiają, sąd wobec nieletniego może w okresie próby ustanawiać, rozszerzać lub zmieniać środki wychowawcze albo od ich wykonania zwolnić.

¹⁰ Zob. Raport Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur z wizytacji Młodzieżowego Ośrodka Wychowawczego w Mrowinach z dnia 23 marca 2020 r., KMP.573.20.2019.AO.

14. Art. 16 ust. 5 projektu przewiduje obligatoryjne uchylenie warunkowego zawieszenia środka poprawczego i umieszczenie nieletniego w zakładzie poprawczym, co nie wydaje się zabiegiem prawidłowym. W kontekście zasady dobra dziecka wydaje się, że względna obligatoryjność z możliwością nieodwoływania przez sąd warunkowego zawieszenia pobytu w zakładzie poprawnym w szczególnie uzasadnionym przypadku wydaje się rozwiązaniem lepszym. Art. 16 ust. 6 projektu stanowi, że *„jeżeli w okresie próby i w ciągu dalszych 3 miesięcy nie nastąpiło odwołanie warunkowego zawieszenia, umieszczenie w zakładzie poprawczym z mocy prawa uważa się za niebyłe”*. Sformułowanie zawarte w rzeczonym unormowaniu także nie jest prawidłowe. Skoro nieletni nie był faktycznie w zakładzie (bowiem wykonanie tego środka zostało warunkowo zawieszona), to poprawną formułą językową winno być, że *„orzeczenie o umieszczeniu w zakładzie poprawczym z mocy prawa uważa się za niebyłe”*, stosownie do art. 15 ust. 1 i 2 projektu, które mówią o orzekaniu przez sąd o umieszczeniu w zakładzie poprawnym.
15. Uważam, że charakter środka określonego w art. 17 ust 1 projektu oraz zakres jego zastosowania, brak zasad orzekania, w tym zasady konieczności, zasady subsydiarności czy zasady odpowiedniości, jak to ma miejsce choćby w przypadku art. 93b k.k, pozwala postawić wskazanemu unormowaniu zarzut naruszenia zasady *ultima ratio* stosowania środków o charakterze izolacyjnym, a tym samym art. 2, art. 31 ust. 3 i art. 41 ust. 1 Konstytucji. Art. 17 ust. 1 powinien precyzować czy podstawą orzeczenia środka leczniczego jest samo stwierdzenie u nieletniego niepełnosprawności intelektualnej, choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznych lub uzależnienia, czy też musi to być połączone z demoralizacją lub dopuszczeniem się przez nieletniego czynu karalnego. Art. 17 powinien również wskazywać na możliwość uchylenia środka leczniczego, jeśli jego dalsze stosowanie nie jest już konieczne. Powinien przewidywać także zasadę subsydiarności środka leczniczego względem niektórych środków wychowawczych, w szczególności, gdy wobec nieletniego wystarczające jest leczenie ambulatoryjne.
16. Art. 19 projektu stanowi, że *w przypadku, gdy „rodzice albo opiekun nieletniego uchylają się od wykonywania środka, o którym mowa w art. 18 ust. 1, sąd rodzinny może wymierzyć im karę pieniężną w wysokości do trzech tysięcy złotych”*. W mojej ocenie lepszym rozwiązaniem byłoby uzależnienie wysokości kary pieniężnej od dochodu rodziców lub opiekunów. Dla osób zamożnych kara w wysokości do 3 tysięcy złotych może nie być dolegliwa, a dla osób żyjących w ubóstwie jej spłacenie będzie niemożliwe bądź bardzo trudne.
17. Projekt wskazuje na możliwość umieszczenia nieletniego, zatrzymanego w trakcie jego samowolnego pobytu poza młodzieżowym ośrodkiem wychowawczym,

okręgowym ośrodkiem wychowawczym, zakładem poprawczym albo schroniskiem dla nieletnich, w policyjnej izbie dziecka (art. 19 ust. 1 pkt. 2). Z praktyki dotyczącej umieszczania nieletnich w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych prezentowanej przez Ośrodek Rozwoju Edukacji podczas dorocznych kongresów dyrektorów MOW w Goniądzu wiadomo, że zapis ten (istniejący również w dotychczasowej ustawie) był często interpretowany w taki sposób, że w policyjnej izbie dziecka można umieścić tylko osobę, która była już doprowadzona do ośrodka i z niego uciekła – nie zaś np. nieletniego, który uchylał się od stawiennictwa w MOW, nigdy nie dotarł do placówki (przedstawiciele sądów i policji argumentowali, że w tym sensie nie znajduje się on w stanie „*samowolnego pobytu poza MOW*”) i wobec tego nie może zostać umieszczony w policyjnej izbie dziecka np. do czasu wyznaczenia odpowiedniego ośrodka przez ORE. Warto więc zmodyfikować przepis, aby w sposób jednoznaczny obejmował też te przypadki, co wyeliminuje ewentualne rozbieżności w stosowaniu ustawy.

18. Art. 83 ust. 2 pkt 4 projektu przewiduje uprawnienie dla stron postępowania do złożenia zażalenia na postanowienie o odmowie przeglądania akt i sporządzania z nich odpisów. Jednocześnie projekt, przyznając pokrzywdzonemu uprawnienie do przeglądania akt sprawy i sporządzania z nich odpisów w art. 32 ust. 3 projektu, nie przyznaje w art. 84 prawa do wniesienia zażalenia na brak zgody. Z kolei projektowany art. 86 ust. 1 daje stronom i innym osobom możliwość wniesienia zażalenia na czynności naruszające ich prawa, w tym na brak zgody sądu rodzinnego na przeglądanie akt, który nie wymaga wydania orzeczenia. Taka piętrowa konstrukcja może budzić pewne zastrzeżenia z perspektywy przejrzystości prawa oraz zasady równego traktowania, budzi bowiem obawy, że niektóre sądy rodzinne będą traktowały odmowę dostępu do akt jako czynność naruszającą prawa oskarżonego, inne zaś nie. Lepszym rozwiązaniem wydaje się umożliwienie wniesienia zażalenia na brak zgody sądu rodzinnego wobec pokrzywdzonego do przeglądania akt sprawy i sporządzania z nich odpisów wprost w art. 84 projektu.
19. Warto podkreślić, że dostęp do akt stanowi warunek rzetelności postępowania i realizacji zasady równości broni, zaś obrona musi mieć także prawo do otrzymywania kopii dokumentów znajdujących się w aktach i robienia z tych akt notatek¹¹. Należy zwrócić uwagę, że art. 32 ust. 1 projektu umożliwia sporządzanie z akt sprawy tylko odpisów, pomija zaś możliwość sporządzania kopii (por. art. 156 § 1 k.p.k.). Wydaje się, że zróżnicowanie uprawnień oskarżonego i jego obrońcy wynikających w tym zakresie z art. 156 § 1 k.p.k. z uprawnieniami nieletniego i jego obrońcy wynikających z art. 32 ust. 1 projektu nie jest uzasadnione. Można poczynić poboczną uwagę, że całość uregulowań prawno Karnych dotyczących sporządzania odpisów z akt

¹¹ Wyrok ETPC z 24.6.1993 r. w sprawie Schuler-Zgraggen p. Szwajcarii, § 50 i nast.

sprawy wymaga zmian i ich dostosowania do współczesnych warunków technologicznych związanych z cyfryzacją obrotu prawnego.

20. Problemem jest nadal nieprzyznanie przez ustawodawcę pokrzywdzonemu prawa strony (jego interesy może reprezentować jedynie prokurator, jako rzecznik interesu społecznego), co powoduje ograniczenie uprawnień pokrzywdzonego do wnoszenia środków odwoławczych i odbiera postępowaniu walor kontradyktoryjności. Zgodnie z art. 35 ust. 1 projektu stronami są: 1) nieletni; 2) rodzice albo ten z rodziców, pod którego stałą pieczęć nieletni faktycznie pozostaje, albo opiekun nieletniego; 3) prokurator. Dotychczas w orzecznictwie Sądu Najwyższego potwierdzano, że pokrzywdzony nie jest stroną postępowania w sprawach nieletnich¹². Kwestia ta była również przedmiotem rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny, który nie znalazł podstaw do podważenia jej konstytucyjności¹³. Opowiedzieć należy się jednak za, przyznaniem pokrzywdzonemu statusu strony w postępowaniu w sprawach nieletnich (patrz pkt 17 poniżej), albo przynajmniej szerszej niż określona w art. 84 ust. 1 i 2 projektu możliwości wnoszenia środków odwoławczych. Wprawdzie pokrzywdzony nie może mieć co do zasady interesu w tym, jakie środki wychowawcze czy poprawcze sąd rodziny zastosuje wobec nieletniego, ale ma interes jednak w ochronie praw, które zostały zachowaniem nieletniego naruszone. Mowa tu o art. 7 pkt 2 projektu w zw. z art. 10 projektu w zakresie zobowiązania nieletniego do określonego postępowania, a zwłaszcza do naprawienia wyrządzonej szkody w całości albo w części, do zadośćuczynienia za doznaną krzywdę oraz do przeproszenia pokrzywdzonego, a także art. 18 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 projektu w zakresie możliwości zobowiązania rodziców albo opiekuna do naprawienia w całości albo w części szkody wyrządzonej przez nieletniego lub do zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. W tym zakresie pokrzywdzony powinien móc wnieść środek odwoławczy zmierzający do uzyskania jednego z ww. rozstrzygnięć, a takiego uprawnienia nie sposób wywieść ani z art. 84, ani z art. 86 projektu, w którym jest mowa o czynnościach naruszających prawa, nie zaś o orzeczeniach.
21. Jak już wspomniano wyżej, warto zwrócić także uwagę na różnicę pomiędzy art. 7 pkt 8 projektu, a art. 44 § 5 k.k., który stanowi, że przepadku przedmiotów nie orzeka się, jeżeli podlegają one zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu uprawnionemu podmiotowi. W tym zakresie projekt wymaga uzupełnienia, zarówno o odpowiednie regulacje umożliwiające orzeczenie zwrotu przedmiotów niepodlegających przepadkowi pokrzywdzonemu lub innemu uprawnionemu podmiotowi (o czym była już mowa), jak i o regulacje umożliwiające zaskarżenie orzeczenia w tym zakresie przez pokrzywdzonego lub inny uprawniony podmiot.

¹² Por. uchwała składu 7 sędziów SN z 14 lipca 1992 r. w sprawie III CZP 72/92, OSNC P.1992.10.183; postanowienie SN z 24 lipca 1997 r. w sprawie I CKN 479/97, OSNC 1998.1.12.

¹³ Zob. wyrok TK z 29 czerwca 2016 r., SK 24/15, OTK ZU A/2016, poz. 46.

22. Nie ma również podstaw by różnicować pozycję pokrzywdzonego w postępowaniu w sprawach nieletnich oraz postępowaniu karnym, zwłaszcza w jego początkowym stadium. Stąd zasadnym jest postulat przyznania pokrzywdzonemu statusu strony w postępowaniu w sprawach nieletnich, przynajmniej w jego początkowym stadium¹⁴. Nietrudno bowiem sobie wyobrazić sytuację, w której nieletni oraz jego rodzice będą próbowali umniejszyć znaczenie czynu karalnego, na przykład oskarżając pokrzywdzonego o sprowokowanie albo nawet współudział w czynie. W tej sytuacji, nieprzyznanie pokrzywdzonemu statusu strony może pozbawić go odpowiedniej ochrony prawnej¹⁵.
23. Warto w tym miejscu wskazać na badania przeprowadzone przez P. Czarneckiego¹⁶, w których zapytano prawników różnych profesji (sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych – liczba ankietowanych n=397) czy zgadzają się z twierdzeniem, że *„pokrzywdzony powinien uzyskać status strony w sprawach nieletnich”*. Przegląd odpowiedzi wskazuje, że ponad połowa, bowiem 60,98% zapytanych osób, zgadza się z twierdzeniem, że pokrzywdzony powinien w sprawach nieletnich uzyskać status strony, z czego odpowiedzi *„w pełni się zgadzam”* udzieliło 37,28%, natomiast odpowiedzi *„raczej się zgadzam”* - 23,68%. Z kolei 15,87% osób odniosło się sceptycznie do tej propozycji (6,80% ankietowanych *„w ogóle się nie zgodziło”*, natomiast *„raczej się nie zgadzam”* 9,07%). 23,17% ankietowanych udzieliła odpowiedzi *„trudno powiedzieć”*. Analiza tych danych prowadzi do wniosku, że przedstawiciele wszystkich zawodów prawniczych skłaniają się ku przyznaniu pokrzywdzonemu statusu strony w tym postępowaniu. W ocenie P. Czarneckiego¹⁷ *„dotychczasowe uprawnienia są iluzoryczne, nie dotyczą kluczowych kwestii w postępowaniu, a co ważniejsze, ich naruszenie nie skutkuje wadliwością postępowania”*. Autor ten w rozszerzeniu uprawnień pokrzywdzonego nie dostrzega niebezpieczeństwa dla sprawności postępowania w sprawach nieletnich. W ocenie P. Czarneckiego *„to pokrzywdzony może dostarczyć nowych informacji, szczególnie wówczas gdy prokurator jest bierny. Trudno uznać, że udział pokrzywdzonego mógłby utrudnić realizację funkcji wychowawczej kluczowej dla nieletniego”*¹⁸.
24. Pozytywnie należy ocenić wprowadzenie w art. 47 ust. 3 projektu rocznego maksymalnego terminu stosowania środków tymczasowych, związanych z przymusowym umieszczeniem nieletniego w odpowiedniej placówce, o których mowa w art. 44 pkt 4-8 projektu. Jednocześnie jednak art. 47 ust. 4 projektu

¹⁴ Zob. M. Kułacz, *Z problematyki kontradiktoryjności postępowania wyjaśniającego w sprawach nieletnich*. Teza nr 1 Prok. i Pr. 2005/1/115.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ P. Czarnecki, *Status pokrzywdzonego w postępowaniu w sprawach nieletnich*, Przegląd Sądowy 2021, nr 1, s. 67.

¹⁷ Ibidem, s. 67-68.

