



## **PRACTICAL ASPECTS OF ASSESSMENT OF RISK OF RE-OFFENDING BY “ESPECIALLY DANGEROUS” OFFENDERS IN THE CONTEXT OF THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL OF 23 NOVEMBER 2016 (K 6/14)**

Maciej BOCHĘSKI

*Bar Association in Kraków*

### **Abstract**

The aim of the presented paper is to analyse the Judgment of the Polish Constitutional Tribunal (of 23 November 2016) concerning the Act of 22 November 2013 on procedures for dealing with persons with mental disorders who pose a threat to the lives, health or sexual freedom of other people. The analysis is carried out from the perspective of Criminology and Forensic Psychology – including contemporary knowledge about the most effective ways of dealing with sex offenders and dangerous criminals. Although from the viewpoint of constitutional and criminal law doctrine the Judgment of 23 November 2016 (K 6/14) can be defended, it (the Judgment) fails to adequately take into consideration very important practical matters that affect possibilities of achieving the goal which was assumed by the legislature. Serious shortcomings in the practical capabilities of carrying out a risk assessment of reoffending make it very hard to determine which convicted criminals should be subjected to treatment provided for in the Act of 22 November 2013. The article includes a theoretical comparative analysis between the vision of law presented by the Constitutional Tribunal and law in action in Poland and, furthermore, an analysis of the compatibility of methods of risk assessment in Poland with the current state of knowledge on Forensic Psychology. As far as practical implications of the article are concerned, the most crucial conclusion is that it is impossible to interpret the law without taking into account practical capabilities of its execution.

### **Key words**

Sex offenders; Dangerous offenders; Post-penal forms of penal response.

*Received 6 April 2017; accepted 4 May 2017*

### **1. The Act on procedures for dealing with persons with mental disorders who pose a threat to the life, health or sexual freedom of other persons – preliminary remarks**

Readers of this journal are doubtless familiar with the issues linked with the Act of 22 November 2013 on procedures for dealing with persons with mental disorders who pose a threat to the lives, health or sexual freedom of other persons (Journal of Laws of 2014 item 24, henceforth also referred to as the Act

of 22 November 2013). Independently of the media storm and the emotions that were aroused by the passing (enactment) of this act, discussions flared up amongst psychiatrists, psychologists, criminal lawyers and criminologists about the purpose, and rationality of the proposed solutions and also about their compliance with the Constitution of the Republic of Poland (Królikowski, Sakowicz, 2013; Kmiecik, 2013; Gierowski, Paprzycki, 2014; Bocheński, 2014; Barczak-Oplustil, 2014).

Just as a brief reminder it should be indicated that the mentioned Act was passed (enacted) as an instrument intended to overcome the negative effects of the Amnesty of 7 December 1989, pursuant to which persons sentenced to death had their punishment changed by the legislature to 25 years' imprisonment (see Art. 5 section 1 point 2 of the Amnesty Act of 7 December 1989, Journal of Laws of 1964, item 390). The mentioned Amnesty Act – as well as the failure to include the penalty of life imprisonment in the Penal Code of 1969 – led to a situation where in the period from 11 December 1989 (the date of entry into force of the Act) to 31 August 1998 (the Penal Code of 1997 entered into force on 1 September 1998) a sentence of imprisonment for a maximum of 25 years could be handed down to especially dangerous perpetrators of crimes against life and health and sexual freedom. At the same time, the Penal Code of 1969 did not provide for – in the catalogue of penal measures – the possibility of subjecting such persons to supervision or post-penal isolation on the basis of a criminal court ruling, which constituted the basis for imposing a custodial sentence.

The Act on procedures for dealing with persons with mental disorders who pose a threat to the lives, health or sexual freedom of other persons was intended to be a remedy that provided the possibility of returning offenders who were perceived as particularly dangerous to society: offenders against whom – on the strength of the above mentioned normative acts – a sentence of life imprisonment had not been handed down, but “merely” a penalty of 25 years' imprisonment. The means by which the mentioned objective was to be achieved was supposed to be the possibility of applying measures constituting a form of limitation (preventive supervision) or actual deprivation of personal freedom (placement in the National Centre for the Prevention of Antisocial Behaviour) against persons finishing a prison sentence that had been handed down before the entry into force of the discussed act.

As stated in Art. 1 of the Act of 22 November 2013, the Act regulates proceedings against persons who fulfil the following cumulative conditions:

- 1) they have been sentenced to imprisonment or 25 years' imprisonment in the therapeutic system,
- 2) during the execution proceedings, they experienced mental disorders in the form of mental impairment, personality disorder or sexual preference disorder,
- 3) mental disorders diagnosed in them are of such a nature or intensity that there is at least a high probability of committing a crime with the use of violence or threat of its use against life, health or sexual freedom, punishable by imprisonment with an

upper limit of at least 10 years. These persons were supposed to be – in accordance with provisions of the act – defined as persons “posing a threat”.

Preventive supervision or placement in the *Krajowy Ośrodek Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym* (The National Centre for the Prevention of Antisocial Behaviour) is applied to such persons on the basis of the provisions of the law. The aim of preventive supervision is to reduce the threat to life, health or sexual freedom of other persons from a person posing a threat who has not been placed in the above mentioned Centre. However, a person posing a threat who has been placed in the National Centre for the Prevention of Antisocial Behaviour is subject to appropriate therapeutic treatment, whose aim is improvement of their state of health and behaviour to a degree that enables them to function in society in such a way that they do not pose a threat to the life, health or sexual freedom of other persons. The director of the Centre draws up an individual therapy plan for each person who poses a threat that is placed in the Centre.

## **2. Assessment of the compliance of the procedures for dealing with persons with mental disorders who pose a threat to the lives, health or sexual freedom of other persons with the Constitution of the Republic of Poland – Judgment of the Constitutional Tribunal of 23 November 2016**

As a result of requests from the President of the Republic of Poland and the Commissioner for Human Rights as well as legal questions posed by the District Court in Lublin and the Court of Appeal in Wrocław, the Constitutional Tribunal addressed the issues linked with the Act and the doubts as to its compliance with the Constitution. In its Judgment of 23 November 2016 (File reference no. K 6/14, OTK ZU A/2016, item. 98 – hereafter referred to as “CT 2016”), the Constitutional Tribunal confirmed the compliance of almost all the provisions of the Act with the Constitution. The Constitutional Tribunal, performing a general analysis of the issues linked with the Act, aptly perceived that it constitutes *an attempt – which is discussed in the public space – to balance conflicting constitutional values: the personal freedom of persons deemed to pose a threat to society vis a vis the life, health and sexual freedom of their potential victims. At the same time, the Act of 2013 assumes that limiting or depriving the personal freedom of persons deemed to pose a threat is aimed at protecting them from strongly*

*negative, uncontrolled reactions of other persons. In society, there exists a strong sense of threat from such persons* (CT 2016).

In subsequent passages, the Constitutional Tribunal addressed further criticisms, the most serious of which concerned breach of the principles *lex retro non agit* (a law does not apply retroactively) and *ne bis in idem* (double jeopardy). The Tribunal stated that within the scope indicated by the petitioners (critics), as well as by the questioning Courts, the Constitution of the Republic of Poland cannot be said to be infringed by the majority of the provisions of the Act. An analysis of all the issues examined by the Constitutional Tribunal exceeds the scope of this article. However, it is worth devoting more attention to one issue, whilst directing readers who are interested in the remaining material to the text justifying the discussed ruling.

The Constitutional Tribunal, in recapitulating the position of particular initiators requesting constitutional control of the Act of 22 November 2013, did not overlook the stance of (amongst others) Heitzman, who questioned the therapeutic nature of isolation in the mentioned Centre (CT 2016). Furthermore, Heitzman noted that the indefinite placement of an offender in the Centre carries the risk of transforming this stay into long-term or even life-long isolation (CT 2016). Similarly, the opinions of some Polish psychiatrists, which were publicly expressed in the legislative process, did not escape the notice of the Tribunal – these psychiatrists argued that the Act imposes “a duty that is impossible to fulfil” on experts, since they are not able to “predict” the actions of a person that is subject to their expert opinion (CT 2016, see also Gierowski, Paprzycki, 2014; Bocheński, 2014). The rest of this paper will focus on precisely this issue – assessing the risk of recidivism by a person to whom the procedure has been applied (the procedure mentioned in the discussed Act and addressed in the Constitutional Tribunal’s Judgement).

### **3. The likelihood of recidivism by a convicted offender, as assessed by the Constitutional Tribunal**

Turning now to the mentioned issue of the assessment of the probability of committing a defined crime again (after all, the Act of 22 November 2013 can only be applied to persons in whom psychological disorders have been diagnosed that are of such a nature or intensity that there is at least a high probability of committing a crime with the use of violence or threat of its use against life, health or sexual freedom, pun-

ishable by imprisonment, whose upper limit is at least 10 years), it is worth recalling that the subject of constitutional doubts was the quantification carried out by the legislature in Art. 14 Section 2 and Art. 14 Section 3 of the Act, in accordance with which:

Art. 14 (2). The court rules on the application of preventive supervision of a person posing a threat, if the nature of the ascertained psychological disorders or their intensity indicate that there is a high probability of commission by the person of a crime with the use of violence or the threat of its use against life, health or sexual freedom that is punishable by imprisonment with an upper limit of at least 10 years.

Art. 14 (3). The court rules on placement in the Centre of a person posing a threat, if the nature of the diagnosed mental disorders or their intensity indicate that it is necessary due to very high probability of commission of a crime with use of violence or threat of its use against life, health or sexual freedom that is punishable by imprisonment whose upper limit is at least 10 years.

The Constitutional Tribunal in its Judgment focused in essence on the strictly doctrinal issue of the unconstitutionality of use by the legislature of challenged vague (imprecise) terms. As highlighted in the justification of the Judgment: *The use of an imprecise term is intended to serve to ensure the necessary degree of flexibility of the legal text. An imprecise (vague) term has a “a band of fuzziness” – its use carries with it a certain freedom in assigning given objects to a given range (however; it should be noted emphatically that this only applies to fragments encompassed by the “band of fuzziness”, because beyond it there is no constitutional freedom[of interpretation] – so-called “decisional freedom” ). In the context of terms/phrases used by the legislature in the challenged normative Act – “high probability” and “very high probability” of committing a crime by the offender in the future with the use of violence or the threat of its use against life, health or sexual freedom, punishable by imprisonment with an upper limit of at least 10 years – the Tribunal emphasizes that the imprecision is enhanced by the abstract character of the word “probability”. However; one cannot infer about unconstitutionality on the basis of the mere fact that the legislature has used a given imprecise term* (CT 2016).