¹⁸ Ibidem, s. 68.

wprowadza wyjątek od tej zasady, w szczególnie uzasadnionych przypadkach pozwalając sądowi okręgowemu na przedłużanie pobytu na czas oznaczony, każdorazowo nie dłuższy niż trzy miesiące. Powyższa regulacja budzi wątpliwości konstytucyjne w perspektywie art. 41 ust. 1 w związku z art. 2 oraz z art. 45 ust. 1 Konstytucji¹⁹. Przez pozbawienie wolności osobistej należy rozumieć uniemożliwienie jednostce korzystania z jej wolności. Nie można mieć wątpliwości, że zastosowanie środka tymczasowego, o którym mowa w art. 44 pkt 4-8 projektu jest formą pozbawienia wolności. Dokonując oceny tego przepisu trzeba zwrócić jeszcze szczególną uwagę na granice pozbawienia wolności w ramach niewolnościowych środków tymczasowych. Innymi słowy, nietykalność i wolność osobista może być ograniczona przez ustawodawcę, ale nie w sposób zupełnie dowolny. Zasadność podniesienia tego wzorca w tym kontekście popiera R. Koper: „Jeżeli zatem zakładać niekonstytucyjność art. 263 § 7 k.p.k. w tym zakresie, w którym ten przepis nie precyzuje maksymalnej granicy tymczasowego aresztowania, to miarodajnym i bezpośrednim punktem odniesienia staje się właśnie art. 41 ust. 1 Konstytucji i przewidziana w nim gwarancja wolności osobistej jednostki²⁰”. Z kolei z art. 5 ust. 1 lit. a i c oraz art. 5 ust. 3 EKPC²¹ wynika prawo do bycia sądzonym w rozsądnym terminie lub zwolnienia z detencji na czas postępowania. W orzecznictwie ETPC można zauważyć linię orzeczniczą, według której przedłużenie aresztu śledczego następować powinno jedynie w wyjątkowych wypadkach, gdy istnieją konkretne okoliczności, które uniemożliwiły zakończenie postępowania w pierwotnie określonym terminie²². Odwołując się zatem do art. 5 ust. 3 EKPC, należy zauważyć, że w orzecznictwie wypracowano szereg kryteriów pozwalających na ocenę, czy czas stosowania tymczasowego aresztowania jest rozsądny. Są to: stopień skomplikowania sprawy, rzeczywista niezbędność, sposób prowadzenia postępowania przez organy procesowe, sposób zachowania się oskarżonego w toku procesu²³. Nie można pomijać, że projektowany art. 47 ust. 4 dotyczy stosowania pobytu nieletniego w rodzinie zastępczej zawodowej, ośrodku, zakładzie albo schronisku dla nieletnich, o których mowa w art. 44 pkt 4-8 projektu, a co za tym idzie powinien cechować się wyższymi

¹⁹ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 czerwca 2008 r., sygn. akt SK 17/07, dotyczący art. art. 263 § 3 k.p.k.

²⁰ R. Koper, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 listopada 2012 r., sygn. akt SK 3/12*, Przegląd Sejmowy 2014, nr 1, s. 154.

²¹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

²² P. Hofmański, *Komentarz do art. 5*, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz, t. I*, Warszawa 2010, Nb. 51-52.

²³ Wyroki ETPC: z 4 maja 2006 r. w sprawie Celejewski p. Polsce, nr 17584/04; z 11 października 2005 r., w sprawie Bagiński p. Polsce, nr 37444/97; z 4 października 2005 r., w sprawie Krawczak p. Polsce, nr 17732/03; z 4 października 2005 r., w sprawie Kankowski p. Polsce, nr 10268/03; por. też P. Hofmański, *Komentarz do art. 5*, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz, t. I*, Warszawa 2010, Nb. 130.

gwarancjami procesowymi niż przepisy dotyczące dorosłych. Dowolne przedłużanie środka tymczasowego bez określenia górnej granicy lub wskazania szczegółowych przesłanek orzekania o jego przedłużeniu może stanowić naruszenie art. 41 ust. 1 Konstytucji rekonstruowanego w kontekście art. 5 ust. 1 lit. c, art. 5 ust. 3 i art. 6 ust. 1 EKPC. Za wskazane należy zatem uznać wprowadzenie bezwzględnej maksymalnej granicy czasowej stosowania takich środków, lub chociażby konkretnych przesłanek, na których opierać miałby się sąd okręgowy każdorazowo.

Warto w tym miejscu odwołać się do uwag i rekomendacji Komitetu Praw Dziecka ONZ, który rozpatrując sprawozdanie Polski z realizacji postanowień Konwencji o prawach dziecka, wyraził zaniepokojenie faktem, że *„duża liczba dzieci wciąż jest przetrzymywana w aresztach dla nieletnich (ośrodkach dla przestępców młodocianych) przed i w trakcie postępowania sądowego przez zbyt długi czas, który średnio trwa ponad trzy miesiące”*²⁴. Komitet wezwał Polskę do egzekwowania przepisów prawa dopuszczających maksimum 3 miesiące pobytu w areszcie dla nieletnich oraz zapewnienie prawnych zabezpieczeń w wyjątkowych przypadkach przedłużenia tego czasu, z wyraźnym ograniczeniem czasowym takiego przedłużenia oraz promowania środków alternatywnych (takich jak probacja, mediacja, doradztwo, lub prace społeczne), tam gdzie to możliwe, oraz zagwarantowania, że areszt będzie stosowany tylko w ostateczności i przez najkrótszy okres czasu, a także że sytuacja aresztowanego będzie regularnie monitorowana w celu ewentualnego zwolnienia²⁵.

25. Projekt przewiduje, że nieletniemu przysługuje prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy od chwili podjęcia pierwszej czynności z jego udziałem oraz prawo złożenia wniosku o wyznaczenie obrońcy z urzędu (art. 36 ust. 1 pkt. 1). Nieletniego po zatrzymaniu należy niezwłocznie przesłuchać (art. 48 ust. 8). Nieletni ma prawo do kontaktu z obrońcą po zatrzymaniu bez udziału osób trzecich (art. 48 ust. 7). Projektodawca w art. 37 ust. 5 projektu przewidział przyznanie pomocy prawnej nieletniemu w przypadku konieczności natychmiastowego podjęcia czynności obrończych, np. w przypadku zatrzymania, przesłuchiwania przez Policję, zastosowania wobec zatrzymanego nieletniego środka tymczasowego. Projekt zakłada wówczas odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego odnoszących się do dyżurów adwokatów i radców prawnych, mające zastosowanie w postępowaniu przyspieszonym.

26. Pozytywnie należy ocenić proponowany art. 48 ust. 6 i 7 projektu, który nawiązuje brzmieniem do art. 245 § 1 zd. pierwsze k.p.k., zgodnie z którym zatrzymanemu na jego żądanie należy niezwłocznie umożliwić nawiązanie w dostępnej formie kontaktu z adwokatem lub radcą prawnym, a także bezpośrednio z nimi rozmowę.

²⁴ Zob. Uwagi końcowe do połączonych trzeciego i czwartego sprawozdania okresowego Polski z realizacji Konwencji o prawach dziecka [CRC/C/POL/CO/3-4, § 53].

²⁵ Tamże, § 53.

Takie uregulowanie przepisu art. 48 ust. 6-7 odzwierciedla niektóre wymogi dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/800 z dnia 11 maja 2016 r. w sprawie gwarancji procesowych dla dzieci będących podejrzanymi lub oskarżonymi w postępowaniu karnym. Zaznaczyć jednak należy, że przepisy te powinny także wprost wskazywać, że do czasu zasięgnięcia porady prawnej przez nieletniego niedopuszczalne jest jego przesłuchanie lub prowadzenie innych czynności dowodowych, co wynika wprost z art. 6 ust. 3 dyrektywy 2016/800).

27. Projekt nie przewiduje jednak pomocy prawnej z urzędu w trakcie całego postępowania sądowego, np. już po umieszczeniu nieletniego w placówce detencyjnej w trybie tymczasowym. Wyznaczenie obrońcy w trybie art. 37 ust. 5 projektu ma zastosowanie tylko, *gdy zachodzi konieczność „natychmiastowego podjęcia obrony”*, zaś sam tekst ustawy wymienia przykładowo trzy sytuacje uzasadniające pomoc prawną – zatrzymanie nieletniego, przesłuchanie przez Policję, zastosowanie środka tymczasowego. W innych sytuacjach zastosowanie mają dalsze przepisy ustawy. W uzasadnieniu do opiniowanego projektu podkreślono, że: *„Celem zagwarantowania nieletniemu możliwości skorzystania z pomocy obrońcy od chwili podjęcia pierwszej czynności z jego udziałem w przypadku, gdy zachodzi konieczność natychmiastowego podjęcia obrony (np. doszło do zatrzymania nieletniego i Policja oraz sąd rodzinny są związani terminami określonymi w art. 48 ust. 9 projektu), wzorując się na rozwiązanych przyjętych w art. 245 § 2 k.p.k., wprowadza się odpowiednie stosowanie przepisów o dyżurach adwokatów i radców prawnych w postępowaniu przyspieszonym.*

Projekt wprost wskazuje przypadki, gdy nieletni musi mieć obrońcę (art. 38 ust. 1 i 2). Z kolei w art. 38 ust. 3 projektu wskazano, że nieletni, jego rodzice lub opiekun mogą złożyć wniosek o wyznaczenie obrońcy z urzędu. Jednak sąd rodzinny uwzględnia wniosek, tylko wówczas, gdy udział obrońcy w sprawie uzna za potrzebny. Ponadto sąd rodzinny może cofnąć wyznaczenie obrońcy z urzędu, jeżeli okaże się, że nie istnieją okoliczności, na podstawie których go wyznaczono (art. 37 ust. 7 i 8). Tak skonstruowane przepisy pozbawiają osoby mniej zamożne faktycznego dostępu do fachowej pomocy prawnej do momentu wyznaczenia przez sąd obrońcy z urzędu. W mojej opinii każdy nieletni powinien mieć zapewniony kontakt z obrońcą od momentu zatrzymania i przez cały okres postępowania sądowego. W sytuacji, gdy nie ma obrońcy z wyboru, powinien otrzymać obrońcę z urzędu i mieć możliwość poufnemu z nim kontaktu zaraz po zatrzymaniu, jeszcze przed pierwszym przesłuchaniem. Dostęp nieletniego do obrońcy jest bowiem pojęciem szerszym niż udzielanie pomocy prawnej, wyłącznie do celów obrony w postępowaniu sądowym. Taki kontakt stanowi podstawową gwarancję prewencji tortur i to zarówno

w odniesieniu do zachowania funkcjonariuszy dokonujących zatrzymania, konwoju nieletniego, jak i personelu miejsca detencji (np. funkcjonariuszy pełniących służbę w policyjnej izbie dziecka, czy pracowników ośrodka wychowawczego). Zgodnie ze standardami ONZ dotyczącymi ochrony nieletnich pozbawionych wolności *„Nieletni powinni mieć prawo do radcy prawnego i mieć możliwość ubiegania się o bezpłatną pomoc prawną, o ile taka pomoc jest dostępna, oraz regularnego komunikowania się ze swoimi doradcami prawnymi. W przypadku takiej komunikacji należy zapewnić prywatność i poufność²⁶”*.

Warto w tym miejscu odwołać się również do zaleceń Podkomitetu ds. Prewencji Tortur ONZ (SPT), który rekomenduje, by dzieci i młodzież otrzymały od państwa odpowiednią ochronę prawną zarówno podczas przesłuchań, jak i na wszystkich etapach postępowania sądowego²⁷.

28. Art. 59 ust. 3 projektu wskazuje krąg osób, których obecność jest wymagana w czasie przesłuchania nieletniego przez Policję. Projekt nie wskazuje jednak, że przesłuchanie nieletniego pod nieobecność tych osób jest niedopuszczalne. Nie przewiduje również, że oświadczenia i zeznania złożone przez nieletniego w czasie przesłuchania, pod nieobecność wskazanych w przepisie osób, nie mogą stanowić dowodu. Uważam, że takie przepisy są konieczne dla zapewnienia właściwej praktyki, zabezpieczenia praw nieletnich i ich ochrony przed przemocą ze strony funkcjonariuszy.
29. Projekt przyznaje pracownikom okręgowego ośrodka wychowawczego, zakładu poprawczego i schroniska dla nieletnich możliwość prewencyjnego użycia kajdanek zakładanych na ręce, podczas konwojowania poza teren placówki, m.in. w celu udzielenia świadczenia zdrowotnego, odwiedzenia poważnie chorego członka rodziny, uczestnictwa w pogrzebie członka rodziny oraz realizowania spraw urzędowych. Przesłanką prewencyjnego użycia kajdanek jest istnienie uzasadnionego prawdopodobieństwa podjęcia próby ucieczki lub wystąpienia objawów agresji lub autoagresji (art. 122 ust. 4)²⁸. W mojej ocenie personel placówek dla nieletnich nie powinien mieć przyznanej możliwości stosowania kajdanek. Uprawnienie takie powinno być zastrzeżone wyłącznie dla funkcjonariuszy służb mundurowych realizujących konwoje i doprowadzenia, zaś ich stosowanie powinno mieć miejsce wyłącznie, gdy uzasadnia to ocena ryzyka w indywidualnym przypadku. W przypadku nieletnich pozostających pod opieką personelu placówek dla nieletnich, stosowanie kajdanek nie jest wskazane z uwagi na ich stygmatyzujący charakter (np. w czasie

²⁶ Zob. Zasady Narodów Zjednoczonych dotyczące ochrony osób nieletnich pozbawionych wolności (Zasady z Hawany). Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 45/113 z 14 grudnia 1990 r., Reguła 18, pkt a).

²⁷ Zob. Raport SPT z wizyty w Polsce [CAT/OP/POL/ROSP/1, § 52] i na Ukrainie [CAT/OP/UKR/1, § 66] Zob. również komentarz ogólny nr 10 (2007) Komitetu Praw Dziecka (ONZ) pt. Children's rights in juvenile justice, 25 kwiecień 2007 r., CRC/C/GC/10, § 27, 48, 49-50, 92.

²⁸ Zob. Ustawa o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, art. 12 ust. 1 pkt 2 lit. a).

pogrzebu, odwiedzania chorego członka rodziny), odmienne cele placówek dla nieletnich, w odniesieniu do zakładów karnych i aresztów śledczych²⁹, ryzyko urazów w przypadku ciasnego zapięcia i stosowania podczas transportu (np. w czasie wypadku lub gwałtownego hamowania pojazdu). Doświadczenia organów monitorujących, pokazują także, że kajdanki bywają również stosowane w czasie badań medycznych, co należy uznać za poniżające traktowanie. Taka praktyka narusza godność człowieka, utrudnia właściwe leczenie, hamuje rozwój właściwej relacji na linii lekarz – pacjent i może być szkodliwa dla obiektywności ustaleń medycznych³⁰. Należy zauważyć, że dotychczasowa praktyka nadużywania przypadków stosowania kajdanek przewencyjnie przez Policję, Służbę Więzienną, jak również pracowników ochrony Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym, skłania mnie do dużej ostrożności w stanowieniu przepisów, które pozwalają na stosowanie kajdanek wobec nieletnich. Rodzi się obawa, że każde opuszczenie placówki będzie się wiązało z ich stosowaniem.