In another passage in the justification, the Tribunal refers to examples of similar normative acts in the legislation of other countries. Summarizing its legal-comparative analysis of the application of imprecise terms in the legislation of other countries when establishing the premises for isolating dangerous persons, the Tribunal states *that the common premise*

for all the discussed institutions is the danger (threat/risk) that an isolated person poses for society, as defined using imprecise terms/phrases such as: fear of committing a crime (Austria, Germany), very high probability (France), high probability of committing a crime (Switzerland), or else direct risk of a return to crime (Norway). This means that use by the Polish legislature of the imprecise terms “high probability” and “very high probability” is not some legislative excess in the context of norms applied in other Western European countries (CT 2016).

When analysing the cited excerpt, it is impossible not to get the impression that the Tribunal has failed to understand the essence of the issue. Independently of strictly practical aspects, which, in the opinion of the author, cannot be overlooked, when interpreting the law a doubt also arises concerning a juridical aspect – to which insufficient attention has been devoted in the discussed ruling. For the fundamental problem is not that a vague or imprecise term, such as “probability” found its way into the legal text, but that this criterion was then “embellished” with quantifiers, which firstly amplify its imprecision, and secondly make the application of two extremely different (and at the same time troubling to a varying degree) legal sanctions dependent on ascertainment of the defined degree of probability. It is significant that even in the extracts from the legislation of other countries cited by the Tribunal, there is a lack – within the scope of one provision – of further division of the aforementioned “probability” (or “concerns”, “risk”, “danger” etc.) into categories or degrees.

The Constitutional Tribunal also emphasizes that the concept of “high probability” is not alien to Polish criminal law either. Art. 203 § 1 Code of Criminal Procedure states: *In the event of such a necessity being reported by an expert, examination of the state of mental health of the accused may be combined with observation in a medical establishment only when collected evidence indicates a high probability that the accused has committed a crime.* It is significant that, in referring to the content of this Article, the Tribunal loses sight of the fact that in the provision, the purpose is not to predict future probability [of committing a crime] but to assess the evidence material in relation to the probability that the defendant committed a crime in the past (the crime which is the subject of the legal proceedings). Already, such a selection of material with the aim of carrying out a comparative legal analysis raises a question mark about the Tribunal’s orientation towards risk assessment of recidivism.

#### 4. Modern standards of risk assessment of recidivism

When indicating the currently most influential concepts concerning basic assumptions for proceeding with so-called “especially dangerous” perpetrators, it is worth mentioning *Risk-Need-Responsivity* (Ward, Brown, 2004; Ward, Gannon, 2006; Ward, Mann, Gannon, 2007; Ward, Marshall, 2004). The principles of successful rehabilitation of offenders using therapeutic interventions, namely: *risk, need, responsivity* and additionally the *professional discretion principle* are listed in this conception (Bonta, 1996; Andrews, Bonta, 2003; Ogloff, Davies, 2004; Looman, Abracen, 2013).

Simplifying greatly, it can be stated that the principles of risk, need and appropriate response allow – based on the established level of risk of re-offense and taking into account the needs and individual predisposition of the offender – the designing of therapeutic actions orientated towards offenders (Bonta, 1996; Andrews, Bonta, 2003; Ogloff, Davies, 2004; Ward, Melsner, Yates, 2007; Wormith, 2017). It is impossible not to notice that in this procedure for estimating risk and designing penitentiary (or post-penal) actions, a number of protective factors (discouraging from recidivism) and risk factors (increasing the probability of recidivism, see de Vries Robbè, de Vogel, Douglas, 2013; Latessa, 2016) are taken into account. Among the latter, there are a number of components of varied character and intensity, including attitudes and beliefs conducive to committing crimes, symptoms of an antisocial personality (e.g. impulsivity), poorly developed problem-solving skills, addictions, high level of hostility towards others and anger, as well as links with the criminal world. In the case of sexual offences, other risk factors include: deviant sexual preferences, deficits of intimacy, and loneliness, as well as emotional problems, low self-esteem and mental health problems such as depression (Hanson, Harris, 2000a; 2000b; Hollin, 1999; Ward, Polaschek, Beech, 2006; Andrews, Bonta, 2003; Harkins, Beech, 2007a; 2007b; Hart, Laws, Kropp, 2003).

It is worth emphasizing that the concept of R-N-R is not an exclusively theoretical one. The results of many studies indicate that actions (interventions) applied to offenders are more effective if they take into account the above described principles of the discussed conception (Hanson et al., 2002; Bonta et al., 2010; Hanson, Bourgon, Helmus, Hodgson, 2009; Lösel, Schmucker, 2005; Harkins, Beech, 2007a; 2007b).

However, one cannot fail to notice that originally assessments of risk of recidivism were carried out

almost without any tools, in the form of *unstructured clinical judgement* (Beech, Ward, 2004; Hart et al., 2003; Beech 2001). This method involved formulating conclusions on the basis of information obtained from an interview carried out with the offender, as well as information concerning the committed crime, and fragmentary information concerning the life prospects of the offender after finishing their sentence. Although the scope of information taken into account could be significant, the conclusions drawn constituted, in essence, a subjective assessment, formulated on the basis of the experience of the evaluator (Beech, Ward, 2004; Hart et al., 2003; Beech, 2001; Ward et al., 2006).

Another distinctive approach was based on so-called *guided clinical judgement*. In this case, the conclusions were drawn by the same method, except that more specific data were sought, based on knowledge relating to the statistically most frequently occurring risk factors (Ward et al., 2006; Limandri, Sheridan, 1995; Beech, Ward, 2004; Gierowski, Paprzycki, 2012). Both of the above approaches were criticized for their significant degree of arbitrariness in formulating conclusions and also for concentrating entirely on factors from the past, without taking into account changes linked with the process of treatment or therapy, and the intensification of defined factors and their interrelations (Gierowski, Paprzycki, 2012; Beech, Ward, 2004).

A more comprehensive approach to the assessment of risk of re-offending exists, known as *anamnestic risk assessment*. Under this approach, the hitherto life of the perpetrator is studied in terms of specific predispositions and traits (risk factors and protective factors), in order to establish whether and which factors still exist in the case of the given perpetrator. An advantage of this approach is the fact that it offers a specific scheme (methodology) on which to base the formulation of final conclusions; a drawback, on the other hand, is that the main source of information continues to be the interview conducted with the offender, after which the investigator draws conclusions (Gierowski, Paprzycki, 2012; Beech, Ward, 2004; Ward et al., 2006).

A form of *guided clinical judgement* that is based on the results of clinical research is referred to as: *research-guided clinical judgement* (Beech, Ward, 2004; Ward et al., 2006). In this approach, the therapist makes use of a set of factors – formulated *a priori* based on clinical research and scientific theories – as a sort of “guide” to carrying out risk assessment. Instruments for carrying out this kind of evaluation contain static (i.e. historical) risk factors (e.g. past

crimes or violence, problems in relationships and interpersonal relations), dynamic-stable risk factors (i.e. predispositions, e.g. attitudes which are conducive to committing crimes, and addictions) and acute/sudden factors (i.e. releasing factors, e.g. loss of support from friends/family, frequent contact with potential victims, Boer, Hart, Kropp, Webster, 1997; Beech, Ward, 2004; Thornton, 2002).

In recent years, a tendency to create and develop tools for predicting risk of recidivism among sexual offenders in an almost mechanistic way can be observed increasingly frequently. This approach is referred to as the *purely actuarial approach* (Beech, Ward, 2004; Ward et al., 2006). The mentioned instruments focus mostly on historical elements, whose significance for recidivism has been identified in scientific studies (Hanson, 1997; Hanson, Bussiere, 1998; Hanson, Thornton, 1999; 2000; Thornton et al., 1998, Epperson, Kaul, Hesslton, 1998; Vose, 2016; Firestone, Bradford, Greenberg, Serran, 2000; Wright, Nobrega, Langevin, Wortzman, 1990; Porter et al., 2000). The occurrence of these factors and their coding according to principles set out in the given questionnaire allows you to calculate the probability of recidivism and to classify the offender into one of several risk categories (Wormith, 2017; Vose, 2016; Ridgeway, 2013; Shaffer, Kelly, Lieberman, 2011; Seto, Eke, 2015; Sheppard, Lubbers, Ogloff, 2016; Gierowski, Paprzycki, 2012; Beech, Ward, 2004; Ward et al., 2006; Aigner et al., 2000). Amongst the best known systems which have been developed on the basis of the principles of the last of the above mentioned approaches and which successfully use the above described methods of operating are: the Sex Offender Treatment Evaluation Project (STEP) – and the psychometric tests applied as part of this Project – used in the United Kingdom to investigate mental health problems in child sexual offenders (Beech, Fisher, Beckett, 1999); the Initial Deviance Assessment (IDA), which makes use of the *Structured Risk Assessment Model*, serving to assess risk in perpetrators of all sexual offences by the British prison service (Thornton, 2000; Thornton, 2002); and the Sex Offender Need Assessment Rating (SONAR) used in Canada (Hanson, Harris, 2000). At this point, it is worth mentioning that carrying out an assessment and estimating the risk of recidivism using the mentioned tools is known as structured professional risk assessment (Gierowski, Paprzycki, 2012; see also Craissati, 2005). The effectiveness of the mentioned instruments has recently been confirmed in empirical studies (Wormith, 2017; Vose, 2016; Ridgeway, 2013; Shaffer, Kelly, Liberman, 2011; Seto, Eke, 2015; Sheppard et al., 2016; Hanson et al., 2009; Lö-

sel, Schmucker, 2005; Harkins, Beech, 2007a; 2007b; Hanson et al., 2002; Bonta et al., 2010; Beech, Fisher, Thornton, 2003; Beech, Ward, 2004; Gannon, Beech, Ward, 2008; Gerhold, Browne, Beckett, 2007; Seifert, Möller-Mussavi, Wirtz, 2005; Smith, Gendreau, Swartz, 2009).

## 5. Assessment of the risk of recidivism in the Polish judicial system

Although the concept of criminological-social forecasting itself is not foreign to Polish law, practice in this field remains very inadequate. Empirical studies conducted at the stage of jurisdictional proceedings indicate that circumstances relating to the state of mental health of the accused are treated by courts exclusively as a premise conditioning the possibility of ascribing guilt to the perpetrator, and – as a consequence – possibly criminal liability (Habzda-Siwiek, 2002; Bocheński, 2016; Mozgawa, Budyn-Kulik, 2006; Mozgawa, Kozłowska-Kalisz, 2012; see also Beisert, 2012; see also Gierowski, 1988). There is a lack of deeper reflection in the Polish judicial system on the subject of the relationships between the mental health problems of offenders and prospects of re-socialization, or else generally with the issue of adapting the criminal law response to the features and individual predispositions of a particular perpetrator (Habzda-Siwiek, 2002; Bocheński, 2016; Mozgawa, Budyn-Kulik, 2006; Mozgawa, Kozłowska-Kalisz, 2012; por. Beisert, 2012). The fact that there are no tools in Poland (that have been adapted to Polish conditions) for carrying out this type of analysis is also an obstacle to performing risk assessment of recidivism (Gierowski, Paprzycki, 2012). Even if a court or other criminal proceedings body has at its disposal data concerning the social, personal and family situation, traits and predispositions of the offender, the evaluation of these remains in essence a totally unstructured clinical assessment, and this is because of a lack of tools available to the expert for carrying out risk assessment of recidivism in a professional way – corresponding to the practice in other countries.