Zgodnie z Zasadami ONZ dotyczącymi ochrony nieletnich pozbawionych wolności, przyjętych w Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego Nr 45/113 z 14 grudnia 1990 r. środki przymusu mogą być stosowane wobec nieletnich tylko wyjątkowo, kiedy wszystkie inne sposoby opanowania sytuacji zostały wyczerpane i okazały się bezskuteczne; środki te nie powinny powodować poniżenia lub upokorzenia nieletniego, a ich stosowanie ma trwać możliwie jak najkrócej (reguła 64). Ponadto, zgodnie ze standardami Europejskiego Komitetu do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (CPT) wobec osób konwojowanych nie należy stosować kajdanek z uwagi na ryzyko uszczerbku zdrowotnego, np. w momencie wypadku lub gwałtownego hamowania pojazdu. Kajdanki ograniczają bowiem zdolność do ochrony przed upadkiem. CPT rekomenduje by zamiast kajdanek, konwojowani przewożeni byli w bezpiecznych furgonetkach, eliminując w ten sposób konieczność zakładania kajdanek podczas podróży³¹.

30. Zgodnie z projektowanym art. 122 ust. 4 ustawy, w przypadku konwojowania nieletniego, można będzie przewencyjnie zastosować środek przymusu bezpośredniego w postaci założenia kajdanek na ręce, jeśli „*istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo podjęcia próby ucieczki lub wystąpienia objawów agresji lub autoagresji*”.

²⁹ Zob. Art. 3 ust. 1 i 2, art. 7 pkt. 11, art. 9, art. 44 pkt. 6 i 8 projektu ustawy.

³⁰ Zob. Raport CPT z wizyty w Hiszpanii [CPT/Inf (96) 9 [Part 1], § 150], Essex paper 3 Initial guidance on the interpretation and implementation of the UN Nelson Mandela Rules, Penal Reform International Head Office i Human Rights Centre University of Essex, February 2017, s. 57 i 163.

³¹ Zob. Transport of detainee, Factsheet, June 2018 [CPT/Inf (2018) 24, pkt. 3. Security measures], Raporty CPT z wizyt w: Irlandii [CPT/Inf (2007) 40, § 101], Wielkiej Brytanii [CPT/Inf (2006) 28, § 23], na Węgrzech [CPT/Inf (2006) 20, § 126], w Serbii [CPT/Inf (2016) 21, § 53]. Zob. także Essex paper 3 Initial guidance on the interpretation and implementation of the UN Nelson Mandela Rules, Penal Reform International Head Office i Human Rights Centre University of Essex, February 2017, Use of restraints, s. 57

Jednocześnie projekt w swoim art. 385 przewiduje szereg zmian w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej³². Art. 40 tej ustawy obecnie wymaga, aby o każdym przypadku zastosowania środka przymusu bezpośredniego wobec nieletniego powiadomiony został odpowiedni sędzia rodzinny sprawujący nadzór nad placówką, sąd rodzinny wykonujący środek wychowawczy albo środek poprawczy lub organ, do którego dyspozycji pozostaje nieletni umieszczony w schronisku dla nieletnich. Poza dostosowaniem tego przepisu do nowej terminologii, projekt zakłada modyfikację art. 40 poprzez dodanie doń zdania drugiego o treści *„Przepisu nie stosuje się do prewencyjnego użycia wobec nieletniego środków przymusu bezpośredniego”*. Obowiązek powiadomienia sądu lub sędziego nie będzie zatem dotyczył prewencyjnego zastosowania środków przymusu bezpośredniego, o którym mowa w projektowanym art. 122 ust. 4 ustawy. Wprowadzenie takiego rozróżnienia jawi się jako nieuzasadnione, zważywszy w szczególności, że działania podjęte względem nieletniego w obu tych przypadkach mogą być analogiczne.

31. Podobnie, projektuje się dodanie do ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej nowego art. 52 ust. 1a, który ograniczać będzie obowiązek udokumentowania faktu prewencyjnego zastosowania środka przymusu bezpośredniego w formie notatki do przypadków, w których zastopowanie tego środka miało skutek w postaci zranienia nieletniego lub wystąpienia innych widocznych objawów zagrożenia życia lub zdrowia tego nieletniego albo jego śmierci, albo zniszczenie mienia. Prewencyjne zastosowanie środków przymusu bezpośredniego, które nie miało takiego skutku, dokumentowane ma być jedynie w księdze ewidencji. Uzasadnienie projektu wspomina jedynie lakonicznie, że *„nie istnieje konieczność każdorazowego informowania sędziego rodzinnego sprawującego nadzór nad placówką, sądu rodzinnego wykonującego środek wychowawczy albo środek poprawczy lub organu, do którego dyspozycji pozostaje nieletni umieszczony w schronisku dla nieletnich oraz dokumentowania użycia tego środka przymusu bezpośredniego w notatce przekazywanej przełożonemu”*. Projektodawca stoi na stanowisku, że wystarczające jest umożliwienie nieletniemu wniesienia zażalenia na fakt zastosowania środka przymusu bezpośredniego i pouczenie o tym nieletniego (projektowany art. 122 ust. 6 ustawy). Podane uzasadnienie nie wydaje się być wystarczające. Już na wstępie stwierdzić należy, że oczekiwanie od nieletniego posiadania odpowiedniego rozeznania i zaradności życiowej do złożenia skutecznego zażalenia wydaje się być zbyt daleko idące, niezależnie od treści ewentualnego pouczenia. Już chociażby z tego powodu sama możliwość wniesienia zażalenia nie wydaje się być wystarczającym środkiem zabezpieczenia interesów nieletniego. Ponadto wskazać warto, że w przypadku

³² Dz. U. z 2019 r. poz. 2418.

prewencyjnego stosowania środków przymusu bezpośredniego powiadomienie odpowiedniego sędziego lub sądu nabiera szczególnego znaczenia, bowiem pozwala sprawować nadzór nad częstotliwością i zasadnością jego stosowania oraz podjąć interwencję w przypadku ewentualnego jego nadużywania. Podkreślić należy, że przecież środek prewencyjny nie jest stosowany w reakcji na konkretne zachowanie nieletniego, czy też w celu odwrócenia bezpośredniego zagrożenia dla osób lub mienia, lecz apriorycznie, „na wszelki wypadek”. Jest niezmiernie istotne zapewnienie, aby prewencyjne stosowanie środka przymusu bezpośredniego nie stało się regułą, lecz za każdym razem faktycznie wynikało z realnego i dającego się obiektywnie wykazać zagrożenia. Sprawowanie bieżącego nadzoru przez sąd lub sędziego nad jego stosowaniem jest w tym celu niezbędne – aby było możliwe konieczne jest zaś informowanie tegoż sądu lub sędziego o każdym przypadku jego użycia. Podobnie sporządzenie każdorazowej notatki z zastosowania środka przymusu pozwoli przełożonemu na późniejszą ocenę zasadności i prawidłowości jego zastosowania oraz na podjęcie ewentualnych działań zmierzających do zmiany niewłaściwej praktyki w tym zakresie. Zmiany zmierzające do wyłączenia obowiązku informowania sądu lub sędziego oraz obowiązku każdorazowego sporządzenia notatki w przypadku użycia środka przymusu bezpośredniego są zatem niezasadne i powinny zostać usunięte z projektu.

32. W art. 48 ust. 3 projektu wskazano, że zatrzymanego nieletniego poucza się o prawie dostępu do niezbędnej pomocy medycznej. Uprawnienie do zatrzymania nieletniego przysługują Policji i Straży Granicznej, w zakresie jej właściwości (art. 48 ust. 1 i 2). W mojej ocenie każdy zatrzymany nieletni powinien zostać poddany obowiązkowemu badaniu lekarskiemu i standard ten powinien zostać wpisany w ustawę. Obecnie kwestie badań lekarskich nieletnich zatrzymanych przez Policję i Straż Graniczną regulują przepisy rozporządzeń Ministra Spraw Wewnętrznych, zgodnie z którymi nie każdy nieletni musi zostać poddany badaniu lekarskiemu³³. Niezależne badanie lekarskie i właściwe dokumentowanie urazów stwierdzonych podczas badania uważane jest przez oraz Podkomitet ds. Zapobiegania Torturom (SPT) i Europejski Komitet do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (CPT) za podstawową gwarancję prewencji tortur³⁴. Takie badanie chroni też samych funkcjonariuszy przed zarzutami, że obrażenia powstały podczas pobytu nieletnich pod ich nadzorem. Z kolei

³³ Zob. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 13 września 2012 r. w sprawie badań lekarskich osób zatrzymanych przez Policję (Dz. U. z 2012 r., poz. 1102), Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 czerwca 2002 r. w sprawie trybu przeprowadzenia badań lekarskich osób zatrzymanych przez funkcjonariuszy Straży Granicznej (Dz. U. z 2002 r. Nr 98, poz. 893).

³⁴ Zob. Raporty SPT z wizyt: na Ukrainie (CAT/OP/UKR/1, § 45-48) i (CAT/OP/UKR/3, § 57-61); Peru (CAT/OP/PER/1, § 20); Szwecji (CAT/OP/SWE/1, § 62-64); Drugie Sprawozdanie Ogólne CPT [CPT/Inf (92) 3, § 36-38]; Raport CPT z wizyty w Polsce [CPT/Inf (2014) 21, § 26, 30].

świadomość ujawnienia ewentualnych śladów przemocy i ich udokumentowania przez niezależny personel medyczny, może zadziałać odstrasżająco na osoby rozważające możliwość użycia przemocy. Warto w tym miejscu dodać, że zgodnie z zaleceniami Komitetu Przeciwko Torturom (CAT) oraz Podkomitetu ds. Zapobiegania Torturom (SPT) każda osoba zatrzymana przez Policję powinna zostać niezwłocznie (najpóźniej w ciągu 24 godzin) i bezpłatnie zbadana przez specjalistę w dziedzinie medycyny. Badanie powinno mieć charakter poufny i być przeprowadzane bez obecności funkcjonariuszy Policji³⁵.

33. Projekt przewiduje, że nieletni zostanie poddany wstępnym badaniom lekarskim po przyjęciu do okręgowego ośrodka wychowawczego (art. 190 ust. 1, pkt. 5), zakładu leczniczego (art. 224 ust. 1 pkt. 1), zakładu poprawczego i schroniska dla nieletnich (art. 125 ust. 1 pkt. 1) lit. b). Projektowana ustawa pomija wstępne badanie lekarskie osób przyjmowanych do młodzieżowych ośrodków wychowawczych (art. 180), mimo iż pobyt w takim miejscu stanowi formę pozbawienia wolności, za którą władze ponoszą odpowiedzialność w myśl konwencji międzynarodowych (art. 180). Zgodnie z art. 2 ust. 1 Konwencji ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur³⁶ Polska powinna podjąć skuteczne środki ustawodawcze w celu zapobieżenia stosowaniu tortur na całym terytorium znajdującym się pod jego jurysdykcją. A wstępne badanie lekarskie osób przyjmowanych do miejsca detencji uważane jest za podstawową gwarancję prewencji tortur i innych form okrutnego traktowania³⁷. Projekt ustawy nie zawiera też żadnego terminu (nawet instrukcyjnego) na wykonanie wstępnego badania medycznego. A zgodnie z zaleceniami Komitetu Przeciwko Torturom ONZ (CAT) i Europejskiego Komitetu do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (CPT) poufne badanie medyczne, przeprowadzone przez niezależnego lekarza powinno mieć miejsce w ciągu 24 godzin od przybycia do miejsca pozbawienia wolności³⁸. Z tego też względu rekomenduję, wpisanie w ustawę obowiązku poddania nieletniego wstępnym badaniom lekarskim po przyjęciu do młodzieżowego ośrodka wychowawczego. Proponuję też wpisanie instrukcyjnego 24 godzinnego terminu na wykonanie badania po przyjęciu do placówek dla nieletnich. Pozwoli to na uniknięcie opieszałości w tym zakresie, a będzie mieć duże znaczenie prewencyjne. Proponuję również

³⁵ Zob. Raport SPT z wizyty w Polsce, CAT/OP/POL/ROSP/1, par. 53 i 55, 105-106,

³⁶ Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 10 grudnia 1984 r. (Dz. U. z 1989 Nr 63, poz. 378).

³⁷ Zob. Raport SPT z wizyty w Polsce, CAT/OP/POL/ROSP/1, § 53 i 55, 105-106; Wnioski CAT dotyczące siódmego raportu okresowego Polski z realizacji Konwencji ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur, 29 sierpnia 2019 r., CAT/C/POL/CO/7, § 16, pkt. e).

³⁸ Zob. Wnioski CAT dotyczące siódmego raportu okresowego Polski z realizacji Konwencji ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur, 29 sierpnia 2019 r., CAT/C/POL/CO/7, § 16, pkt. e); Raport CPT z wizyty w Polsce, CPT/Inf (2018)39, § 101.

doprecyzowanie przepisów w kontekście badania medycznego po przyjęciu do zakładu poprawczego lub schroniska dla nieletnich. Odpowiednie przepisy mówiące o czynnościach realizowanych po przyjęciu do tych dwóch typów placówek (art. 252 ust. 1 i art. 299 ust. 1 projektu) nie wskazują bowiem wprost na konieczność badania medycznego po przyjęciu. Taki zapis pojawia się dopiero w przepisach dotyczących umieszczenia w izbie adaptacyjnej. Projekt wskazuje wówczas, że w izbie adaptacyjnej umieszcza się nieletniego, po przyjęciu do zakładu poprawczego lub schroniska dla nieletnich w celu m.in. poddania go wstępnym badaniom lekarskim i zabiegom higieniczno-sanitarnym. Rekomenduję zatem, by stosowany obowiązek poddania nieletniego badaniom lekarskim został wpisany także do art. 252 ust. 1 i art. 299 ust. 1. Badanie powinno być wykonane możliwe jak najszybciej, nie później niż w ciągu 24 godzin od przyjęcia. Doprecyzowanie tych przepisów pozwoli na uniknięcie wątpliwości interpretacyjnych w zakresie obowiązków personelu.