At the same time, it should be emphasized that expert psychologists and psychiatrists should not be held responsible for this state of affairs in Poland. For it is worth noting that the development of appropriate questionnaires and methods must be preceded by comprehensive and extensive studies of the offender population in order to establish – in a given specific population – which are the most frequently occurring risk factors for recidivism, what are the protective

factors and which actions decrease the likelihood of recidivism (Monahan, 1992; Marshall, Hall, 1995; Lalumière, Harris, Quinsey, Rice, 2005; Långström, Sjöstedt, Grann, 2004; Richardson, Kelly, Graham, Bhatte, 2004; Abracen, Looman, DiFazio, Kelly, Stripe, 2006; Dowden, Adrews, 2000; Dowden, Antonowicz, Andrew, 2003; Marlatt, Larimer, Witkiewitz, 2012). The subject and scope of such empirical research means that it cannot realistically be carried out by a single researcher. This type of research project requires, in particular, the involvement of judiciary bodies and state agencies (the prison service, professional probation officers, etc.). For it is necessary to carry out comprehensive examinations of the state of mental health of offenders and to monitor particular groups of offenders at each stage of criminal proceedings – in particular in enforcement proceedings – as well as to analyse their fates after the proceedings have finished (Wormith, 2017; Vose, 2016; Tollenaar, van der Heijden, 2013; van Nostrand, Keebler, 2009; Ridgeway, 2013; Andrews et al., 2012; Austin, Bhati, Jones, Ocker, 2012; Austin, Ocker, Bhati, 2010; Brennan, Dietrich, Ehret, 2009; Cohen, Lowenkamp, VanBenschoten, 2016a; 2016b; Laajasalo, Häkkänen, 2004; Kennedy, Vale, Khan, McAnaney 2006; Taylor 2013; Hollin 1999; Olver, Stockdale, Wormith 2011; Quinsey, Harris, Rice, Cormier, 1998). Such findings will not, however, be established in Poland until the need to carry out risk assessment of recidivism – based on tools whose validity has been confirmed by empirical research – has been acknowledged. However, such a need is not seen in the current climate of the Polish judiciary, and the only empirical research is carried out within the framework of research projects (limited due to circumstances) undertaken by the academic community (Habzda-Siwiek, 2002; Bocheński, 2016; Mozgawa, Budyn-Kulik, 2006; Mozgawa, Kozłowska-Kalisz, 2012; see Beisert, 2012; see also Gierowski, 1988; Pastwa-Wojciechowska, 2008; Gierowski, 1989; Gierowski, 1993; Gierowski, Heitzman, Szymusik, 1994; Przybyłek, Sławik, Gierowski, 2001; Szymusik, Leśniak, Gierowski, Leśniak. 1988). On the other hand, proceedings bodies perceive the state of mental health of the defendant only through the prism of the sanity and the capacity of the person to bear criminal responsibility, which in turn is reflected in the statements made to experts and the questions posed to them. Polish forensic psychology has adapted to a certain extent to such expectations on the part of the Polish judiciary (Lipczyński, 2007; Przybysz, 2003; Gruza, 2009). However, only a few within this discipline (forensic psychology) in Poland perceive the need and necessity to carry out a pro-

fessional structured assessment of risk of recidivism corresponding to the above presented anamnestic approach (Gierowski, Jaśkiewicz-Obydzińska, Najda, 2008; Gierowski, Paprzycki, 2012).

In view of this deeply-entrenched practice in the justice system, the expectation that experts will be able to carry out an assessment of the risk of recidivism by offenders – in a fair and reliable way that constitutes a basis for applying the measures mentioned in the discussed act – is just a fantasy. At this point it must be emphasized that an expert finding themselves in the realities of criminal proceedings will not do everything that the legislature intends. It is sufficient to recall the original wording of Art. 95a Penal Code, which contains the phrase “disturbance of mental actions with a sexual basis, other than a mental illness” – which means nothing to anyone! (Gierowski, Paprzycki, 2012; Bocheński, 2016). Because this concept is alien to forensic medicine and psychology, it meant that experts were unable to opine on the existence of this type of disorder (it had not been defined in these branches of science, Gierowski, Paprzycki, 2012). A somewhat similar situation exists when it comes to risk assessment of re-committing a particular type of crime punishable by a particular penalty, taking into account differentiation into “high” and “very high” probability. Experts in Poland do not possess tools for carrying out this type of evaluation, and for this reason they are not able – in a way that complies with the standards of *evidence based criminal policy* – to give the court reliable answers to questions that are required to be asked in accordance with the discussed act.

The analysed Constitutional Tribunal ruling seems to be suggesting that since expert psychiatrists, psychologists and sexologists “are coping” as regards giving expert opinions at the stage of the criminal proceedings in their jurisdictional and enforcement phase, they should also be able to cope later. However, this assumption is basically invalid. For the starting point should be to clearly and emphatically state that the manner and scope of establishing the mentioned findings is – judged from the perspective of contemporary forensic psychological and criminological practice – rather unprofessional (see Hollin, 1999; Marshall, Anderson, Fernandez, 2006; Marshall, Fernandez, Marshall, Serran, 2006; Bonta, 1996; Thornton et al., 2003; Hanson, Harris, 2000; Limandri, Sheridan, 1995; Boer et al., 1997; Hanson, Bussière, 1998; Hanson, Thornton, 1998; Hanson, Harris, 2000; Marlatt et al., 2012). Whereas it is difficult in principle to find much fault with assessments of the sanity (accountability) of defendants at the time of committing the given crime, all predictions of the future are methodo-

logically – and therefore substantively – questionable for the above mentioned reasons.

## 6. Conclusions

In the context of the commentary presented above, and thus from a criminological perspective, the issue of the compliance of the norms of the Act of 22 November 2013 (with the Constitution) appears to be not only strictly juridical or doctrinal, but also practical. Whether or not the discussed provisions are able to achieve the set objective depends on the possibility of correct application of these provisions. For, in accordance with Art. 31 Section 3 of the Constitution, restrictions on the exercise of constitutional freedoms and rights can be established only in an act and only when they are necessary in a democratic state for its safety or for public order, or for the protection of the environment, health and public morality or the freedom and rights of other persons. These restrictions must not infringe the essence of freedoms and rights. It follows from the above provision of the Constitution that restrictions on the exercise of personal liberty are permissible if they are:

- a) established in the form of an act,
- b) established for a constitutionally legitimized objective,
- c) useful for achieving the objective,
- d) necessary to achieve the objective,
- e) strictly proportional, i.e. that the results of the introduced regulation remain in appropriate proportion to the burdens placed upon the individual.

Are the solutions adopted in the Act of 22 November 2013 useful and capable of achieving the objective of treating (curing) perpetrators and protecting society? This question cannot be confined solely to purely doctrinal deliberations. In order to assess the discussed problem you need to take into account practical issues. If you assume that a stay in the National Centre for the Prevention of Antisocial Behaviour should serve to “make the offender safe”, then it is necessary first to establish that the given offender is “dangerous” as understood in the Act of 22 November 2013. Next, realisation of the goal that has been set requires assuming that methods exist to subject the given offender to defined actions which will hopefully restore their ability to function smoothly in society. Furthermore, another aspect is the possibility of applying these methods and adapting them to the situation and needs of a particular person, and, moreover, there exists the possibility of monitoring progress (or regression) of the state of “threat” of the given person evaluated against stand-

ardized criteria that are reasonably objective, which are based on knowledge and not on the convictions of the investigators.

In the realities of the Polish judicial system, serious doubts arise as to whether the mechanism of placing in the Centre – provided for in the act – is useful for achieving the stated objectives. For it is highly doubtful whether an accurate, reliable and objective assessment of the risk of recidivism can be carried out in Poland. Scientifically justified objections are also raised that compulsory isolation of perpetrators of serious crimes – or at least some of them – is an obstacle to their effective treatment, which is even unachievable in the case of particularly serious offenders with serious mental disorders (Taylor, 2013; Harrison, 2010; de Boer, Whyte, Maden, 2008). *Compulsory post-penal isolation of offenders in a way that is not useful for the achievement of the intended therapeutic goals makes it impossible or significantly more difficult to achieve the socialization objective, i.e. rehabilitation of the offender into society*, as pointed out by judge Andrzej Wróbel in a separate statement attached to the critiqued Ruling (CT 2016).

An analysis of past rulings in cases concerning placement in the National Centre for the Prevention of Antisocial Behaviour confirms the above mentioned doubts relating to practical aspects of expert opining in the discussed proceedings. Although experts often correctly identify risk factors (see, among others, the Order of the Court of Appeal in Łódź, I Civil Division, 17 December 2014, I ACa 1314/14, Legalis), the final conclusions constitute an unstructured clinical judgment – an opinion by experts based on their personal knowledge and experience, and not on results of empirical studies encompassing the whole population of perpetrators and allowing an unambiguous assessment of relationships between a defined risk factor and level of recidivism. This is emphatically indicated by, amongst other things, the Order of the Court of Appeal in Katowice, V Civil Division, of 26 February 2016, file reference no. V ACa 13/16, in which the Court unequivocally stated that experts *merely indicated their degree of conviction about the possibility of the defined crime being committed by the defendant*. The viewpoint that expert opinions in this field should be supplemented by the Court’s own assessment adds further complications in the practice of assessing the risk of recidivism. Such an assessment by the Court should be in the form of *a detailed analysis of crimes committed to date, their motivation, their link with the ascertained mental disorders, taking into account the hitherto course of the perpetrator’s life and their current life situation, the results of hitherto therapeutic*

*treatment if such has been provided, and possibilities of undertaking such treatment in freedom conditions* (e.g. Order of the Supreme Court – Civil Chamber of 10 January 2017, file reference no. V CSK 483/15, Legalis, and Order of the Supreme Court of 13 January 2016, V CSK 455/15, OSNC 2016, no. 11, item 133). Hence, hitherto proceedings reveal not only the unstructured way of carrying out assessments by experts, but also the practice of supplementing such assessments (in a manner that is far removed from methodologically correct standards described in this publication) by the court adjudicating the case.

While, therefore, in matters of criminal and constitutional legal doctrine, the stance of the Constitutional Tribunal can certainly be defended, and the presented arguments are certainly weighty, the Tribunal’s omission of the practical aspect means that by its stance, it has left an open path to the functioning of another normative act in Polish law, which is not in the slightest orientated towards real possibilities of its adequate and reliable implementation, corresponding to standards of penal policy and proceedings based on evidence.

## References

1. Abracen, J., Looman, J., Di Fazio, R., Kelly, T., Stirpe, T. (2006). Patterns of attachment and alcohol abuse in sexual and violent nonsexual offenders. *Journal of Sexual Aggression*, 12, 19–30.
2. Aigner, M., Eher, R., Fruehwald, S., Frottier, P., Gutierrez-Lobos, K., Dwyer, S. M. (2000). Brain abnormalities and violent behavior. *Journal of Psychology and Human Sexuality*, 11, 57–64.
3. Andrews, D. A., Bonta, J. (2003). *The psychology of criminal conduct* (3rd ed.). Cincinnati: Routledge.
4. Andrews, D. A., Guzzo, L., Raynor, P., Rowe, R. C., Rettinger, L. J., Brews, A., Wormith J. S. (2012). Are the major risk/need factors predictive of both female and male reoffending? A test with the eight domains of the level of service/case management inventory. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 56, 113–133.
5. Austin, J., Bhati, A., Jones, M., Ocker, R. (2012). Florida Pretrial Risk Assessment Instrument. Denver, CO: The JVA Institute. (Website) [https://www.pretrial.org/download/risk-assessment/FL%20Pretrial%20Risk%20Assessment%20Report%20\(2012\).pdf](https://www.pretrial.org/download/risk-assessment/FL%20Pretrial%20Risk%20Assessment%20Report%20(2012).pdf) (access 10 May 2017).
6. Austin, J., Ocker, R., Bhati, A. (2010). Kentucky Pretrial Risk Assessment Instrument Validation. Denver, CO: The JVA Institute. (Website) <https://www.pretrial.org/download/risk-assessment/2010%20KY%20Risk%20Assessment%20Study%20JFA.pdf> (access 10 May 2017).



7. Barczak-Oplustil, A. (2014). Środki reakcji „prawnokarnej” wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie dla życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób w perspektywie zasad zawartych w Konstytucji. Wybrane zagadnienia, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, 18(4), 53–77.
8. Beech, A. R. (2001). Case material and interview. (In) C. Hollin (ed.), *Handbook of offender assessment and treatment* (pp. 123–136). Chichester: Wiley.
9. Beech, A. R., Fisher, D., Beckett, R. C. (1999). STEP 3: An evaluation of the prison sex offender treatment programme, London. (Website) <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110218135832/http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-step3.pdf> (access 10 May 2017).
10. Beech, A. R., Fisher, D. D., Thornton, D. (2003). Risk assessment of sex offenders. *Professional Psychology: Research and Practice*, 34, 339–352.
11. Beech, A. R., Ward, T. (2004). The integration of etiology and risk in sexual offenders: A theoretical framework. *Aggression and Violent Behavior*, 10, 31–63.
12. Beisert, M. (2011). *Pedofilia. Geneza i mechanizm zaburzenia*. Sopot: GWP.
13. Bocheński, M. (2014). Kogo „uleczy” Krajowy Ośrodek Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym?, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 76(3), 149–160.
14. Bocheński, M. (2016). *Prawnokarna reakcja wobec sprawców przestępstw z art. 197 KK i art. 200 KK w świetle teorii i badań empirycznych*. Warszawa: CH Beck.
15. Boer, D. P., Hart, S. D., Kropp, P. R., Webster, C. D. (1997). *Manual for the Sexual Violence Risk Scale-20, Mental Health, Law, and Policy Institute*. Burnaby, British Columbia: Simon Fraser University. (Website) [www.sfu.ca/psychology/groups/mhlp/](http://www.sfu.ca/psychology/groups/mhlp/) (access 10 May 2017).
16. Bonta, J. (1996). Risk-needs assessment. (In) A. T. Harland (ed.), *Choosing correctional options that work: Defining the demand and evaluating the supply* (pp. 293–335). London: Sage Publications.
17. Bonta, J., Bourgon, G., Rugge, T., Scott, T. L., Yessine, A. K., Gutierrez, L., Li, J. (2010). *The strategic training initiative in community supervision: risk-need-responsivity in the real world*. Public Safety Canada. (Website) <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2010-01-rnr/index-en.aspx> (access 10 May 2017).
18. Brennan, T., Dieterich, W., Ehret, B. (2009). Evaluating the predictive validity of the COMPAS risk and needs assessment system. *Criminal Justice and Behavior*, 36, 21–40.
19. Cohen, T. H., Lowenkamp, C. T., VanBenschoten, S. W. (2016a). Does change in risk matter? Examining whether changes in offender risk characteristics influence recidivism outcomes. *Criminology & Public Policy*, 15, 263–296.
20. Cohen, T. H., Lowenkamp, C. T., VanBenschoten, S. W. (2016b). Examining changes in offender risk characteristics and recidivism outcomes: A research summary. *Federal Probation*, 80(2), 57–65.
21. Craissati, J. (2005). Sexual violence against women: A psychological approach to the assessment and management of rapists in the community. *Probation Journal: The Journal of Community and Criminal Justice*, 52, 401–422.
22. de Boer, J., Whyte, S., Maden, T. (2008). Compulsory treatment of dangerous offenders with severe personality disorders: a comparison of the English DSPD and Dutch TBS systems. *Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 19(2), 148–163.
23. de Vries Robbè, M., de Vogel, V., Douglas, K. S. (2013). Risk factors and protective factors: A two-sided dynamic approach to violence risk assessment. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 24, 440–457.
24. Dowden, C., Andrews, D. A. (2000). Effective correctional treatment and violent reoffending: A meta-analysis. *Canadian Journal of Criminology*, 42, 449–468.
25. Dowden, C., Antonowicz, D., Andrews, D. A. (2003). The effectiveness of relapse prevention with offenders: A meta-analysis. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 47, 516–528, doi:10.1177/0306624X03253018.
26. Firestone, P., Bradford, J. M., Greenberg, D. M., Serran, G. A. (2000). The relationship of deviant sexual arousal and psychopathy in incest offenders, extrafamilial child molesters, and rapists. *Journal of the American Academy of Psychiatry and Law*, 28, 303–308.
27. Gannon, T. A., Beech, A. R., Ward, T. (2008). Does the polygraph lead to better risk prediction for sexual offenders? *Aggression and Violent Behavior*, 13, 29–44.
28. Gerhold, C. K., Browne, K. D., Beckett, R. (2007). Predicting recidivism in adolescent sexual offenders. *Aggression and Violent Behavior*, 12, 427–438.
29. Gierowski, J. K. (1993). Motywacyjna rola lęku w genezie zabójstw. *Psychiatria Polska*, 1, 5–17.
30. Gierowski, J. K. (1989). *Motywacja zabójstw. Rozprawa habilitacyjna*. Kraków: Wydawnictwo Akademii Medycznej w Krakowie.
31. Gierowski, J. K. (1988). Psychologiczno-psychiatryczna ocena znaczenia organicznych uszkodzeń ośrodkowego układu nerwowego u sprawców zabójstw. (In) R. Rutkowski, Z. Majchrzyk (eds.), *Materiały VII Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP pt. Teoria i praktyka oceny poczytalności, Cezdzya 9-11.06.1988* (pp. 195–210). Warszawa.
32. Gierowski, J. K., Heitzman, J., Szymusik, A. (1994). Sprawcy zabójstw na tle seksualnym, psychopatologia, osobowość i motywacja. *Palestra*, 1–2, 65–74.
33. Gierowski, J. K., Jaśkiewicz-Obydzińska, T., Najda, M. (2008). *Psychologia w postępowaniu karnym*. Warszawa: LexisNexis.

34. Gierowski, J. K., Paprzycki, L. (2014). Kontrowersje związane z ustawą z dnia 2 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi, stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób – perspektywa prawna i psychiatryczno-psychologiczna. *Palestra*, 9, 144–161.
35. Gierowski, J. K., Paprzycki, L. (2012). Środki zabezpieczające: umieszczenia – pobytu w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, w zakładzie karnym, w zakładzie zamkniętym przeznaczonym dla sprawców przestępstw skierowanych przeciwko wolności seksualnej popełnionych w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych albo skierowania takich sprawców na leczenie ambulatoryjne oraz terapia i elektroniczna kontrola miejsca pobytu stosowane wobec sprawców z zaburzeniami psychicznymi i zaburzeniem osobowości. (In) L. Paprzycki (ed.) *System Prawa Karnego. Tom 7. Środki zabezpieczające* (pp. 131–285). Warszawa: CH Beck.
36. Gierowski, J. K., Szymusik, A. (ed.) (1996). *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie*. Kraków: CMUJ.
37. Gruza, E. (2009). *Psychologia sądowa dla prawników*. Warszawa: Wolters Kluwer.
38. Habzda-Siwiek, E. (2002). *Diagnoza stanu psychicznego sprawcy a rozstrzygnięcia w procesie karnym*. Kraków: Zakamycze.
39. Hanson, R. K. (1997). *The development of a brief actuarial risk scale for sexual offence recidivism. User Report 1997-04*. Ottawa: Department of the Solicitor General of Canada. (Website) [www.sgc.gc.ca/publications/corrections/199704\\_e.pdf](http://www.sgc.gc.ca/publications/corrections/199704_e.pdf) (access 10 May 2017).
40. Hanson, R. K., Bourgon, G., Helmus, L., Hodgson, S. (2009). *A meta-analysis of the effectiveness of treatment for sexual offenders: Risk, need, and responsivity*. Public Safety Canada. (Website) <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsres/pblctns/2009-01-trt/index-en.aspx> (access 10 May 2017).
41. Hanson, R. K., Bussière, M. T. (1998). Predicting relapse: a meta-analysis of sexual offender recidivism studies. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 66, 348–362.
42. Hanson, R. K., Gordon, A., Harris, A. J. R., Marques, J. K., Murphy, W., Quinsey, V. L. (2002). First report of the collaborative outcome data project on the effectiveness of psychological treatment for sex offenders. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 14(2), 169–194.
43. Hanson, R. K., Harris, A. (2000a). *The sex offender need assessment rating (SONAR): a method for measuring change in risk levels*. Ottawa. (Website) [www.sgc.gc.ca/publications/corrections/200001b\\_e.asp](http://www.sgc.gc.ca/publications/corrections/200001b_e.asp) (access 10 May 2017).
44. Hanson, R. K., Harris, A. J. R. (2000b). Where should we intervene? Dynamic predictors of sexual offence recidivism. *Criminal Justice and Behavior*, 27, 6–35.
45. Hanson, R. K., Thornton, D. (2000). Improving risk assessments for sex offenders: a comparison of three actuarial scales. *Law and Human Behaviour*, 24, 119–136.
46. Hanson, R. K., Thornton, D. (1999). *Static 99: Improving actuarial risk assessments for sex offenders. User Report 99-02*. Ottawa: Department of the Solicitor General of Canada. (Website) [www.sgc.gc.ca/publications/corrections/199902\\_e.pdf](http://www.sgc.gc.ca/publications/corrections/199902_e.pdf) (access 10 May 2017).
47. Harkins, L., Beech, A. (2007a). A review of the factors that can influence the effectiveness of sexual offender treatment: Risk, need, responsivity, and process issues. *Aggression and Violent Behavior*, 12, 615–627.
48. Harkins, L., Beech, A. (2007b). Measurement of the effectiveness of sex offender treatment. *Aggression and Violent Behavior*, 12, 36–44.
49. Harrison, K. (2010). Dangerous offenders, indeterminate sentencing, and the rehabilitation revolution. *Journal of Social Welfare & Family Law*, 32(4), 423–433.
50. Hart, S., Laws, D. R., Kropp, P. R. (2003). The risk – need model of offender rehabilitation. (In) T. Ward, D. R. Laws, S. M. Hudson (ed.), *Theoretical issues and controversies in sexual deviance* (pp. 338–354). London: SAGE Publications.
51. Hollin, C. R. (1999). Treatment programs for offenders: meta-analysis, ‘what works’ and beyond. *International Journal of Law and Psychiatry*, 22, 361–372.
52. Kennedy, P. J., Vale, E. L. E., Khan, S. J., McAnaney, A. (2006). Factors predicting recidivism in child and adolescent fire-setters: A systematic review of the literature. *Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 17 (1), 151–164.
53. Kmiecik, B. (2013). Prawnopsihiatryczny kontekst wprowadzenia przepisów zezwalających na detencję niepsychotycznych sprawców. *Forum Prawnicze*, 6, 29–43.
54. Królikowski, M., Sakowicz, A. (2013). Granice legalności postpenalnej detencji sprawców niebezpiecznych. *Forum Prawnicze*, 5, 17–34.
55. Laajasalo, T., Häkkinen, H. (2004). Background characteristics of mentally ill homicide offenders – a comparison of five diagnostic groups. *Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 15 (3), 451–474.
56. Lalumière, M. L., Harris, G. T., Quinsey, V. L., Rice, M. E. (2005). *The causes of rape: understanding individual differences in male propensity for sexual aggression*. Washington, DC: American Psychological Association.
57. Långström, N., Sjöstedt, G., Grann, M. (2004). Psychiatric disorders and recidivism in sexual offenders. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 16, 139–150.
58. Latessa, E. J. (2016). Does change in risk matter? Yes, it does, and we can measure it. *Criminology & Public Policy*, 15, 297–300.