34. W art. 48 ust. 5 pkt. 2) projektu wskazano, że o fakcie i przyczynie zatrzymania nieletniego, a także o umieszczeniu w policyjnej izbie dziecka, Policja zawiadamia niezwłocznie rodziców nieletniego albo tego z rodziców, pod którego stałą pieczęcią nieletni faktycznie pozostaje, albo opiekuna nieletniego. W mojej ocenie w ustawie powinien znaleźć się zapis nakładający na funkcjonariusza obowiązek udokumentowania na piśmie realizację tej czynności (z oznaczeniem dokładnego czasu zawiadomienia oraz danych osoby zawiadomionej). Ponadto, nieletni powinien otrzymać informacje o tym, czy wiadomość o jego zatrzymaniu udało się przekazać rodzicom lub innym osobom. Powyższa praktyka byłaby zgodna ze standardami CPT³⁹ i SPT⁴⁰. Prawo osób pozbawionych wolności do informowania wybranej przez siebie osoby o zatrzymaniu stanowi bowiem podstawowe zabezpieczenie przed torturami. Warto też, by ustawodawca wziął pod uwagę standardy ONZ i rozważył możliwość przyznania nieletniemu prawa do osobistego powiadomienia rodzica lub opiekuna, o fakcie zatrzymania i umieszczenia w policyjnej izbie dziecka. Tylko w sytuacjach szczególnych, uzasadnionych specyfiką danej sytuacji, obowiązek informacyjny byłby realizowany przez funkcjonariusza Policji. Funkcjonariusz musiałby jednak dokonać uzasadnienia takiej praktyki na piśmie, co umożliwiłoby kontrolę nad ograniczaniem tego prawa. Zgodnie bowiem z Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 43/173 z dnia 9 grudnia 1988 r. - Zbiór zasad mających na celu ochronę wszystkich osób poddanych jakiegokolwiek formie zatrzymania lub uwięzienia – *„niezwłocznie po zatrzymaniu oraz po każdym przeniesieniu z jednego miejsca aresztowania lub uwięzienia do innego, osoba aresztowana lub uwięziona będzie uprawniona powiadomić, bądź też domagać się od właściwego organu powiadomienia członków jej rodziny lub innych właściwych*

³⁹ Zob. Raport CPT z wizyty w Polsce [CPT/Inf (2018) 39, § 24].

⁴⁰ Zob. Raporty SPT z wizyt: na Ukrainie (CAT/OP/UKR/1, § 37-38) i Brazylii (CAT/OP/BRA/1, § 66).

osób według swojego wyboru, o jej zatrzymaniu, aresztowaniu lub uwięzieniu, bądź o przeniesieniu i o miejscu, w którym jest przetrzymywana” (Zasada 16.1). SPT podkreśla, że wszystkie osoby pozbawione wolności muszą być w stanie natychmiast poinformować członka rodziny lub najbliższego krewnego o zatrzymaniu. Korzystanie z tego prawa nie może zależeć od dobrej woli lub podejmowania decyzji przez władze zatrzymujące, prokuratora lub śledczego, ani administrację zakładu detencyjnego⁴¹.

35. Projekt nie zakłada, że dowody i oświadczenia nieletnich uzyskane w wyniku tortur i innego złego traktowania nie mogą stanowić dowodu. Stanowi to naruszenie zasady wyłączenia dowodów, określonej w art. 15 Konwencji ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, która wskazuje, że *„każde Państwo Strona zapewni, aby jakiegokolwiek oświadczenie, które, jak ustalono, zostało złożone w wyniku zastosowania tortur, nie zostało wykorzystane w charakterze dowodu w postępowaniu, z wyjątkiem wypadku, gdy jest ono wykorzystywane przeciwko osobie oskarżonej o stosowanie tortur, jako dowód na to, że oświadczenie zostało złożone”*. Na brak w polskim ustawodawstwie tej zasady zwróciło uwagę Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE (ODIHR) w przygotowanej na wniosek Zastępczyni Rzecznika Praw Obywatelskich opinii dotyczącej definicji tortur i bezwzględnej zakazu ich stosowania w polskim ustawodawstwie⁴². ODHHR zalecił, by w odpowiednim ustawodawstwie zawrzeć przepisy wyraźnie zabraniające wykorzystywania dowodów uzyskanych w wyniku tortur oraz, zgodnie z zasadą wyłączenia dowodów, określające jako niedopuszczalne dowody lub pozasądowe oświadczenia uzyskane w wyniku tortur lub innego złego traktowania. Specjalny sprawozdawca ONZ ds. tortur wskazuje, że zasada wyłączenia dowodów ma fundamentalne znaczenie praktyczne dla przeciwdziałania stosowaniu tortur, zniechęcając do popełniania takich czynów. Stanowi też część ogólnego i bezwzględnej zakazu tortur oraz innego złego traktowania⁴³. O zasadzie wyłączenia dowodów uzyskanych w wyniku złego traktowania jako kluczowym, legislacyjnym instrumencie zapobiegawczym mówią również opublikowane 17 maja 2021 r. międzynarodowe wytyczne dotyczące przesłuchań i gromadzenia informacji przez organy śledcze, wywiadowcze i sądowe,

⁴¹ Zob. Raport SPT z wizyty w Mongolii [CAT/OP/MNG/1, § 46, pkt. d].

⁴² Zob. Opinia dotycząca definicji tortur i bezwzględnej zakazu ich stosowania w polskim ustawodawstwie z dnia 22 maja 2018 r., Opinia nr: CRIM-POL/325/2018 [TO], Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE, s. 14-15.

⁴³ Tamże, s. 15.

pt. *Principles on Effective Interviewing for Investigations and Information Gathering*, zwane Zasadami Mendeza⁴⁴.

36. Projekt nie przewiduje obligatoryjnego rejestrowania obrazu i dźwięku podczas przesłuchań nieletnich. Rejestracja dźwięku i obrazu jest wymagana jedynie w przypadku pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, tylko w przypadku określonej kategorii spraw (art. 28 ust. 3 projektu). Sąd ma też możliwość przesłuchać w tym trybie inną osobę w charakterze świadka, w tym pokrzywdzonego (art. 28 ust. 4). Zapis obrazu i dźwięku z przesłuchania załącza się do protokołu i odczytuje na rozprawie (art. 28 ust. 3 i art. 71 ust. 4). Także Kodeks postępowania karnego dopuszcza jedynie taką możliwość, aczkolwiek przewiduje sytuacje, gdzie rejestracja obrazu i dźwięku jest obowiązkowa (art. 147 k.p.k.). W mojej ocenie rejestracji dźwięku i obrazu powinny podlegać wszystkie przesłuchania nieletnich, zarówno te prowadzone przez sąd, jak i inne organy (Policję, Prokuraturę). Europejski Komitet do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (CPT) podkreśla, że rejestracja przesłuchań w formie elektronicznej (audio-wideo) stanowi ważną dodatkową ochronę przed złym traktowaniem osób zatrzymanych. Taka rejestracja może zapewnić kompletny zapis przebiegu rozmowy z zatrzymanym, znacznie ułatwiając w ten sposób zbadanie wszelkich zarzutów złego traktowania⁴⁵. Taki instrument służy też ochronie samych funkcjonariuszy przed bezpodstawnymi zarzutami fizycznego znęcania się lub nacisku psychologicznego. Rejestracja przesłuchań nieletnich zmniejsza też ryzyko osłabienia dowodów z uwagi na wątpliwości, czy zeznanie lub wyjaśnienie zostało złożone dobrowolnie. Wyłączenie takich dowodów stwarza ogromne koszty dla wymiaru sprawiedliwości⁴⁶. Zasady Mendeza wykazują z kolei, że rejestracja audio-wizualna przesłuchań pozwala przesłuchującemu lepiej skoncentrować się na przesłuchaniu i oszczędza czas, jeśli dojdzie do procesu sądowego. Ponadto, zapewnia kompletny i autentyczny zapis przesłuchania, w przypadku pojawia się zarzutów niewłaściwego postępowania⁴⁷.
37. Art. 69 ust. 3 projektu przewiduje udział nieletniego przebywającego w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, okręgowym ośrodku wychowawczym, zakładzie leczniczym, zakładzie poprawczym albo schronisku dla nieletnich, w rozprawie, w przypadku złożenia wniosku. Zgodnie z zaproponowanym przepisem

⁴⁴ Zob. *Principles on Effective Interviewing for Investigations and Information Gathering*, § 39 i 186. Zasady dostępne pod adresem: <https://www.apr.ch/en/resources/publications/new-principles-effective-interviewing-investigations-and-information> (dostęp: 18.08.2021 r.)

⁴⁵ Zob. Raporty CPT z wizyt: na Litwie [CPT/Inf (2018) 2, § 24]; w Azerbejdżanie [CPT/Inf (2018) 37, § 42]; Serbii [CPT/Inf (2018) 21, § 16 oraz CPT/Inf (2016) 21, § 30] i Rosji [CPT/Inf (2013) 41, § 28, pkt. 3].

⁴⁶ Zob. Seminar Report Seminar on combatting torture during police custody and pre-trial detention 22-23 March 2018 in Copenhagen, Denmark. Dostępny na stronie: <https://rm.coe.int/1680797130>.

⁴⁷ Zob. *Principles on Effective Interviewing for Investigations and Information Gathering*, § 99.

prawo to może być jednak przez sąd ograniczone, jeżeli uzna on obecność obrońcy za wystarczającą. Analogiczny sposób procedowania sądu przewidziano w postępowaniu odwoławczym (art. 82 ust. 1) oraz w przypadku posiedzenia sądu w przedmiocie rozpoznania zażalenia na zatrzymanie (art. 85 ust. 2). Z kolei w przypadku posiedzenia sądu w przedmiocie dalszego pobytu w zakładzie leczniczym sąd rodzinny na wniosek nieletniego zarządza jego doprowadzenie na posiedzenie, chyba że m.in. sąd uzna za wystarczającą obecność obrońcy i złożenie przez nieletniego oświadczenia na piśmie. Takie ograniczenie możliwości udziału w posiedzeniu sądu stanowiłoby ograniczenie prawa nieletniego do sądu. Zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji *każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd*. Prawo nieletniego do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy przez sąd obejmuje nie tylko samo procedowanie sądu, ale również możliwość wzięcia udziału w posiedzeniu, możliwość swobodnej wypowiedzi (prawo do wysłuchania), formułowania wniosków i zarzutów, a także prawo do korzystania z pomocy profesjonalnego pełnomocnika procesowego. Warto w tym miejscu mieć na względzie również postanowienia Konwencji ONZ o Prawach Dziecka z 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526)⁴⁸, Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dzieci z 25 stycznia 1996 r. (Dz. U. z 2000 r. Nr 107, poz. 1128)⁴⁹ oraz Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r.⁵⁰ Możliwość stawienia się przed sądem jest też mechanizmem przeciwdziałania torturom. Na rozprawie nieletni może bowiem opowiedzieć o sposobie, w jaki był traktowany, co ma duże znaczenie w kontekście eliminacji tortur. Jak bowiem podkreśla CPT, *kiedy osoba aresztowana przez podmiot egzekwujący prawo zostaje postawiona przed organami prokuratorskimi i sądowymi, daje to takiej osobie cenną możliwość do wskazania, czy była ona źle traktowana. Ponadto, nawet w przypadku braku wyraźnej skargi, władze te będą mogły podjąć działanie w odpowiednim czasie, jeśli inne czynniki (np. widoczne zranienia, ogólny wygląd, bądź zachowanie danej osoby) wskazują, że mogło dojść do złego traktowania*⁵¹. Ustawa powinna więc obligatoryjnie przewidywać obecność nieletniego, tak aby mógł on zostać wysłuchany, a sąd mógł ocenić jego całościową postawę podczas osobistego z nim kontaktu. Nieletni może bowiem nie złożyć stosownego wniosku z rozmaitych powodów (z niewiedzy, strachu przed

⁴⁸ Zob. Konwencja o Prawach Dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526), art. 12 ust. 1 i 2, art. 13 ust. 1 i 2.

⁴⁹ Zob. Europejska Konwencja o wykonywaniu praw dzieci, sporządzona w Strasburgu dnia 25 stycznia 1996 r. (Dz. U. z 2000 r. Nr 107, poz. 1128), art. 1 ust. 2, art. 3, 5, 6, 10.

⁵⁰ Zob. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284), art. 6.

⁵¹ Zob. Czternaste Sprawozdanie Ogólne CPT [CPT/Inf (2004) 28, § 28].

konfrontacją, z powodu prezentowania infantylnej lub wrogiej wobec wymiaru sprawiedliwości postawy). Może też nie funkcjonować poznawczo w stopniu umożliwiającym sformułowanie wniosku.

38. Kwestią wymagającą innego podejścia jest obniżenie standardu w zakresie dostępu nieletnich do świeżego powietrza. W projekcie wskazano, że nieletni umieszczony w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, okręgowym ośrodku wychowawczym, zakładzie poprawczym lub schronisku dla nieletnich ma prawo do co najmniej godzinnego pobytu na świeżym powietrzu w ciągu doby (o ile warunki atmosferyczne na to pozwalają). Zgodnie z projektem nieletnie w ciąży mają prawo do dłuższego pobytu. Projekt ustawy nie określa czasu, pozostawiając go do decyzji dyrektora placówki, który określa go zgodnie ze wskazaniami lekarza prowadzącego ciążę. W przypadku naruszenia przez nieletniego ustalonego sposobu pobytu na świeżym powietrzu lub na prośbę nieletniego pobyt na świeżym powietrzu może być zakończony przed czasem. Warto uwypuklić w tym miejscu, że aktualne przepisy regulujące funkcjonowanie m.in. młodzieżowych ośrodków wychowawczych przewidują dostęp nieletnich do świeżego powietrza w wymiarze co najmniej dwóch godzin dziennie, o ile pozwalają na to warunki atmosferyczne⁵². Uważam więc, że standard ten powinien zostać utrzymany w odniesieniu do wszystkich nieletnich. Każdy nieletni powinien mieć bowiem dostęp do świeżego powietrza w wymiarze co najmniej dwóch godzin dziennie, z tym że w przypadku nieletniej w ciąży okres ten powinien być odpowiednio dłuższy, w zależności od wskazań lekarza prowadzącego ciążę. Brak konsultacji lekarskiej stwarzałby ryzyko nadużyć, w szczególności wykorzystywania dostępu do świeżego powietrza jako narzędzia dyscyplinowania. Podobne stanowisko, w odniesieniu do nieletnich przebywających w zakładach poprawczych, wyraził CPT w raporcie z ostatniej wizyty w Polsce. Wskazał wówczas, że dostęp do ćwiczeń na świeżym powietrzu przez godzinę dziennie jest niewystarczający i minimalnie czas ten powinien wynosić dwie godziny dziennie, niezależnie od reżimu⁵³. Ponadto standardy ONZ dotyczące ochrony nieletnich pozbawionych wolności (Zasady z Hawany) stanowią, że każdy nieletni powinien mieć codziennie prawo do odpowiedniej ilości wolnego czasu, za każdym razem spędzanego na świeżym powietrzu, jeżeli pozwolą na to warunki pogodowe⁵⁴.
39. Projekt przewiduje, że nieletniemu nie wolno posiadać bez zgody dyrektora ośrodka, zakładu lub schroniska przedmiotów służących do łączności, rejestrowania

⁵² Zob. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 2 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów i szczegółowych zasad działania placówek publicznych, warunków pobytu dzieci i młodzieży w tych placówkach oraz wysokości i zasad odpłatności wnoszonej przez rodziców za pobyt ich dzieci w tych placówkach (Dz.U. z 2015 r., poz. 1872), § 19 ust. 1 pkt. 2b.

⁵³ Zob. Raport CPT z wizyty w Polsce [CPT/Inf(2018)39, § 98].

⁵⁴ Zob. Zasady Narodów Zjednoczonych dotyczące ochrony osób nieletnich pozbawionych wolności (Zasady z Hawany). Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 45/113 z 14 grudnia 1990 r., Reguła 47.

lub odtwarzania informacji (art. 109 pkt. 9). Takie brzmienie przepisu ustawy rodzi wątpliwości interpretacyjne i ryzyko praktyki, która w sposób nadmierny i nieuzasadniony ogranicza prawa nieletniego. Czy intencją projektodawcy było bowiem wprowadzenie zakazu posiadania telefonów komórkowych i aparatów fotograficznych, czy też także urządzeń takich jak czytnik książek elektronicznych (e-booków), czy odtwarzaczy muzycznych, które umożliwiają archiwizację informacji w formie cyfrowej? Urządzeniem służącym do odtwarzania informacji może być także np. radiodbiornik, którego zakaz posiadania nie wydaje się racjonalny. Na gruncie projektowanych przepisów nie jest też jasne w jakiej formie nieletni ma zwrócić się o zgodę i czy może być ona w każdym czasie cofnięta itp. Jeśli więc wprowadzony przepis miał na celu określenie zasad korzystania z prywatnych telefonów komórkowych, regulacja jest zbyt skąpa. Jeśli natomiast intencją było zabronienie ich posiadania, ustawodawca powinien poszerzyć zapisy dotyczące telefonowania, np. na koszt placówki, korzystania z samoinkasujących aparatów telefonicznych w wyznaczonych miejscach i godzinach itp.

40. Projekt przewiduje możliwość ograniczenia kontaktu nieletniego przebywającego w placówce detencyjnej z osobami spoza ośrodka, gdy taki kontakt mógłby stwarzać zagrożenie dla porządku prawnego, bezpieczeństwa lub porządku wewnętrznego placówki lub mógł niekorzystnie wpłynąć na przebieg toczącego się postępowania, proces resocjalizacji lub proces leczenia nieletniego. O ograniczeniu lub zakazie kontaktów decydowałby dyrektor placówki i organ prowadzący postępowanie, zaś sąd rodzinny byłby informowany tylko na żądanie nieletniego. Sąd mógłby uchylić decyzję dyrektora (art. 115 ust. 1, 2 i 4). Powyższy przepis zwiększa ryzyko nadużyć względem nieletniego i obniża standardy określone w obecnie obowiązującej ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich. Po pierwsze, projektodawca dopuszcza możliwość ograniczenia lub zakazania kontaktów nieletniego w przypadku, gdy taki kontakt stwarzałby zagrożenia dla porządku wewnętrznego ośrodka. Aktualnie obowiązująca ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich, w art. 66 § 4, umożliwia zakazanie lub ograniczenie kontaktów w przypadku zagrożenia bezpieczeństwa placówki. W projektowanym przepisie użyto alternatywy „*bezpieczeństwa lub porządku wewnętrznego ośrodka*”, co wskazuje, że możliwość naruszenia dyscypliny wewnętrznej placówki, choćby nie wpływała na jej bezpieczeństwo, może stanowić samodzielną przesłankę do wydania decyzji. Po drugie, aktualna ustawa przewiduje każdorazowe powiadomienie sądu rodzinnego wykonującego orzeczenie o powodach decyzji, co zapewnia sądową kontrolę nad jej prawidłowością. W opiniowanym projekcie powiadomienie sądu rodzinnego ma miejsce tylko na żądanie nieletniego. Taka zmiana prawna mocno ograniczyłaby sądową kontrolę nad przestrzeganiem praw nieletnich. Zwłaszcza w sytuacjach, gdy

nieletni jest ofiarą przemocy w ośrodku lub personel wywiera na nim nieuprawnioną presję lub nacisk psychologiczny, by nie formułował żądania zawiadomienia sądu. Uważam, że w przypadku miejsc detencji system prawny powinien eliminować możliwość pojawienia się potencjalnych nadużyć względem osób pozbawionych wolności. Warto też mieć świadomość, że kontrola sądowa pełni ważną funkcję zapobiegawczą. CPT podkreśla, że „skuteczne procedury skargowe i kontrolne to podstawowe gwarancje przed złym traktowaniem we wszystkich miejscach pozbawienia wolności, w tym w placówkach dla nieletnich”⁵⁵. Z tego też względu uważam, że sąd powinien być informowany w takich sprawach obligatoryjnie, co zapewni skuteczny nadzór nad przestrzeganiem praw nieletnich i ich ograniczaniu oraz może zapobiec ewentualnym nadużyciom. Nieletni powinien mieć też możliwość zażalenia na decyzję sądu w tym zakresie.

41. Projekt przewiduje, że odwiedziny osób niebędących członkami rodziny i z innymi osobami bliskimi nieletniego odbywają się w sposób określony przez dyrektora ośrodka zakładu lub schroniska albo kierownika zakładu leczniczego (art. 115 ust. 5 projektu). Jest to zapis bardzo ogólny, który z jednej strony daje dyrektorowi swobodę w kształtowaniu praktyki odwiedzin i dostosowania jej do aktualnych wyzwań i zagrożeń, z drugiej zaś umożliwia wdrożenie rozwiązań ochronnych, które będą stanowiły nieuzasadnioną dolegliwość, takich jak odbywanie odwiedzin w sposób uniemożliwiający bezpośredni kontakt (np. przez pleksi). Na gruncie zaproponowanych przepisów nie wiadomo również przykładowo: ile osób może jednocześnie odwiedzać nieletniego, czy w trakcie widzeń można spożywać posiłki i napoje, czy dozwolony jest bezpośredni kontakt, jakie ograniczenia ochronne mogą być stosowane. Przepis ustawy wskazany w projekcie stwarza też ryzyko rozbieżnej praktyki między poszczególnymi ośrodkami tego samego rodzaju. Nie zawiera bowiem żadnych wytycznych dotyczących sposobu organizacji odwiedzin, z uwzględnieniem takich czynników jak typ placówki, powód umieszczenia w placówce dla nieletnich, dotychczasowe zachowanie nieletniego, aktualna sytuacja epidemiologiczna, bezpieczeństwo obiektu. Ustawodawca powinien więc rozważyć zasadność wprowadzenia w ustawie wytycznych, które mogą stanowić wskazówkę dla kierujących placówką oraz nadzorujących ich pracę sędziów i innych instytucji w zakresie oceny wdrożonych rozwiązań i/albo delegacji ustawowej w celu opracowania w tym zakresie odpowiedniego aktu wykonawczego. Takie rozwiązania ujednolici praktykę między poszczególnymi ośrodkami i zmniejszy lukę prawną, stwarzającą ryzyko naruszania praw nieletnich.
42. Art. 115 ust. 6 przewiduje obligatoryjny nadzór nad odwiedzinami przez pracownika placówki lub osobę upoważnioną przez kierownika zakładu leczniczego, niezależnie

⁵⁵ Zob. Dwudziesty Czwarty Raport Generalny CPT [CPT/Inf (2015)1, § 131].

od typu miejsca detencji, dotychczasowego zachowania nieletniego, czy powodu dla którego sąd orzekł umieszczenie w placówce. Projekt nie przewiduje możliwości realizacji odwiedzin bez dozoru, co jest możliwe wobec osób skazanych w zakładach karnych. Taka regulacja nie sprzyja utrzymywaniu więzi rodzinnych. Nie zawsze też znajduje uzasadnienie w procesie wychowawczym, czy terapeutycznym. Wykluczanie możliwości poufnej rozmowy z rodzicami lub rodzeństwem, stanowi zbyt daleko idącą ingerencję w prywatność nieletniego. Tym bardziej, że z punktu widzenia wychowawczego taki kontakt mógłby stanowić swoistą próbę w kontekście przyszłego powrotu nieletniego do społeczeństwa. Europejski Komitet do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (CPT) podkreśla, że wiodącą zasadą w miejscach detencji dla nieletnich powinno być aktywne promowanie kontaktów ze światem zewnętrznym. Jakikolwiek ograniczenia takich kontaktów powinny opierać się wyłącznie na uzasadnionych względach bezpieczeństwa lub względach związanych z dostępnymi środkami⁵⁶. Warto mieć też na względzie, że kontakt nieletniego z osobami spoza placówki stanowi gwarancję zapobiegania torturom⁵⁷. W tym momencie bowiem nieletni ma możliwość poinformowania osób z którymi się spotyka, o sposobie w jaki był potraktowany, co umożliwia stosowną interwencję. Aby taka gwarancja funkcjonowała właściwie nieletni musi mieć możliwość swobodnej rozmowy, w warunkach poufności, poza zasięgiem wzroku i słuchu personelu miejsca detencji. W innym wypadku gwarancja prewencji tortur ma wyłącznie pozorny charakter. Rekomenduję więc wprowadzenie przepisu prawnego, który umożliwi nieletnim w uzasadnionych przypadkach możliwość odwiedzin bez dozoru personelu.

43. Personel placówek dla nieletnich otrzymał prawo nadzoru nad korespondencją nieletnich, możliwość cenzury i jej zatrzymania (art. 116). Decyzje o cenzurowaniu lub zatrzymaniu korespondencji nieletniego podejmuje dyrektor ośrodka lub zakładu albo kierownik zakładu leczniczego (art. 116 ust. 8). Sąd rodzinny jest zawiadamiany wyłącznie na żądanie nieletniego i ma możliwość uchylecia decyzji o cenzurze lub zatrzymaniu korespondencji (art. 116 ust. 9). Przepis przewiduje cenzurę korespondencji w przypadku podejrzenia, że korespondencja nieletniego zawiera treści godzące w porządek prawny, bezpieczeństwo ośrodka albo zakładu, w zasady moralności publicznej lub może wpłynąć niekorzystnie na przebieg toczącego się postępowania, proces resocjalizacji lub proces leczenia nieletniego. Skonstruowanie przepisu w taki sposób może prowadzić do praktyki cenzurowania korespondencji prewencyjnie niemalże w każdym przypadku, skoro wystarczy podejrzenie zawarcia

⁵⁶ Zob. Dziesiąte Sprawozdanie Ogólne CPT [CPT/Inf (99)12, § 34].

⁵⁷ Zob. Raport SPT z wizyty na Ukrainie [CAT/OP/UKR/3, § 66-68].

w niej określonych treści. Tak lakoniczny i ogólny zapis będzie zapewne prowadził do nadużyć, a stwierdzenie takie można wywieść z niewłaściwej praktyki postępowania w oparciu o liczne inne regulacje prawne, również natury ogólnej (np. przepisów k.k.w.).

44. Art. 116 ust. 9 przewiduje, że o cenzurze lub zatrzymaniu korespondencji nieletniego dyrektor ośrodka lub zakładu albo kierownik zakładu leczniczego niezwłocznie zawiadamia nieletniego oraz na jego żądanie sąd rodzinny, podając powody tej decyzji. Nie wydaje się to jednak wystarczająca gwarancja przed nadużywaniem cenzurowania, zwłaszcza że nie obserwuje się zbyt dużej aktywności nieletnich w zakresie zabiegania o respektowanie praw nieletnich. W mojej ocenie należałoby rozważyć obligatoryjne zawiadamianie sądu w takim przypadku. Z kolei w art. 117 projektodawca przewidział możliwość cenzury i zatrzymania korespondencji przez organ prowadzący postępowanie. Rekomenduję, by w tym przypadku nieletniemu przysługiwało zażalenie na decyzję w tym zakresie.

45. Projekt przyznaje personelowi prawo do przeprowadzania kontroli osobistej (art. 119 ust. 1). Moje zastrzeżenia budzi fakt dokonywania kontroli osobistej w ośrodkach wychowawczych: młodzieżowych ośrodkach wychowawczych i okręgowych ośrodkach wychowawczych. Taka kontrola jest bowiem środkiem bardzo inwazyjnym i potencjalnie poniżającym, silnie ingerującym w poczucie godności nieletniego. Jej realizacja nie sprzyja celom wychowawczym, utrudnia budowanie właściwych relacji personelu z podopiecznymi, pogłębia rygoryzm placówki i nasuwa skojarzenia z systemem penitencjarnym. Tym bardziej niepokojące jest wprowadzenie regulacji, która przewiduje obligatoryjną kontrolę osobistą przy przyjęciu do okręgowego ośrodka wychowawczego bez indywidualnej oceny ryzyka ze strony podopiecznego (art. 190). Ustawodawca powinien więc przemyśleć zasadność przyznania personelowi ośrodków wychowawczych tej formy kontroli nieletnich, mając na względzie cel i filozofię funkcjonowania tych placówek, która odróżnia je od instytucji totalnych takich jak więzienia. W mojej ocenie pobieżna kontrola podopiecznego, a w sytuacjach szczególnych posiłkowanie się Policją może w pełni zapewnić bezpieczeństwo w placówce.

Warto w tym miejscu przytoczyć poglądy prof. dr hab. Marka Konopczyńskiego (pedagoga resocjalizacyjnego, członka działającej przy Rzeczniku Praw Obywatelskich Komisji Ekspertów Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur), który od lat wskazuje, że instytucjonalny system resocjalizacji nieletnich, składający się między innymi z młodzieżowych ośrodków wychowawczych, opiera się na przestarzałych koncepcjach teoretycznych, organizacyjnych i metodycznych, nie przystających zarówno do współczesnych rozwiązań pedagogicznych,

jak i dynamicznych zmian aksjologicznych i kulturowo-społecznych⁵⁸. Istota pracy placówek resocjalizacyjnych polega bowiem głównie na *siłowym* adaptowaniu i przystosowywaniu podopiecznych do sztywnych reguł regulaminowych obowiązujących w placówce. Owo przystosowanie, w połączeniu z systemem nagród i kar oraz ograniczaniem kontaktów zewnętrznych uczy wychowanków konformizmu (w ramach tzw. *falszywej socjalizacji instytucjonalnej*) oraz pozbawia ich umiejętności i kompetencji funkcjonowania w środowisku otwartym. Z tego też powodu po opuszczeniu placówki młodzi ludzie nie potrafią funkcjonować w powszechnie akceptowanych rolach życiowych i społecznych (np. roli chłopca, dziewczyny, kolegi, koleżanki, mężczyzny, kobiety, męża, żony, ojca, matki, pracownika, młodego obywatela), gdyż w trakcie pobytu w niej nie są socjalizowani do tych ról⁵⁹. Można wręcz stwierdzić, że im lepiej wychowanek jest przystosowany do środowiska wychowawczego instytucji, tym gorzej, po jej opuszczeniu, przystosowuje się do środowiska zewnętrznego⁶⁰. Młodzieżowe ośrodki wychowawcze są w obecnym kształcie przykładem instytucji totalnej, w którym jak wynika z badań naukowych, dominuje klimat kontrolująco-restrykcyjny. Klimat ten jest najmniej korzystny dla procesu resocjalizacji nieletnich⁶¹.