59. Limandri, B. J., Sheridan, D. J. (1995). Prediction issues for practitioners. (In) J. C. Campbell (ed.), *Assessing dangerousness: Violence by sexual offenders, batterers and child abusers*, (pp. 1–19). London: Sage Publications.
60. Lipczyński, A. (2007). *Psychologia sądowa*. Warszawa: DIFIN.
61. Looman, J., Abracen, J. (2013). The risk need responsivity model of offender rehabilitation: Is there really a need for a paradigm shift? *International Journal of Behavioral Consultation and Therapy*, 8(3–4), 30–36.
62. Lösel, F., Schmucker, M. (2005). The effectiveness of treatment for sexual offenders: A comprehensive meta-analysis. *Journal of Experimental Criminology*, 1/1, 117–146.
63. Marlatt, G. A., Larimer, M. E., Witkiewitz, K. (2012). *Harm reduction: Pragmatic strategies for managing high-risk behaviors*. New York: The Guilford Press.
64. Marshall, W. L., Anderson, D., Fernandez, Y. (2006). *Cognitive Behavioural Treatment of Sexual Offenders*. Chichester: Wiley and Sons.
65. Marshall, W. L., Fernandez, Y. M., Marshall, L. E., Seran, G. A. (2006). *Sexual offender treatment. Controversial issues*. Chichester: Wiley and Sons.
66. Marshall, W. L., Hall, G. C. N. (1995). The value of the MMPI in deciding forensic issues in accused sexual offenders. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 7, 205–219.
67. Monahan, J. (1992). Mental disorder and violent behavior: Perceptions and evidence. *American Psychologist*, 47, 511–521.
68. Mozgawa, M., Budyn-Kulik, M. (2006). Prawnokarne aspekty pedofilii. Analiza dogmatyczna i wyniki badań empirycznych. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, 2, 43–78.
69. Mozgawa, M., Kozłowska-Kalisz, P. (2012). Zgwałcenie w małżeństwie (w świetle badań empirycznych). (In) M. Mozgawa (ed.), *Przestępstwo zgwałcenia*, (pp. 217–242). Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
70. Ogloff, J. R. O., Davies, M. R. (2004). Advances in offender assessment and rehabilitation: contributions of the risk-needs-responsivity approach. *Psychology, Crime and Law*, 10, 229–242.
71. Olver, M. E., Stockdale, K. C., Wormith, J. S. (2011). A meta-analysis of predictors of offender treatment attrition and its relationship to recidivism. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 79, 6–21. doi:10.1037/a0022200.
72. Pastwa-Wojciechowska, B. (2008). Psychopatyczne zaburzenia osobowości a problemy opiniowania sądo-psychologicznego w sprawach karnych. *Gdańskie Studia Prawnicze*, 19, 205–224.
73. Porter, S., Fairweather, D., Drugge, J., Hervé, H., Birt, A., Boer, D. P. (2000). Profiles of psychopathy in incarcerated sexual offenders. *Criminal Justice and Behavior*, 27, 216–233.
74. Przybyłek, M., Sławik, M., Gierowski, J. K. (2001). Sprawcy zabójstw w Polsce: nowa próba analizy typologicznej z zastosowaniem Facet Theory. *Przegląd Psychologiczny*, 44(3), 319–336.
75. Przybysz, J. (2003). *Psychiatria sądowa*. Opiniowanie w procesie karnym. Podręcznik dla lekarzy i prawników. Toruń: Tumult.
76. Quinsey, V. L., Harris, G. T., Rice, M. E., Cormier, C. (1998). *Violent offenders: Appraising and managing risk*. Washington: American Psychological Association.
77. Richardson, G., Kelly, T. P., Graham, F., Bhate, S. R. (2004). A personality based taxonomy of sexually abusive adolescents derived from the Millon Adolescent Clinical Inventory (MACI). *British Journal of Clinical Psychology*, 43, 285–298.
78. Ridgeway, G. (2013). Linking prediction and prevention. *Criminology & Public Policy*, 12, 545–550.
79. Seifert, D., Möller-Mussavi, S., Wirtz, M. (2005). Risk assessment of sexual offenders in German forensic institutions. *International Journal of Law and Psychiatry*, 28, 650–660.
80. Seto, M. C., Eke, A. W. (2015). Predicting recidivism among adult male child pornography offenders: Development of the Child Pornography Offender Risk Tool (CPORT). *Law and Human Behavior*, 39, 416–429.
81. Shaffer, D. K., Kelly, B., Lieberman, J. D. (2011). An exemplar-based approach to risk assessment: Validating the risk management systems instrument. *Criminal Justice Policy Review*, 22, 167–186.
82. Sheppard, S. M., Lubbers, S., Ogloff, J. P. (2016). The role of protective factors and the high relationship with recidivism for high risk young people in detention. *Criminal Justice and Behavior*, 43(7), 863–878.
83. Smith, P., Gendreau, P., Swartz, K. (2009). Validating the principles of effective intervention: A systematic review of the contributions of meta-analysis in the field of corrections. *Victims and Offenders*, 4, 148–169. doi:10.1080/15564880802612581.
84. Szymusik, A., Leśniak, R., Gierowski, J. K., Leśniak, E. (1988). Zaburzony psychicznie przestępca seksualny. *Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne*, 19, 231–244.
85. Taylor, C. (2013). Nothing left to lose? Freedom and compulsion in the treatment of dangerous offenders. *Psychodynamic Practice*, 53(9), 1689–1699.
86. Thornton, D. (2002). Constructing and testing a framework for dynamic risk assessment. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 14, 139–154.
87. Thornton, D. (2000). *Structured risk assessment, Sinclair Seminars Conference on Sex Offender Re-Offence Risk Prediction in Madison, Wisconsin*. (Website) www.sinclairseminars.com (access 10 May 2017).

88. Thornton, D., Mann, R., Webster, S., Blud, L., Travers, R., Friendship, C., Erikson, M. (2003). Distinguishing and combining risks for sexual and violent recidivism. *Annals of the New York Academy of Sciences*, 989, 225–235.
89. Tollenaar, N., Van der Heijden, P. G. M. (2013). Which method predicts recidivism best? A comparison of statistical, machine learning and data mining predictive method. *Journal of the Royal Statistical Society, Series A*, 176(2), 565–584.
90. Van Nostrand, M., Keebler, G. (2009). Pretrial risk assessment in the federal court. *Federal Probation*, 73, 3–29.
91. Vose, B. (2016). Risk assessment and reassessment: An evidence-based approach to offender management. *Criminology & Public Policy*, 15, 301–308.
92. Ward, T., Brown, M. (2004). The good lives model and conceptual issues in offender rehabilitation. *Psychology, Crime & Law*, 10, 243–257. doi:10.1080/10683160410001662744.
93. Ward, T., Gannon, T. A. (2006). Rehabilitation, etiology, and self-regulation: The comprehensive good lives model of treatment for sexual offenders. *Aggression and Violent Behavior*, 11, 77–94. doi:10.1016/j.avb.2005.06.001.
94. Ward, T., Mann, R. E., Gannon, T. A. (2007). The good lives model of offender rehabilitation: Clinical implications. *Aggression and Violent Behavior*, 12, 87–107.
95. Ward, T., Marshall, W. L. (2004). Good lives, aetiology and the rehabilitation of sex offenders: A bridging theory. *Journal of Sexual Aggression*, 10, 153–169. doi:10.1080/13552600412331290102.
96. Ward, T., Melsner, J., Yates, P. M. (2007). Reconstructing the risk-need-responsivity model: A theoretical elaboration and evaluation. *Aggression and Violent Behavior*, 12, 208–228. doi:10.1016/j.avb.2006.07.001.
97. Ward, T., Polaschek, D. L. L., Beech, A. R. (2006). *Theories of sexual offending*. Chichester: Wiley & Sons.
98. Wormith, J. (2017). Automated offender risk assessment. *Criminology & Public Policy*, 16(1), 281–303.
99. Wright, P., Nobrega, J., Langevin, R., Wortzman, G. (1990). Brain density and symmetry in pedophilic and sexually aggressive men. *Annals of Sex Research*, 3, 319–328.
100. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 listopada 2016 r. (2016). sygn. akt K 6/14, OTK ZU A/2016, poz. 98.