46. Projekt przewiduje obligatoryjną kontrolę osobistą nieletniego po przyjęciu do: okręgowego ośrodka wychowawczego (art. 190 ust. 1 pkt. 2), zakładu poprawczego (art. 252 ust. 1 pkt. 2), schroniska dla nieletnich (art. 299 ust. 1 pkt. 2). Wątpliwości w zakresie zasadności realizacji kontroli osobistej przez personel ośrodków wychowawczych przedstawiłem w poprzednim punkcie niniejszej opinii. W odniesieniu do zakładu poprawczego i schroniska dla nieletnich taka sytuacja mogłaby być dopuszczalna jedynie w indywidualnych przypadkach, uzasadnionych specyfiką danej sytuacji i po dokonaniu indywidualnej oceny ryzyka. W innych sytuacjach personel powinien porzucić na kontroli pobieżnej. Ustawa nie powinna więc wskazywać na obowiązek przeprowadzania kontroli, a jedynie dawać personelowi zakładu poprawczego i schroniska dla nieletnich taką możliwość, wskazywać przesłanki uprawniające do jej przeprowadzenia oraz precyzować zasady dokonywania tej czynności. Nawet w zakładach karnych, czy w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym przepisy nie przewidują obligatoryjnej kontroli osobistej przy przyjęciu do jednostki penitencjarnej. Przepis taki może zostać uznany za naruszający art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w zakresie narzucenia obowiązku poddania kontroli osobistej osób przyjmowanych.

⁵⁸ Zob. Prof. dr hab. Marek Konopczyński, *Wyzwania i zagrożenia w pracy resocjalizacyjnej z nieletnimi na przykładzie Młodzieżowych Ośrodków Wychowawczych*, s. 24-25. Opinia dostępna na stronie: <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/kmp-opinie-eksperckie> (dostęp: 20.08.2021 r.)

⁵⁹ Tamże, s. 25.

⁶⁰ Tamże, s. 17-18 i powołana tam literatura.

⁶¹ Tamże, s. 17 i powołana tam literatura.

Warto też zwrócić uwagę, że projekt ustawy w art. 119 ust. 1 opisuje przesłanki pozwalające na przeprowadzenie kontroli osobistej w sposób bardzo ogólny, co może prowadzić do nadużyć.

Przy omawianiu analizowanego zagadnienia warto odwołać się do standardów CPT, który podkreśla, że z uwagi na bardzo inwazyjny i potencjalnie poniżający charakter kontroli osobistej, decyzja o jej przeprowadzeniu powinna być oparta na indywidualnej ocenie ryzyka oraz poddana rygorystycznym kryteriom i nadzorowi⁶². Kontroli należy dokonywać tylko wtedy, gdy istnieją uzasadnione podstawy, by podejrzewać, że osoba zatrzymana mogła ukryć przedmioty niebezpieczne lub które mogą być dowodem popełnienia czynu zabronionego, a ponadto zwykle przeszukanie nie doprowadzi do ich wykrycia. Rutynowe kontrole osobiste nieletnich są środkiem nieproporcjonalnym, który można uznać za poniżający⁶³.

47. Projekt przewiduje możliwość poddania nieletniego umieszczonego w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, okręgowym ośrodku wychowawczym, zakładzie leczniczym, zakładzie poprawczym lub schronisku dla nieletnich, badaniu w celu ustalenia w organizmie nieletniego obecności alkoholu lub innej substancji psychoaktywnej, przy użyciu metod niewymagających badania laboratoryjnego (art. 120 ust. 1). Badanie przeprowadza dyrektor placówki, osoba wykonująca zawód medyczny lub w uzasadnionych przypadkach pracownik upoważniony przez dyrektora (art. 120 ust. 2). Projekt zakłada również obowiązkowe, profilaktyczne poddanie nieletniego badaniu, po umieszczeniu w okręgowym ośrodku wychowawczym (art. 190 ust. 1 pkt. 3), zakładzie leczniczym (art. 224 ust. 1 pkt. 4), zakładzie poprawczym (art. 252 ust. 1 pkt. 3) i schronisku dla nieletnich (art. 299 ust. 1 pkt. 3). W przypadku przyjęcia nieletniego do młodzieżowego ośrodka wychowawczego takie badanie jest fakultatywne i może zostać przeprowadzone *w uzasadnionych wypadkach* (art. 180 ust. 1 pkt. 3). Poddanie nieletniego badaniu na obecność alkoholu lub innej substancji psychoaktywnej jest środkiem ingerującym w prywatność i niesie ze sobą ryzyko poniżenia. Z tego też względu korzystanie z tego środka kontroli, powinno być ograniczone wyłącznie do sytuacji, gdy personel placówki ma uzasadnione, graniczące z pewnością podejrzenie, że nieletni jest pod wpływem alkoholu lub innego środka psychoaktywnego. Dokonywanie powyższych badań profilaktycznie (bez uwzględnienia specyfiki danej sytuacji) jest w mojej ocenie nieproporcjonalne do sytuacji i może stanowić poniżające traktowanie. W mojej ocenie przepisy ustawy przewidujące obowiązkowe badanie po przyjęciu powinny zostać zmienione. Ustawa powinna wskazywać, że przeprowadzenie takiego badania jest możliwe

⁶² Zob. Raport CPT z wizyt w: Serbii [CPT/Inf (2016) 21, § 132], Danii [CPT/Inf (2014) 25, § 103] i Polsce [CPT/Inf (2014) 21, § 106].

⁶³ Zob. Raporty CPT z wizyt w: Wielkiej Brytanii [CPT/Inf (2009) 30, § 106] i Kosowie [CPT/Inf (2011) 26, § 29].

wyłącznie w indywidualnych przypadkach, uzasadnionych specyfiką danej sytuacji i po dokonaniu indywidualnej oceny ryzyka. Zmiany wymaga też wskazany w projekcie katalog osób uprawnionych do realizacji powyższych badań (art. 120 ust. 2). W mojej ocenie badanie w celu ustalenia w organizmie nieletniego obecności alkoholu lub innej substancji psychoaktywnej, powinna obligatoryjnie przeprowadzać osoba wykonująca zawód medyczny. Pozwoli to na przeciwdziałanie ewentualnym nadużyciom w tym zakresie oraz ograniczy częstotliwość korzystania z tego środka. Warto też, by przy pracach nad przepisami w tym zakresie, ustawodawca wziął pod uwagę wnioski, wyrażone przez Rzecznika Praw Obywatelskich w wystąpieniu generalnym z dnia 29 marca 2019 r., skierowanym do Ministra Sprawiedliwości⁶⁴. Wskazano w nim wyniki ekspertyzy przygotowanej przez Instytut Ekspertyz Sądowych im. Prof. dr Jana Selma w Krakowie, z której wynika, że optymalnym materiałem, pobieranym w warunkach więziennych, do badania obecności w organizmie środków odurzających lub substancji psychotropowych, jest próbka moczu. Postulowanym rozwiązaniem byłoby pobieranie dwóch próbek moczu - jedna posłużyłaby do badania nieinwazyjnego, druga do przeprowadzenia weryfikacji wyników badania wykonanego za pomocą testerów. Próbki mogą być pobrane w dość dużej objętości, pobieranie ich jest mało inwazyjne, bez konieczności udziału przedstawiciela służby zdrowia i stosunkowo łatwe do nadzorowania. Badanie próbki moczu daje możliwość wykazania przyjęcia zabronionego środka w ciągu ostatnich kilku dni. W ocenie Służby Więziennej weryfikacja wyników badania nieinwazyjnego, przeprowadzona w warunkach laboratoryjnych za pomocą materiału biologicznego tego samego rodzaju, czyli próbek moczu (a nie jak obecnie krwi), przyspieszyłaby ten proces, a także pozwoliłaby na zaoszczędzenie środków budżetowych. W powyższym wystąpieniu Rzecznik wskazał też na problem zażywania przez osoby pozbawione wolności środków zabronionych zawierających nowe substancje psychoaktywne. Obecnie brakuje w pełni skutecznych narzędzi testowych, które byłyby w stanie wykryć obecność w organizmie tych substancji, a tym samym udowodnić, że osoba badana znajduje się pod wpływem tzw. dopalaczy. Warto więc, by ustawodawca w pracach nad projektowanymi przepisami dotyczącymi nieletnich, wziął pod uwagę sygnalizowane problemy i rekomendowane rozwiązania. W przeciwnym razie, liczne problemy praktyczne związane z przeprowadzaniem badań na obecność środków odurzających, mające miejsce w jednostkach penitencjarnych, zostaną powielone w placówkach dla nieletnich. Skoro trudności te są zidentyfikowane i RPO je opisywał w oparciu o ekspertyzę specjalistów, istotne jest aby ustawodawca z nich skorzystał.

⁶⁴ Zob. Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2019 r., znak X.517.61.2016.JP wraz z załącznikiem – ekspertyzą przygotowaną przez Instytut Ekspertyz Sądowych im. Prof. dr Jana Selma w Krakowie z dnia 13 września 2018 r., nr 2683/2018/TT.

48. Projekt nie przewiduje możliwości zaskarżenia do sądu przez nieletniego, decyzji o przeprowadzeniu badania na obecność alkoholu lub innych środków psychoaktywnych. Nieletni może jedynie zażądać weryfikacji badania za pomocą badania laboratoryjnego, realizowanego przez medyczne laboratoria diagnostyczne lub inne podmioty uprawnione do przeprowadzania takich badań (art. 120 ust. 3-9). W mojej opinii nieletni powinien mieć możliwość zaskarżenia do sądu decyzji o przeprowadzeniu badania na obecność alkoholu lub innych środków psychoaktywnych, analogicznie jak w przypadku decyzji o realizacji kontroli osobistej (art. 119 ust. 9). W zażaleniu nieletni powinien być uprawniony do żądania zbadania zasadności, legalności oraz prawidłowości przeprowadzenia badania. Sądowa kontrola nad stosowaniem tych środków stanowi, w mojej ocenie, ważne zabezpieczenia przed nadużyciami i ich stosowaniem, bez wyraźnej potrzeby.
49. Zgodnie z projektem młodzieżowe ośrodki wychowawcze, okręgowe ośrodki wychowawcze, zakłady poprawcze i schroniska dla nieletnich mogą być monitorowane przez wewnętrzny system urządzeń rejestrujących obraz. Z kolei zakłady lecznicze dysponujące warunkami wzmocnionego lub maksymalnego zabezpieczenia mogą być monitorowane przez wewnętrzny system urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk (art. 121 ust. 1). Projekt zawiera ograniczenia: monitorowanie i utrwalanie dźwięku nie może obejmować informacji objętych tajemnicą spowiedzi lub tajemnicą prawnie chronioną (art. 121 ust. 4), monitorowanie i utrwalanie obrazu nie może obejmować pomieszczeń sypialnych w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych (art. 121 ust. 4). Rzecznik Praw Obywatelskich formułował już zastrzeżenia dotyczące instalowania monitoringu w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych i innych placówkach dla nieletnich w opinii do *projektu ustawy o nieletnich z dnia 8 marca 2019 r.* (UD480)⁶⁵. Wyraził wówczas pogląd, że w przypadku młodzieżowego ośrodka wychowawczego pomieszczenia sypialne i sanitarno-higieniczne nie powinny być monitorowane, z uwagi na specyfikę placówki oraz cel jej funkcjonowania. Takie rozwiązanie pogłębi tylko rygor w placówce i będzie stanowiło dodatkową, nieuzasadnioną represję. W przypadku innego typu placówek (projekt przewidywał wówczas funkcjonowanie ośrodka wychowawczo-adaptacyjnego, zakładu leczniczego dysponującego warunkami wzmocnionego lub maksymalnego zabezpieczenia, zakładu poprawczego i schroniska dla nieletnich), Rzecznik dopuszczał możliwość monitorowania pomieszczeń przeznaczonych do celów sanitarno-higienicznych, w sposób uniemożliwiający ukazywanie intymnych części ciała nieletniego oraz wykonywanych przez niego intymnych czynności fizjologicznych. Aktualnie zaproponowane przepisy spełniają te standardy jedynie częściowo. W dalszym ciągu bowiem projektodawca przewiduje możliwość

⁶⁵ Zob. Pismo z dnia 15 kwietnia 2021 r. do Ministra Sprawiedliwości, KMP.022.1.2019.RK, pkt. 42.

instalowania kamer w pomieszczeniach sanitarno-higienicznych młodzieżowego ośrodka wychowawczego. Mam też wątpliwości, czy instalowanie kamer w sypialniach wychowanków w innych niż młodzieżowy ośrodek wychowawczy typach placówek (w przypadku zakładu leczniczego dysponującego warunkami wzmocnionego lub maksymalnego zabezpieczenia istnieje możliwość rejestracji obrazu lub dźwięku) jest rzeczywiście konieczne dla zapewnienia bezpieczeństwa i nie stanowi nadmiernej ingerencji w sferę prywatności podopiecznych. Poza zwiększeniem reżimu w placówce takie rozwiązanie może być szkodliwe z wychowawczego punktu widzenia. Świadomość ciągłego nadzoru może bowiem utrudniać zbudowanie zaufania z kadrą wychowawczą. Projekt dopuszcza też możliwość rejestracji dźwięku w przypadku pomieszczeń sanitarnych w zakładach leczniczych dysponujących warunkami wzmocnionego lub maksymalnego zabezpieczenia (art. 121 ust. 1 w zw. z art. 121 ust. 4), co budzi wątpliwości, co do zasadności takiego rozwiązania.

Warto w tym miejscu odwołać się do uwag CPT dotyczących obecności monitoringu w pomieszczeniach sanitarno-higienicznych w policyjnych izbach dziecka w Polsce. CPT uznał, że w takim przypadku nie była przestrzegana prywatność podczas korzystania z toalet lub prysznica. Było to szczególnie uciążliwe dla zatrzymanych płci żeńskiej, tym bardziej, że w żadnej z wizytowanych jednostek Policji nie zapewniano, na każdej ze zmian, obecności funkcjonariuszek płci żeńskiej. CPT podkreślił, że taki stan rzeczy jest nie do zaakceptowania i należy mu zaradzić bez zbędnej zwłoki. Należy zastosować inne środki pozwalające pogodzić konieczność zapewnienia bezpieczeństwa z zachowaniem niezbędnych warunków dla poszanowania ludzkiej godności⁶⁶.

Ponadto, jak wskazywał funkcjonujący w ramach Biura RPO Krajowy Mechanizm Prewencji Tortur w raporcie tematycznym poświęconym monitorowaniu miejsc pozbawienia wolności, nadmierne zaufanie do systemu monitoringu może paradoksalnie rodzić wiele zagrożeń. Nie docenia się bowiem ograniczeń człowieka odpowiedzialnego za obsługę monitoringu (może on obserwować nie więcej niż kilka miejsc równocześnie, dłuższa obserwacja monitorów sprawia, że człowiek wolniej na wszystko reaguje i może przeoczyć ważne zdarzenia). Zbytne zaufanie do tego systemu bezpieczeństwa może powodować osłabienie czujności personelu oraz w przypadku awarii, destabilizację systemu bezpieczeństwa⁶⁷. Warto też mieć świadomość, że monitoring pozwala zaobserwować zdarzenie, ale mu nie zapobiega. Od momentu zaistnienia zdarzenia do podjęcia skutecznych działań przez personel placówki upływa więcej czasu niż w przypadku prowadzenia bezpośredniego nadzoru

⁶⁶ Zob. Raport CPT z wizyty w Polsce [CPT/Inf(2014) 21, § 10, 35-38].

⁶⁷ Zob. Monitoring wizyjny w miejscach pozbawienia wolności. Raport Krajowego Mechanizmu Prewencji.; Biuletyn RPO Źródła 2012, nr 12, s. 46-54.

nad człowiekiem. System kamer może być więc jedynie elementem wspomagającym zapobieganie zdarzeniom lub wyjaśnienie ich przebiegu⁶⁸. Zbytne uzależnienie od systemu monitorowania stwarza też ryzyko, że w momencie nagłej awarii, obszar obiektu objęty nadzorem kamer, pozbawiony jest pełnej ochrony, aż do momentu zapewnienia bezpieczeństwa przez personel. Taka sytuacja może doprowadzić do realnego zagrożenia bezpieczeństwa placówki i wystąpienia innych, nieprzewidzianych zdarzeń (np. ucieczki)⁶⁹. Warto więc, by ustawodawca przemyślał kwestię instalowania monitoringu w placówkach dla nieletnich w świetle powyższych uwag.

50. Projekt przewiduje, że w określonych sytuacjach personel okręgowego ośrodka wychowawczego, zakładu poprawczego i schroniska dla nieletnich będzie uprawniony do stosowania kaftana bezpieczeństwa, pasa obezwładniającego i kasku zabezpieczającego (art. 122 ust. 2 i 3). Środki takie w mojej ocenie nie powinny być stosowane w placówkach dla nieletnich, z uwagi na ich opresyjny, stygmatyzujący i poniżający charakter. W zamian należy stosować środki alternatywne, które rozładują napięcie i stres oraz, w uzasadnionych przypadkach, gdy nieletni jest bardzo nerwowy lub agresywny, krótkotrwałą izolację na czas, niezbędny do uspokojenia. Nieletniemu powinna być również zapewniona odpowiednia pomoc psychologiczna i medyczna.

W opinii CPT kaftany bezpieczeństwa nigdy nie powinny być używane w miejscach detencji, z uwagi na ich poniżający i stygmatyzujący wpływ na podopiecznych i personel. Komitet wskazał, że powinny one zostać usunięte z katalogu środków przymusu bezpośredniego, wymienionego w art. 12 ustawy o środkach przymusu bezpośredniego⁷⁰. CPT podkreślił także, że jego zdaniem krępowanie agresywnych i/lub nerwowych nieletnich na łóżku w izbie izolacyjnej aż się nie uspokoją, stanowi nieproporcjonalne użycie siły i środek, który jest sprzeczny z filozofią wychowania i integracji społecznej nieletnich. Należy zaprzestać tych praktyk i w zamian stosować metody radzenia sobie ze zdarzeniami przemocowymi (takie jak techniki rozładowywania zdarzeń i kontrola manualna). Dodatkowo należy opracować alternatywne środki zapobiegające nerwowości oraz uspokajania nieletnich. W przypadku gdy nieletni zachowuje się w sposób wysoce nerwowy i agresywny, powinien zostać umieszczony pod ścisłym nadzorem, w stosownym pomieszczeniu (np. w pokoju izolacyjnym). W przypadku zaniepokojenia spowodowanym stanem zdrowia nieletniego, personel powinien poprosić o pomoc medyczną i wykonywać

⁶⁸ Tamże, s. 47, 50-51.

⁶⁹ Tamże, s. 47.

⁷⁰ Zob. Raport CPT z wizyty w Polsce [CPT/Inf (2018) 39, § 105].

polecenia personelu medycznego⁷¹. CPT negował też praktykę stosowania kasków i pasów wobec zatrzymanych umieszczanych w aresztach policyjnych, zwłaszcza, gdy są używane w połączeniu. Wskazał, że ich stosowanie w bezpiecznym miejscu, takim jak areszt policyjny, nie jest odpowiednie i zalecił władzom dokonanie przeglądu środków stosowanych w placówkach policyjnych⁷².

51. Projekt przewiduje możliwość tworzenia izb adaptacyjnych w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych i okręgowych ośrodkach wychowawczych (art. 130 ust. 1). Pomimo wcześniejszych uwag RPO w tym zakresie, projektodawca nie zdecydował się na zmiany⁷³. W mojej ocenie stosowanie izb adaptacyjnych w przypadku ośrodków wychowawczych przeczyłoby koncepcji tych placówek i w połączeniu z możliwością monitorowania pomieszczeń oraz uprawnieniami personelu do dokonywania kontroli i przeszukań, wprowadzałoby niepożądaną z pedagogicznego punktu widzenia atmosferę, przywołującą skojarzenia z systemem penitencjarnym.

52. Projekt daje możliwość umieszczenia na okres do 5 dni w izbie adaptacyjnej nieletniego, który przebywa już w grupie wychowawczej w *przypadku, gdy wcześniejsze oddziaływania psychologiczno-pedagogiczne i środki dyscyplinarne okazały się nieskuteczne* (art. 126 ust. 1). Takie brzmienie przepisu stwarza bezpośrednie ryzyko, wykorzystywania izby adaptacyjnej jako nieformalnego środka dyscyplinarnego, skutkującego izolacją. Obawy w tym zakresie nie są pozbawione podstaw, gdyż w przeszłości dochodziło do nieprawidłowości związanych z wykorzystywaniem izb przejściowych lub/i oddzielnych pomieszczeń mieszkalnych w zakładach poprawczych, co sygnalizował w swoim sprawozdaniu tematycznym Krajowy Mechanizm Prewencji Tortur⁷⁴.

CPT podkreśla, że wszelka forma izolacji nieletnich (w tym umieszczanie agresywnych w/lub nerwowych nieletnich w pokoju do czasu uspokojenia) jest środkiem, który może mieć negatywny wpływ na ich fizyczny i/lub psychiczny dobrostan, a zatem należy sięgać po ten środek wyłącznie w ostateczności. Wszelki taki środek nie powinien być stosowany na czas dłuższy niż kilka godzin i nigdy nie powinien być stosowany jako nieformalna kara. Każde umieszczenie nieletniego w pokoju na czas uspokojenia się powinno być niezwłocznie zgłaszane lekarzowi,

⁷¹ Tamże, § 105.

⁷² Zob. Raport CPT z wizyty w Wielkiej Brytanii [CPT/Inf (2017) 9, § 15].

⁷³ Zob. Pismo z dnia 15 kwietnia 2021 r. do Ministra Sprawiedliwości, KMP.022.1.2019.RK, pkt. 47.

⁷⁴ Zob. Raport Rzecznika Praw Obywatelskich z wizytacji w zakładach poprawczych i schroniskach dla nieletnich przeprowadzonych przez Krajowy Mechanizm Prewencji w latach 2008-2015, Biuletyn RPO 2016, nr 5 Źródła, str. 9-13.

aby umożliwić mu opiekę zdrowotną nad nieletnim oraz odnotowane w centralnym rejestrze⁷⁵.

Warto w tym miejscu przytoczyć również zalecenie SPT, przedstawione polskiemu rządowi po wizycie w Polsce w 2018 r. Podkomitet rekomendował wówczas, aby Państwo-Strona OPCAT zapewniło niestosowanie izolowania dzieci w wieku poniżej 18 lat, ponieważ stanowi to formę niewłaściwego traktowania⁷⁶. W mojej ocenie przesłanka umieszczenia nieletniego w izbie adaptacyjnej, określona w art. 126 ust. 1 pkt. 1) powinna zostać wykreślona z ustawy.

53. Projekt dopuszcza możliwość umieszczenia nieletniego w izbie adaptacyjnej na okres do 14 dni (art. 125 ust. 3). Okres ten jest w mojej ocenie zbyt długi i w przypadku umieszczenia nieletniego w jednoosobowym pomieszczeniu może wpłynąć negatywnie na zdrowie psychiczne nieletniego.

Specjalny Sprawozdawca ONZ ds. Tortur Juan E. Méndez podkreślał, że odosobnienie może powodować poważny ból psychiczny i cierpienie. Jeśli odosobnienie stosowane jest przez dłuższy czas i dotyczy m.in. nieletnich lub osób z zaburzeniami psychicznymi, może to oznaczać tortury lub okrutne, niehumanitarne lub poniżające traktowanie albo karanie⁷⁷. Warto mieć też na względzie zalecenie SPT przedstawione w pkt. 126 raportu z wizyty w Polsce w 2018 r., w którym rekomendowano zaprzestanie izolacji dzieci w wieku poniżej 18 lat⁷⁸.

W mojej opinii nie ma więc powodu, aby okres umieszczenia nieletniego w izbie adaptacyjnej przekraczał 5 dni. W tym czasie możliwe jest bowiem wykonanie wszystkich czynności wymaganych ustawą, bez narażania nieletniego na negatywne skutki długotrwałej izolacji.

54. Zgodnie z art. 185 projektu nieletni może pozostać w młodzieżowym ośrodku wychowawczym po ukończeniu 18 lat, maksymalnie do czasu ukończenia szkoły, do której uczęszcza. Projekt wskazuje, że jest to możliwe w „szczególnie uzasadnionych przypadkach” i na pisemny wniosek nieletniego. Decyzję w tym zakresie podejmuje nie sąd (jak jest to uregulowane w obecnej ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich)⁷⁹, a dyrektor młodzieżowego ośrodka wychowawczego. Projekt nie przewiduje zatwierdzenia decyzji przez sąd. Analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku zwalnianych z okręgowego ośrodka wychowawczego, zakładu poprawczego i hostelu. Mogą oni pozostać w placówkach na czas określony, nie dłuższy niż 1 rok, wyłącznie na podstawie decyzji dyrektora placówki

⁷⁵ Zob. Raport CPT z wizyty w Polsce [CPT/Inf (2018) 39, § 106], Dziewiąte Sprawozdanie Ogólne CPT [CPT/Inf (99) 12, § 35].

⁷⁶ Zob. Raport SPT z wizyty w Polsce [CAT/OP/POL/ROSP/1, § 126].

⁷⁷ Zob. Raport Specjalnego Sprawozdawcy ds. Tortur z dnia 5 sierpnia 2011 r., A/66/268.

⁷⁸ Zob. Raport SPT z wizyty w Polsce [CAT/OP/POL/ROSP/1, § 126].

⁷⁹ Zob. art. 73 § 2 ustawy z dnia 6 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz. U. z 2018 r., poz. 969 ze zm.).

lub kierownika hostelu. Projekt wymaga jedynie zaistnienia *szczególnie uzasadnionego przypadku* oraz pisemnego wniosku nieletniego (art. 194, 257 i 280 projektu). W celu pełnego zabezpieczenia praw nieletnich uważam, że decyzję w tym zakresie powinien podejmować sąd. Młodzieżowe ośrodki wychowawcze, okręgowe ośrodki wychowawcze i zakłady poprawcze są bowiem ośrodkami detencyjnymi, a pobyt w nich nieletnich jest formą pozbawienia wolności. Nadzór sądu nad pobytem w miejscu pozbawienia wolności stanowi ważny mechanizm zapobiegania torturom oraz nieludzkiemu i poniżającemu traktowaniu oraz karaniu. Takie rozwiązanie pozwoli na obiektywną ocenę wniosku nieletniego oraz zapewni ochronę przed ewentualnymi nadużyciami. Naturalnie dyrektor placówki powinien mieć możliwość przedstawienia swojej opinii w tym zakresie.