---

**Corresponding author**

Dr Maciej Bocheński  
Bar Association in Kraków  
Doctor of Law at the Jagiellonian University  
Al. J. Słowackiego 11a/9  
PL 31-159 Kraków  
e-mail: adw.maciej.bochenski@gmail.com

---

## **PRAKTYCZNE ASPEKTY DOKONYWANIA OCENY RYZYKA RECYDYWY SPRAWCÓW „SZCZEGÓLNIENIEBEZPIECZNYCH” W KONTEKŚCIE WYROKU TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO Z DNIA 23 LISTOPADA 2016 R. (K 6/14)**

### **1. Ustawa o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób – uwagi wstępne**

Czytelnikom niniejszego czasopisma z pewnością znana jest problematyka ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz. U. z 2014 r. poz. 24, dalej określanej także jako u.p.z.p.). Niezależnie od medialnej burzy oraz emocji, jakie budziło uchwalenie tej ustawy, wśród przedstawicieli psychiatrii, psychologii, prawa karnego i kryminologii rozgorzała dyskusja o celowości, racjonalności, a także zgodności z Konstytucją RP proponowanych rozwiązań (Królikowski, Sakowicz, 2013; Kmieciak, 2013; Gierowski, Paprzycki, 2014; Bocheński, 2014; Barczak-Oplustil, 2014).

Jedynie dla krótkiego przypomnienia należy wskazać, że wspomniana ustawa została uchwalona jako instrument mający służyć niwelowaniu negatywnych skutków amnestii z 7 grudnia 1989 r., na mocy której osobom skazanym na karę śmierci ustawodawca zamienił tę karę na karę 25 lat pozbawienia wolności (zob. art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z 7 grudnia 1989 r. o amnestii, Dz. U. z 1964 r. poz. 390). Wspomniana ustawa o amnestii, jak również brak uwzględnienia w Kodeksie karnym z 1969 r. kary dożywotniego pozbawienia wolności, powodowała, że w okresie od 11 grudnia 1989 r. (data wejścia w życie ustawy) do 31 sierpnia 1998 r. (1 września 1998 r. wszedł w życie Kodeks karny z 1997 r.) wobec szczególnie niebezpiecznych sprawców przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu oraz wolności mogła być orzeczona kara pozbawienia wolności w wymiarze maksymalnie 25 lat. Jednocześnie Kodeks karny z 1969 r. nie przewidywał w katalogu środków karnych możliwości poddawania takich osób nadzorowi bądź postpenalnej izolacji na podstawie orzeczenia sądu karnego, które stanowiło podstawę wymierzenia kary pozbawienia wolności.

Ustawa o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób miała stanowić remedium na możliwość powrotu na łono społeczeństwa sprawców przestępstw postrzeganych jako szczególnie niebezpieczni, wobec których na mocy ww. aktów normatywnych nie orzeczono dożywotniego pozbawienia

wolności, a „jedynie” karę 25 lat pozbawienia wolności. Środkami, za pomocą których wspomniany cel miał być osiągnięty, miała być możliwość zastosowania wobec osób kończących odbywanie kary pozbawienia wolności orzeczonej przed dniem wejścia omawianej ustawy w życie środków stanowiących formę ograniczenia (nadzór prewencyjny) bądź realnego pozbawienia wolności osobistej (umieszczenie w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dys socjalnym).

Jak stanowi art. 1 u.p.z.p., reguluje ona postępowanie wobec osób, które spełniają łącznie następujące przesłanki:

- 1) odbywają prawomocnie orzeczoną karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności wykonywaną w systemie terapeutycznym,
- 2) w trakcie postępowania wykonawczego występowały u nich zaburzenia psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzenia osobowości lub zaburzenia preferencji seksualnych,
- 3) stwierdzone u nich zaburzenia psychiczne mają taki charakter lub takie nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat. Osoby te miały być zgodnie z przepisami ustawy określane jako „osoby stwarzające zagrożenie”.

Wobec takiej osoby na mocy przepisów ustawy stosuje się nadzór prewencyjny albo umieszczenie w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dys socjalnym. Celem nadzoru prewencyjnego jest ograniczenie zagrożenia życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób ze strony osoby stwarzającej zagrożenie, która nie została umieszczona w Ośrodku. Natomiast osoba stwarzająca zagrożenie umieszczona w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dys socjalnym zostaje objęta odpowiednim postępowaniem terapeutycznym, którego celem jest poprawa stanu jej zdrowia i zachowania w stopniu umożliwiającym funkcjonowanie w społeczeństwie w sposób niestwarzający zagrożenia życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób. Kierownik Ośrodka sporządza indywidualny plan terapii dla każdej osoby stwarzającej zagrożenie umieszczonej w Ośrodku.

## 2. Ocena zgodności ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób z Konstytucją RP – Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 listopada 2016 r.

Na skutek wniosków Prezydenta RP i Rzecznika Praw Obywatelskich oraz pytań prawnych skierowanych przez Sąd Okręgowy w Lublinie i Sąd Apelacyjny we Wrocławiu problematyką ustawy oraz wątpliwościami co do jej zgodności z Konstytucją zajął się Trybunał Konstytucyjny, który w wyroku z dnia 23 listopada 2016 r. (sygn. akt K 6/14, OTK ZU A/2016, poz. 98 – w dalszej części tekstu orzeczenie powoływane będzie jako „TK 2016”) potwierdził zgodność niemal wszystkich przepisów ustawy z ustawą zasadniczą. Trybunał Konstytucyjny, dokonując ogólnej analizy problematyki ustawy, trafnie dostrzegł, że stanowi ona *dyskutowaną w przestrzeni publicznej, próbę zrównoważenia kolidujących ze sobą wartości konstytucyjnych: wolności osobistej osób uznanych za stwarzające zagrożenie dla społeczeństwa oraz życia oraz zdrowia, życia i wolności ich potencjalnych ofiar. Równocześnie ustawa z 2013 r. zakłada, że ograniczenie bądź pozbawienie wolności osobistej osób uznanych za stwarzające zagrożenie ma na celu ochronę ich przed silnie negatywnymi, niekontrolowanymi reakcjami innych osób. W społeczeństwie istnieje silne poczucie zagrożenia ze strony takich osób* (TK 2016).

W kolejnych fragmentach Trybunał Konstytucyjny odniósł się do kolejnych zarzutów, z których najpoważniejsze dotyczyły złamania zasad *lex retro non agit* oraz *ne bis in idem*, stwierdzając, że w zakresie wskazanym przez wnioskodawców oraz pytające Sądy odnośnie zasadniczej większości przepisów ustawy nie można mówić o naruszeniu Konstytucji RP. Analiza wszystkich kwestii, które rozważał Sąd Konstytucyjny, przekracza ramy niniejszej publikacji, natomiast jednemu zagadnieniu warto poświęcić więcej uwagi, odsyłając zainteresowanego Czytelnika w pozostałej materii do tekstu uzasadnienia omawianego orzeczenia.

Trybunał Konstytucyjny, rekapituluując stanowisko poszczególnych inicjatorów kontroli konstytucyjnej u.p.z.p., nie przeoczył m.in. stanowiska Heitzmana, który zakwestionował terapeutyczny charakter izolacji w Ośrodku (TK 2016). Ponadto zaznaczył, że bezterminowe umieszczenie sprawcy przestępstwa w Ośrodku niesie ryzyko przekształcenia tego pobytu w długotrwałą, a nawet dożywotnią izolację (TK 2016). Podobnie nie umknęły Trybunałowi opinie części psychiatrów polskich publicznie wyrażane w procesie legislacyjnym, którzy podnosili, że ustawa nakłada na biegłych „obowiązek niemożliwy do spełnienia”, gdyż nie są oni w stanie „prognozować” co do czynów osoby podlegającej ich opinii (TK 2016, zob. także Gierowski, Paprzycki, 2014;

Bocheński, 2014). Właśnie dokonywaniu oceny ryzyka ponownego popełnienia przestępstwa przez osobę, co do której wdrożono procedurę, o której mowa w omawianej ustawie i stanowisku Trybunału Konstytucyjnego w tej materii, zostaną poświęcone dalsze uwagi.

## 3. Prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przestępstwa przez skazanego w ocenie Trybunału Konstytucyjnego

Odnosząc się do zasygnalizowanej kwestii oceny prawdopodobieństwa ponownego popełnienia określonego przestępstwa (wszak u.p.z.p. można zastosować jedynie wobec osób, w przypadku których stwierdzone u nich zaburzenia psychiczne mają taki charakter lub takie nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat), warto przypomnieć, że przedmiotem wątpliwości konstytucyjnych było dokonanie przez ustawodawcę w art. 14 ust. 2 i art. 14 ust. 3 ustawy kuantyfikacji, zgodnie z którą:

Art. 14 ust. 2. Sąd orzeka o zastosowaniu wobec osoby stwarzającej zagrożenie nadzoru prewencyjnego, jeżeli charakter stwierdzonych zaburzeń psychicznych lub ich nasilenie wskazują, że zachodzi wysokie prawdopodobieństwo popełnienia przez tę osobę czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat.

Art. 14 ust. 3. Sąd orzeka o umieszczeniu w Ośrodku osoby stwarzającej zagrożenie, jeżeli charakter stwierdzonych zaburzeń psychicznych lub ich nasilenie wskazują, że jest to niezbędne ze względu na bardzo wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat.

Trybunał Konstytucyjny w swoim wyroku skupił się w istocie na *stricte* dogmatycznej kwestii niekonstytucyjności użycia przez ustawodawcę zakwestionowanych zwrotów niedookreślonych. Jak podkreślono w uzasadnieniu wyroku: *Użycie zwrotu niedookreślonego ma służyć zapewnieniu koniecznego stopnia elastyczności tekstu prawnego. Zwrot niedookreślony (nieostry) ma „pas nieostrości”, użycie go niesie ze sobą pewną swobodę w zaliczaniu danych przedmiotów do danego zakresu (należy przy tym jednak zaznaczyć dobitnie, że tylko we fragmencie pasa nieostrości, bo poza nim nie ma żadnej konstytucyjnej swobody tzw. „luzu decyzyjnego”).*

W kontekście zwrotów użytych przez ustawodawcę w zakwestionowanej normie: „wysokie prawdopodobieństwo” oraz „bardzo wysokie prawdopodobieństwo” spełnienia w przyszłości przez skazanego czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat, Trybunał podkreśla, że niedookreśloność spotęgowana jest abstrakcyjnym charakterem wyrazu „prawdopodobieństwo”. Z samego faktu użycia przez ustawodawcę danego zwrotu niedookreślonego nie można jednak wysnuwać wniosku o jego niekonstytucyjności (TK 2016).

W kolejnym fragmencie uzasadnienia Trybunał odwołuje się do przykładów podobnych aktów normatywnych w ustawodawstwie innych państw. Podsumowując prawnoporównawczą analizę stosowania w ustawach innych państwach zwrotów niedookreślonych przy ustalaniu przesłanek stosowania izolacji osób niebezpiecznych, Trybunał stwierdza, że *wspólną przesłanką dla wszystkich omawianych instytucji jest niebezpieczeństwo (zagrożenie/ryzyko), jakie dla społeczeństwa stanowi osoba izolowana, określane przy użyciu zwrotów niedookreślonych takich jak: obawa popełnienia przestępstwa (Austria, Niemcy), bardzo wysokie prawdopodobieństwo (Francja), wysokie prawdopodobieństwo popełnienia zbrodni (Szwajcaria), czy też bezpośrednie ryzyko powrotu do przestępstwa (Norwegia). Oznacza to, że użycie przez polskiego ustawodawcę zwrotów niedookreślonych „wysokie prawdopodobieństwo” oraz „bardzo wysokie prawdopodobieństwo” nie jest jakimś ekscysem legislacyjnym na tle unormowań obowiązujących w innych państwach Europy Zachodniej* (TK 2016).

Dokonując analizy przywołanego fragmentu, nie sposób nie odnieść wrażenia, że Trybunałowi umknęła istota zagadnienia. Niezależnie od aspektów *stricte* praktycznych, których, zdaniem autora, nie można pomijać, dokonując wykładni prawa, także i w warstwie jurydycznej zarysowuje się wątpliwość, której w omawianym orzeczeniu nie poświęcono wystarczającej uwagi. Nie jest bowiem zasadniczym problemem to, że w strukturze tekstu prawnego w ogóle znalazło się określenie nieostre czy też niedookreślone, takie jak „prawdopodobieństwo”, tylko to, że znamię to zostało następnie okraszane kwantyfikatorami, które po pierwsze potęgują jego niedookreśloność, a po wtóre uzależniają zastosowanie dwóch skrajnie różnych (a przy tym w różnym stopniu dolegliwych) instytucji prawnych od stwierdzenia określonego stopnia prawdopodobieństwa. Znamienne jest, że nawet w przywołanych przez Trybunał wyimkach z ustawodawstwa innych państw brak jest w obrębie jednego przepisu zróżnicowania owego „prawdopodobieństwa” (czy też „obawy”, „ryzyka”, „niebezpieczeństwa”) na dalsze kategorie czy stopnie.

Trybunał Konstytucyjny podkreśla również, że także i polskiemu prawu karnemu nie jest obce pojęcie „wysokiego prawdopodobieństwa”. Znamienne jest jednak, że przywołując treść art. 203 § 1 k.p.k. w brzmieniu: *W razie zgłoszenia przez biegłych takiej konieczności, badanie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego może być połączone z obserwacją w zakładzie leczniczym tylko wtedy, gdy zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo*, Trybunał traci z pola widzenia, że w przepisie tym nie chodzi o prognozowanie prawdopodobieństwa na przyszłość, ale ocenę materiału dowodowego odnośnie do prawdopodobieństwa czynu popełnionego w przeszłości, co do którego toczy się postępowanie. Już taki dobór materii celem przeprowadzenia analizy prawnoporównawczej stawia pod znakiem zapytania zorientowanie Trybunału w zakresie dokonywania oceny ryzyka (ang. *risk assessment*) recydywy.

#### 4. Współczesne standardy dokonywania oceny ryzyka recydywy

Wskazując na najbardziej wpływowe obecnie koncepcje dotyczące podstawowych założeń dla postępowania ze sprawcami tzw. „szczególnie niebezpiecznymi”, należy wskazać na założenia *Risk-Need-Responsivity* (por. Ward, Brown, 2004; Ward, Gannon, 2006; Ward, Mann, Gannon, 2007; Ward, Marshall, 2004). Koncepcja ta wymienia zasady skutecznej resocjalizacji sprawców przestępstw przy użyciu oddziaływań terapeutycznych, a to zasady: ryzyka (ang. *risk*), potrzeby (ang. *need*), reagowania (ang. *responsivity*) i dodatkowo zasadę profesjonalnej dyskrecjonalności (ang. *professional discretion principle*, Bonta, 1996; Andrews, Bonta, 2003; Ogloff, Davies, 2004; Looman, Abracen, 2013).

W największym uproszczeniu można stwierdzić, że zasady ryzyka, potrzeby i odpowiedniego reagowania pozwalają, w oparciu o ustalony poziom ryzyka ponownego popełnienia przestępstwa oraz uwzględnienie potrzeb i indywidualnych predyspozycji skazanego, ukształtować oddziaływania terapeutyczne wobec sprawców (Bonta, 1996; Andrews, Bonta, 2003; Ogloff, Davies, 2004; Ward, Melser, Yates, 2007; Wormith, 2017). Nie sposób nie zwrócić uwagi, że w tej procedurze szacowania ryzyka oraz projektowania oddziaływań penitencjarnych (czy też postpenalnych) bierze się pod uwagę szereg czynników ochronnych (powstrzymujących przed ponownym popełnieniem przestępstwa) oraz ryzyka (zwiększających prawdopodobieństwo recydywy, zob. de Vries Robbè, de Vogel, Douglas, 2013; Latessa, 2016). Wśród tych ostatnich występuje szereg komponentów o zróżnicowanym charakterze i nasileniu, a to m.in. postawy i przekonania sprzyjające popełnianiu przestępstw, przejawy osobowości antyspołecznej (np. impulsywność), słabo rozwinięte

umiejętności rozwiązywania problemów, uzależnienia, wysoki poziom wrogości wobec innych i gniewu, jak również związki ze światem przestępczym. W przypadku przestępstw seksualnych wymienia się również wśród czynników ryzyka m.in. dewiacyjne preferencje seksualne, deficyty intymności i samotność, a także problemy emocjonalne, niską samoocenę oraz problemy zdrowia psychicznego m.in. depresję (Hanson, Harris, 2000a; 2000b; Hollin, 1999; Ward, Polaschek, Beech, 2006; Andrews, Bonta, 2003; Harkins, Beech, 2007a; 2007b; Hart, Laws, Kropp, 2003).

Warto podkreślić, że koncepcja R-N-R nie jest konstrukcją wyłącznie teoretyczną. Wyniki wielu badań wskazują, że oddziaływania stosowane wobec sprawców przestępstw są bardziej efektywne, jeżeli podejmowane są z uwzględnieniem wyżej opisanych zasad omawianej koncepcji (Hanson i in., 2002; Bonta i in., 2010; Hanson, Bourgon, Helmus, Hodgson, 2009; Lösel, Schmucker, 2005; Harikins, Beech, 2007a; 2007b).

Nie sposób jednak nie zauważyć, że pierwotnie ocena ryzyka ponownego popełnienia przestępstwa dokonywana była niemal bez żadnych narzędzi, w formie nieustrukturyzowanej oceny klinicznej (ang. *unstructured clinical judgement*, Beech, Ward, 2004; Hart i in., 2003; Beech 2001). Wspomniana metoda polegała na formułowaniu wniosków na podstawie informacji uzyskanych z przeprowadzonego ze sprawcą wywiadu, jak również dotyczących popełnionego czynu zabronionego oraz szczerkowych informacji dotyczących perspektyw życiowych osadzonego po zakończeniu odbywania kary. Jakkolwiek zakres branych pod uwagę informacji mógł być znaczny, to jednak wyciągane wnioski stanowiły w istocie subiektywną ocenę, formułowaną na podstawie doświadczenia osoby dokonującej oceny (Beech, Ward, 2004; Hart i in., 2003; Beech, 2001; Ward i in., 2006).

Kolejny dający się wyróżnić sposób postępowania to dokonywanie tzw. kierunkowej oceny klinicznej (ang. *guided clinical judgement*). W tym przypadku wnioski wyciągane były tą samą metodą, z tym, że poszukiwano bardziej konkretnych danych, opierając się na wiedzy odnośnie do statystycznie najczęściej występujących czynników ryzyka (Ward i in., 2006; Limandri, Sheridan, 1995; Beech, Ward, 2004; Gierowski, Paprzycki, 2012). Oba wskazane wyżej podejścia krytykowane były przez wzgląd na znaczny stopień arbitralności w formułowaniu wniosków oraz na koncentrowanie się w całości na czynnikach z przeszłości, bez uwzględnienia zmian związanych z procesem leczenia czy terapii oraz nasilenia określonych czynników i ich wzajemnych powiązań (Gierowski, Paprzycki, 2012; Beech, Ward, 2004).

Bardziej wszechstronnym podejściem do oceny ryzyka recydywy jest podejście anamnesticzne (ang. *anamnestic risk assessment*). W jego ramach dotychczasowe życie sprawcy badane jest pod kątem określonych predyspozycji i cech (czynników ryzyka i czyn-

ników ochronnych), aby następnie dokonać ustalenia, czy i które z czynników występują nadal w przypadku danego sprawcy. Zaletą omawianego podejścia jest fakt, że wskazuje ono pewien konkretny schemat prowadzący do sformułowania finalnych wniosków; wadą, że w dalszym ciągu głównym źródłem informacji jest wywiad przeprowadzany ze sprawcą, a następnie wnioskowanie prowadzone przez osobę badającą (Gierowski, Paprzycki, 2012; Beech, Ward, 2004; Ward i in., 2006).

W ramach przywołanego podejścia można wyróżnić dokonywanie oceny ukierunkowanej przez wyniki badań klinicznych (ang. *research-guided clinical judgement*, Beech, Ward, 2004; Ward i in., 2006). W tym podejściu terapeuta wykorzystuje zestaw czynników sformułowany *a priori* w oparciu o badania kliniczne i teorie naukowe jako swoisty „przewodnik” do przeprowadzenia oceny ryzyka. Narzędzia służące dokonywaniu tego rodzaju ewaluacji zawierają statyczne (lub inaczej: historyczne) czynniki ryzyka (np. dotychczasowe przestępstwa lub przemoc, problemy w związkach i relacjach interpersonalnych), czynniki ryzyka dynamiczne-stabilne (lub inaczej: predyspozycje, np. postawy, które wspierają popełnianie przestępstw, uzależnienia) oraz czynniki ostre/nagle (lub inaczej: wyzwalające, np. utrata wsparcia ze strony najbliższych, częsty kontakt z potencjalnymi ofiarami, Boer, Hart, Kropp, Webster, 1997; Beech, Ward, 2004; Thornton, 2002).