55. W szczególnie uzasadnionych przypadkach, na pisemny wniosek nieletniego, który ukończył 18 lat, zwalnianego z młodzieżowego ośrodka wychowawczego, dyrektor ośrodka może wyrazić zgodę na jego pozostanie w ośrodku na czas określony, nie dłuższy niż do ukończenia szkoły, do której uczęszcza (art. 185). Jak podkreśla się w ORS, standardy zawarte w art. 70 Konstytucji RP będą zachowane w przypadku, gdy inicjatywa pozostania w ośrodku po ukończeniu 18 lat będzie należała wyłącznie do nieletniego. W projekcie zmodyfikowano dotychczasowe rozwiązanie umożliwiające nieletniemu zwalnianemu z młodzieżowego ośrodka wychowawczego pozostanie w placówce do ukończenia szkoły, do której nieletni uczęszcza, po ukończeniu przez nieletniego 18 lat. Projekt eliminuje z tego procesu sąd rodzinny, ponieważ projektowane przepisy nie dają możliwości prowadzenia postępowania wykonawczego po ustaniu wykonywania środka z mocy prawa. Z kolei, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, na pisemny wniosek nieletniego zwalnianego z okręgowego ośrodka wychowawczego, dyrektor ośrodka może wyrazić zgodę na jego pozostanie w ośrodku na czas określony, nie dłuższy niż 1 rok (art. 195). W szczególnie uzasadnionych przypadkach, na pisemny wniosek nieletniego zwalnianego z zakładu poprawczego, dyrektor zakładu może wyrazić zgodę na jego pozostanie w zakładzie na czas określony, nie dłuższy niż 1 rok. Przepisu nie stosuje się w przypadku wykonywania środka poprawczego po ukończeniu przez nieletniego 21 lat (art. 257). W szczególnie uzasadnionych przypadkach, na pisemny wniosek nieletniego zwalnianego z zakładu poprawczego, dyrektor zakładu poprawczego, o którym mowa w art. 277 ust. 5 pkt 1, albo kierownik hostelu, o którym mowa w art. 277 ust. 5 pkt 2, może wyrazić zgodę na pozostanie nieletniego w hostelu na czas określony, nie dłuższy niż 1 rok. Przepisu nie stosuje się w przypadku wykonywania środka poprawczego po ukończeniu przez nieletniego 21 lat (art. 280). Należy ewentualnie rozważyć ujednolicenie ww. przepisów i także w przypadku

- przedłużenia pobytu w MOW, przewidzieć okres 1 roku, a nie czas do ukończenia szkoły – o ile taka regulacja byłaby korzystniejsza dla nieletnich.
56. Jeżeli nieletni zwalniany z okręgowego ośrodka wychowawczego, zakładu poprawczego bądź schroniska dla nieletnich nie posiada własnych pieniędzy i nie może uzyskać potrzebnej pomocy od rodziców lub opiekuna, lub z innych źródeł, dyrektor placówki może udzielić mu pomocy finansowej lub materialnej w kwocie do wysokości kwoty bazowej dla zawodowych kuratorów sądowych, której wysokość ustaloną według odrębnych zasad określa ustawa budżetowa. Pomoc taka ze strony dyrektora nie jest przewidziana dla wychowanków MOW, co rodzi pytania o ich równe traktowanie. Trudności finansowe w równej mierze mogą dotyczyć wychowanków wszystkich typów placówek (art. 195, 258, 305 projektu ustawy).
57. Nieletni umieszczeni w zakładzie poprawczym i schronisku dla nieletnich otrzymują kieszonkowe wypłacane ze środków finansowych przeznaczonych na utrzymanie placówki. Kieszonkowe nie jest przewidziane dla wychowanków pozostałych typów placówek, co rodzi pytania o ich równe traktowanie. Wyzwanie rozwojowe jakim jest nauka gospodarowania własnym budżetem stoi w równej mierze przed wychowankami wszystkich typów placówek (art. 254, 301 projektu ustawy).
58. Zgodnie z art. 131 projektu ustawy, nieletnim umieszczonym w placówkach detencyjnych mogą być udzielane świadczenia zdrowotne poza ich terenem. Projekt przewiduje, że takie świadczenia mogą się odbywać w obecności pracownika placówki, niewykonującego zawodu medycznego. Projekt wprowadza dwie zasady, w zależności od typu placówki w której umieszczony jest nieletni. W przypadku nieletniego umieszczonego w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, okręgowym ośrodku wychowawczym, zakładzie leczniczym dysponującym warunkami wzmocnionego lub maksymalnego zabezpieczenia, zakładzie poprawczym otwartym albo zakładzie poprawczym półotwartym, obecność pracownika placówki jest fakultatywna (art. 131 ust. 1). Z kolei w przypadku nieletniego przebywającego w zakładzie poprawczym zamkniętym, zakładzie poprawczym o wzmożonym nadzorze wychowawczym albo schronisku dla nieletnich, świadczenia zdrowotne poza ich terenem udzielane są co do zasady w obecności pracownika schroniska albo zakładu niewykonującego zawodu medycznego. Dopiero na wniosek osoby udzielającej świadczenia zdrowotnego, takie świadczenia mogą być udzielane bez obecności pracownika placówki dla nieletnich (art. 131 ust. 2). W mojej ocenie każde badanie lekarskie, czy inne świadczenie medyczne powinno odbywać się co do zasady bez udziału personelu placówki. Dopiero w sytuacji, gdy pracownik medyczny poprosi o asystę ze względów bezpieczeństwa, świadczenie powinno być nadzorowane. Taki standard przewidziany jest chociażby w rozporządzeniu dotyczącym badań lekarskich osób zatrzymanych

przez Policję. Zgodnie z nim „decyzję o obecności policjanta w trakcie badania lekarskiego osoby zatrzymanej podejmuje lekarz wykonujący to badanie”⁸⁰. SPT i CPT od lat podkreślają, że niezależne badanie medyczne, przeprowadzone w warunkach poufności, stanowi podstawowe zabezpieczenie przeciwko torturom. Tylko takie warunki gwarantują możliwość zbudowania z lekarzem odpowiedniej relacji, opowiedzenia o sposobie traktowania i posiadanych obrażeniach⁸¹. Zasady obecności personelu niemedycznego placówek dla nieletnich powinny więc zostać ujednoczone.

59. Projekt wprowadza definicję wydarzenia nadzwyczajnego, wskazując, że: „rozumie się przez to zdarzenie, które spowodowało zagrożenie lub naruszenie bezpieczeństwa młodzieżowego ośrodka wychowawczego, okręgowego ośrodka wychowawczego, zakładu leczniczego dysponującego warunkami wzmocnionego lub maksymalnego zabezpieczenia, zakładu poprawczego lub schroniska dla nieletnich, zdrowia lub życia nieletniego, pracownika tego ośrodka, zakładu lub schroniska lub innej osoby przebywającej na jego terenie”. (art. 87 pkt. 12). Potrzeba wprowadzenia w przepisach prawa definicji i katalogu wydarzeń nadzwyczajnych była sygnalizowana przez Rzecznika Praw Obywatelskich wielokrotnie⁸². Zaproponowana definicja jest jednak bardzo ogólna i może budzić wątpliwości interpretacyjne. W rezultacie zdarzenia takie jak: kradzież, wymuszenie, kierowanie gróźb karalnych, przemoc psychiczna, usiłowanie ucieczki (zakończone niepowodzeniem), niszczenie mienia, odmowa wykonania polecenia personelu mogą nie zostać zakwalifikowane jako wydarzenie nadzwyczajne. Aby ujednoczyć praktykę, a tym samym raportowanie o wydarzeniach w ośrodkach, wymagających wzmożonej uwagi i nadzoru, proponuję stworzenie przykładowego katalogu takich wydarzeń (np. poprzez użycie sformułowania „w szczególności”). Takie przykładowe wyliczenie mogłoby się znaleźć w ustawie lub w akcie wykonawczym do ustawy. Warto jednak podkreślić, że w obecnym kształcie projektu, nie przewiduje on takiej delegacji. Ustawa wymaga więc w tym zakresie dopracowania.

60. Projekt przewiduje utworzenie w placówkach dla nieletnich domów dla matki i dziecka, co należy ocenić pozytywnie. Projekt wprowadza jednak dwie odmienne regulacje w stosunku dla matek, w zależności od typu placówki w której umieszczona jest nieletnia. W przypadku placówek podległych Ministrowi Sprawiedliwości (okręgowych ośrodków wychowawczych, zakładów poprawczych i schronisk dla nieletnich) projekt wprowadza obowiązek zorganizowania oddziałów przeznaczonych

⁸⁰ Zob. rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 13 września 2012 r. w sprawie badań lekarskich osób zatrzymanych przez Policję (Dz. U. z 2012 r., poz. 1102).

⁸¹ Zob. Raporty CPT z wizyt w Polsce [CPT/Inf (2014) 21, § 30 ; CPT/Inf (2011) 20, § 28; CPT/Inf (2018) 39, § 27]; Raporty SPT z wizyt w Polsce [CAT/OP/POL/ROSP/1, § 55 i 104] oraz na Ukrainie [CAT/OP/UKR/3, § 53 i 58]

⁸² Zob. Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Edukacji Narodowej z dnia 20 lipca 2016 r., znak KMP.573.5.2016.JJ.

dla nieletnich wychowanek, które urodziły dziecko i zgłosiły chęć opiekowania się nim (art. 135 ust. 1 i strona 122 uzasadnienia projektu). W przypadku młodzieżowych ośrodków wychowawczych, które nie są tworzone, ani nadzorowane przez Ministra Sprawiedliwości, projekt przewiduje możliwość utworzenia takich oddziałów w tych placówkach. Decyzja, czy utworzyć domy dla matki i dziecka, będzie należała do organu założycielskiego młodzieżowego ośrodka wychowawczego (art. 135 ust. 2 i strona 122 uzasadnienia projektu). Decyzja projektodawcy nie wydaje się racjonalna i ma charakter dyskryminujący. Niezależnie bowiem od resortu, który sprawuje nadzór nad daną placówką nieletnia umieszczona w młodzieżowym ośrodku wychowawczym ma prawo do opieki, wsparcia i przygotowania roli matki w takim samym stopniu i zakresie, jak jej rówieśniczka osadzona w innej placówce. Obowiązkiem polskich władz jest stworzenie takich warunków, by mogła do roli matki odpowiednio się przygotować. Niniejsza ustawa stawia sobie za cel kompleksowe uregulowanie problematyki nieletnich. Nie powinna więc ograniczać się wyłącznie do kwestii pozostających w gestii Ministra Sprawiedliwości, a wręcz przeciwnie, projektować rozwiązania o charakterze międzyresortowym. Aktualnie bowiem sytuacja nieletnich matek w placówkach dla nieletnich narusza przepisy art. 18 i 47 ust. 2 Konstytucji, o czym Rzecznik Praw Obywatelskich informuje od lat⁸³. W mojej ocenie ustawa powinna zawierać regulację wskazującą na obowiązek utworzenia w wybranych młodzieżowych ośrodkach wychowawczych domów dla matki i dziecka oraz delegację ustawową dla właściwego Ministra, uprawniającą go do wskazania wybranych ośrodków, mając na względzie takie czynniki jak: możliwości lokalowe młodzieżowych ośrodków wychowawczych, możliwości personelu w zakresie metod pracy i ofertę edukacyjno-opiekuńczą. Warto mieć świadomość, że bez odpowiedniej zmiany legislacyjnej sytuacja nieletnich matek w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych może w ogóle nie ulec poprawie. Placówki te nie będą bowiem miały obowiązku tworzenia domów dla matki i dziecka, co wiąże się również z kosztami finansowymi prowadzenia takich miejsc i obciążeniem personelu. Problem jest poważny, gdyż jak wynika z informacji będących w posiadaniu Biura RPO w latach 2017-2021 szacunkowa liczba nieletnich matek przebywających w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych wyniosła około 290⁸⁴. Chciałbym też podkreślić, że zgodnie ze standardami ONZ nieletnim matkom pozbawionym wolności, nie można z jakichkolwiek przyczyn związanych z ich statusem, odmówić praw obywatelskich

⁸³ Zob. Wystąpienie generalne RPO do Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 maja 2021 r., KMP.573.52.2014.AO.

⁸⁴ Wskazanie dokładnej liczby nie jest możliwe. Wynika to chociażby z faktu, iż placówki nie prowadzą dokładnych i regularnych statystyk w tym zakresie. W odpowiedziach z poszczególnych ośrodków pojawiały się niekiedy zastrzeżenia, że jakaś nieletnia matka, która przebywała w danej placówce mogła zostać „pominięta” w zestawieniu. Zob. wystąpienie RPO z dnia 30 maja 2021 r., KMP.573.52.2014.AO.

lub społecznych, które przysługują im na mocy prawa krajowego lub międzynarodowego i które są zgodne z pozbawieniem wolności”⁸⁵.

61. W art. 133 ust. 1 pkt. 3) i ust. 2 ustawa przewiduje, że dyrektor placówki jest zobligowany do informowania określonych osób i instytucji o stanie ciąży nieletniej i urodzeniu przez nią dziecka. Projekt wymienia: sąd rodzinny albo organ prowadzący postępowanie, sąd opiekuńczy, rodziców (albo tego z rodziców, pod którego stałą pieczęą nieletni faktycznie pozostaje, albo opiekuna nieletniego). Warto zastanowić się nad zapisem obligującym także do zawiadomienia o powzięciu przez nieletniego informacji, że będzie ojcem lub o urodzeniu mu się dziecka – taka informacja może być istotna dla sądu np. w celu przeniesienia nieletniego do placówki bliżej miejsca zamieszkania dziecka. Ciąża nieletniej jest stanem, który może zostać w łatwy sposób potwierdzony – powzięcie przez nieletniego informacji, że zostanie ojcem czy nawet o narodzinach dziecka – nie podlega tak łatwej weryfikacji. Trudność ta nie powinna jednak prowadzić do całkowitego zaniechania prób opisanego rodzaju zobowiązania o powiadomieniu sądu i rodziców ani do zobowiązania pracowników placówki do wspierania nieletniego w roli ojca – równoległe do zapisów o konieczności wspierania nieletniej w przygotowaniu do roli matki.
62. Projekt przewiduje powołanie przez Ministra Sprawiedliwości komisji do spraw kierowania nieletnich do młodzieżowego ośrodka wychowawczego (art. 179). Obecnie zadania te wykonuje starosta we współpracy z Ośrodkiem Rozwoju Edukacji. Mam wątpliwość, czy istnieje potrzeba utworzenia takiej komisji wobec właściwego funkcjonowania w tym przedmiocie Ośrodka Rozwoju Edukacji.
63. Pozytywnie oceniam założenie utworzenia przez Ministra Zdrowia komisji do spraw środka leczniczego dla nieletnich, wzorowanej na komisji psychiatrycznej do spraw środków zabezpieczających z Kodeksu karnego wykonawczego (art. 217 projektu ustawy i strona 159 uzasadnienia projektu). Podzielam opinię projektodawcy, że utworzenie takiej komisji może zagwarantować usprawnienie postępowania wykonawczego w sprawach nieletnich oraz zapewnić udział w tym procesie organu dysponującego specjalistyczną wiedzą z zakresu zdrowia psychicznego. Dotychczas praktycy wielokrotnie podnosili brak takiej komisji i trudność w poszukiwaniu przez sąd właściwego miejsca do wykonywania środka leczniczego orzeczonego wobec nieletnich. Zwłaszcza sędziowie uwypuklali to zagadnienie na licznych konferencjach naukowych, po tym jak Komisja ds. Kierowania, Przenoszenia i Pobytu Nieletnich w Publicznych Zakładach Opieki Zdrowotnej zawiesiła swoją działalność z dniem 10 listopada 2006 r.

⁸⁵ Zob. Zasady Narodów Zjednoczonych dotyczące ochrony osób nieletnich pozbawionych wolności (Zasady z Hawany). Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 45/113 z 14 grudnia 1990 r., Reguła 13.

Wskazane powyżej kwestie są w mojej ocenie istotne, zarówno z punktu widzenia zgodności ze standardami konstytucyjnymi i międzynarodowymi, ochrony praw i wolności nieletnich oraz wyeliminowania ryzyka tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego i poniżającego traktowania albo karania. Dlatego też mam nadzieję, że zostaną potraktowane z należytą uwagą i uwzględnione na dalszym etapie prac legislacyjnych.

Z wyrazami szacunku

Marcin Wiącek

Rzecznik Praw Obywatelskich

/-podpisano elektronicznie/