W ostatnich latach coraz częściej daje się zaobserwować tendencję do tworzenia i rozwijania narzędzi służących do przewidywania ryzyka recydywy u przestępców seksualnych w sposób niemal mechaniczny. Podejście to określa się mianem ang. *purely actuarial approach* (podejście aktuarialne, Beech, Ward, 2004; Ward i in., 2006). Wspomniane instrumenty skupiają się najczęściej na historycznych elementach, których znaczenie dla recydywy zostało zidentyfikowane w badaniach naukowych (Hanson, 1997; Hanson, Bussiere, 1998; Hanson, Thornton, 1999; 2000; Thornton i in., 1998; Vose, 2016; Firestone, Bradford, Greenberg, Serran, 2000; Wright, Nobrega, Langevin, Wortzman, 1990; Porter i in., 2000). Wystąpienie tych czynników i ich kodowanie według ustalonych w danym kwestionariuszu zasad pozwala obliczyć prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przestępstwa i sklasyfikować sprawcę w jednej z kilku kategorii ryzyka (Wormith, 2017; Vose, 2016; Ridgeway, 2013; Shaffer, Kelly, Lieberman, 2011; Seto, Eke, 2015; Sheppard i in., 2016; Gierowski, Paprzycki, 2012; Beech, Ward, 2004; Ward i in., 2006; Aigner i in., 2000). Do najbardziej znanych systemów, które zostały opracowane w oparciu o założenia ostatniego z wymienionych wyżej podejść i które z powodzeniem wykorzystują opisane wyżej metody działania należą m.in. Sex Offender Treatment Evaluation Project (STEP) i stosowane w jego ramach testy psychometryczne, używane w Wielkiej Brytanii do badania problemów psychicznych u sprawców



wykorzystywania seksualnego dzieci (Beech, Fisher, Beckett, 1999) oraz Initial Deviance Assessment (IDA), w którym korzysta się z Ustrukturuwanego Modelu Oceny Ryzyka (ang. *Structured Risk Assessment Model*) służącego do oceny ryzyka u sprawców wszystkich przestępstw seksualnych przez brytyjską służbę więzienną (Thornton, 2000; Thornton, 2002), a także stosowany w Kanadzie Sex Offender Need Assessment Rating (SONAR, Hanson, Harris, 2000). Warto w tym miejscu wskazać, że dokonywanie oceny i szacowania ryzyka recydywy przy użyciu przywołanych narzędzi określane jest mianem ustrukturuwanej profesjonalnej oceny ryzyka (Gierowski, Paprzycki, 2012; zob. także Craissati, 2005). Skuteczność wymienionych instrumentów została ostatnio potwierdzona w badaniach empirycznych (Wormith, 2017; Vose, 2016; Ridgeway, 2013; Shaffer, Kelly, Lieberman, 2011; Seto, Eke, 2015; Sheppard, Lubbers, Ogloff, 2016; Hanson i in., 2009; Lösel, Schmucker, 2005; Harkins, Beech, 2007a; 2007b; Hanson i in., 2002; Bonta i in., 2010; Beech, Fisher, Thornton, 2003; Beech, Ward, 2004; Gannon, Beech, Ward, 2008; Gerhold, Browne, Beckett, 2007; Seifert, Möller-Mussavi, Wirtz, 2005; Smith, Gendreau, Swartz, 2009).

## 5. Ocena ryzyka recydywy w polskim wymiarze sprawiedliwości

Jakkolwiek samo pojęcie prognozy kryminologiczno-społecznej nie jest obce polskiemu prawu, to jednak praktyka w tym zakresie pozostaje dalece niewystarczająca. Badania empiryczne prowadzone na etapie postępowania jurysdykcyjnego wskazują, że okoliczności dotyczące stanu zdrowia psychicznego oskarżonego traktowane są przez sądy wyłącznie jako przesłanka warunkująca możliwość przypisania sprawcy winy, a w konsekwencji ewentualnie odpowiedzialności karnej (Habzda-Siwiek, 2002; Bocheński, 2016; Mozgawa, Budyn-Kulik, 2006; Mozgawa, Kozłowska-Kalisz, 2012; por. Beisert, 2012; zob. także Gierowski, 1988). Brak jest w polskim wymiarze sprawiedliwości głębszej refleksji na temat związków problemów psychicznych sprawcy z perspektywami resocjalizacji, czy też ogólnie z kwestią dostosowania prawnokarnej reakcji do cech i indywidualnych predyspozycji konkretnego sprawcy (Habzda-Siwiek, 2002; Bocheński, 2016; Mozgawa, Budyn-Kulik, 2006; Mozgawa, Kozłowska-Kalisz, 2012; por. Beisert, 2012). Utrudnieniem dokonywania procesu oceny ryzyka recydywy jest również fakt, że w Polsce nie istnieją dostosowane do polskich warunków narzędzia służące dokonywaniu tego rodzaju analiz (Gierowski, Paprzycki, 2012). Nawet jeśli sąd lub inny organ postępowania karnego dysponuje danymi dotyczącymi sytuacji społecznej, osobistej, rodzinnej oraz cech i predyspozycji sprawcy, to i tak ocena tychże pozostaje w gruncie rzeczy całkowicie

nieustrukturuowaną oceną kliniczną, a to z uwagi na brak dostępnych biegłym narzędzi do dokonania szacowania ryzyka recydywy w sposób profesjonalny, odpowiadający praktyce innych państw.

Trzeba równocześnie podkreślić, że odpowiedzialnością za taki stan rzeczy w Polsce bynajmniej nie można obciążać biegłych psychologów i psychiatrów. Warto bowiem zauważyć, że opracowanie stosownych kwestionariuszy i metod musi zostać poprzedzone kompleksowymi i szeroko zakrojonymi badaniami populacji sprawców po to, aby ustalić jakie są w danej konkretnej populacji najczęściej występujące czynniki ryzyka ponownego popełnienia przestępstwa, jakie są czynniki ochronne i jakie oddziaływania zmniejszają prawdopodobieństwo recydywy (Monahan, 1992; Marshall, Hall, 1995; Lalumière, Harris, Quinsey, Rice, 2005; Långström, Sjöstedt, Grann, 2004; Richardson, Kelly, Graham, Bhat, 2004; Abracen, Looman, DiFazio, Kelly, Stripe, 2006; Dowden, Andrews, 2000; Dowden, Antonowicz, Andrew, 2003; Marlatt, Larimer, Witkiewitz, 2012). Przedmiot i zakres takich badań empirycznych wyklucza w istocie ich przeprowadzenie przez pojedynczego badacza. Tego rodzaju projekt badawczy wymaga w szczególności zaangażowania organów wymiaru sprawiedliwości oraz agend państwowych (służby więziennej, kuratorów zawodowych itd.). Konieczne jest bowiem dokonywanie wszechstronnych badań stanu zdrowia psychicznego sprawców, jak również monitorowanie poszczególnych grup sprawców na każdym etapie postępowania karnego, w tym w szczególności w postępowaniu wykonawczym, jak również analiza ich losów po jego zakończeniu (Wormith, 2017; Vose, 2016; Tollenaar, van der Heijden, 2013; van Nostrand, Keebler, 2009; Ridgeway, 2013; Andrews i in., 2012; Austin, Bhati, Jones, Ocker, 2012; Austin, Ocker, Bhati, 2010; Brennan, Dietrich, Ehret, 2009; Cohen, Lowenkamp, van Benschoten, 2016a; 2016b; Laajasalo, Häkkänen, 2004; Kennedy, Vale, Khan, McAnaney 2006, Taylor 2013, Hollin 1999, Olver, Stockdale, Wormith 2011, Quinsey, Harris, Rice, Cormier, 1998). Takie ustalenia oraz prowadzące do nich badania nie będą jednak w Polsce miały miejsca, dopóki nie zostanie dostrzeżona potrzeba dokonywania oceny ryzyka recydywy w oparciu o narzędzia, których trafność została potwierdzona przez wyniki badań empirycznych. Takiej potrzeby natomiast w realiach polskiego wymiaru sprawiedliwości nie widać, a jedyne badania empiryczne prowadzone są w ramach projektów badawczych (siłą rzeczy ograniczonych) podejmowanych przez środowisko akademickie (Habzda-Siwiek, 2002; Bocheński, 2016; Mozgawa, Budyn-Kulik, 2006; Mozgawa, Kozłowska-Kalisz, 2012; por. Beisert, 2012; zob. także Gierowski, 1988; Pastwa-Wojciechowska, 2008; Gierowski, 1989; Gierowski, 1993; Gierowski, Heitzman, Szymusik, 1994; Przybyłek, Ślawik, Gierowski, 2001; Szymusik, Leśniak, Gierowski, Leśniak, 1988). Organy postępowania natomiast

stan zdrowia psychicznego podsądnego dostrzegają wyłącznie przez pryzmat poczytalności i zdolności osoby do ponoszenia odpowiedzialności karnej, co z kolei znajduje wyraz z formułowanych odezwach do biegłych i pytaniach im stawianych. Do takich oczekiwań polskiego wymiaru sprawiedliwości dostosowała się poniekąd rodzima nauka psychologii sądowej (Lipczyński, 2007; Przybysz, 2003; Gruza, 2009), w ramach której jedynie nieliczni dostrzegają potrzebę i konieczność dokonywania profesjonalnej, ustrukturalizowanej oceny ryzyka recydywy odpowiadającej wyżej przedstawionemu podejściu anamnestycznemu (Gierowski, Jaśkiewicz-Obydzińska, Najda, 2008; Gierowski, Paprzycki, 2012).

Wobec tak ugruntowanej praktyki wymiaru sprawiedliwości oczekiwanie, że biegły będzie w stanie dokonać – w sposób rzetelny, stanowiący podstawę zastosowania środków, o których mowa w omawianej ustawie – oceny ryzyka ponownego popełnienia przestępstwa przez skazanego, jawi się jako mrzonka. W tym miejscu nie sposób nie podkreślić, że biegły w realiach postępowania karnego nie uczyni tego wszystkiego, co zamierzy sobie ustawodawca. Dość przypomnieć art. 95a k.k. w jego pierwotnym brzmieniu, z niedoprecyzowanym terminem „zakłócenie czynności psychicznych o podłożu seksualnym, innym niż choroba psychiczna” (Gierowski, Paprzycki, 2012; Bocheński, 2016). Pojęcie to, obce medycynie i psychologii sądowej, powodowało, że biegli nie byli w stanie opiniować o istnieniu tego rodzaju zaburzeń, ponieważ we wspomnianych dziedzinach nauki nie zostały one zdefiniowane (Gierowski, Paprzycki, 2012). Podobnie rzecz się ma w zakresie dokonywania oceny ryzyka ponownego popełnienia określonego rodzaju przestępstwa, zagrożonego określoną karą, z uwzględnieniem rozróżnienia na „wysokie” i „bardzo wysokie” prawdopodobieństwo. Biegli w Polsce nie posiadają narzędzi służących dokonywaniu tego rodzaju ewaluacji, z tego też względu nie są w stanie w sposób odpowiadający standardom polityki kryminalnej opartej na dowodach (ang. *evidence based criminal policy*) udzielać sądowi rzetelnych odpowiedzi na pytania, których stawianie wymaga omawiana ustawa.

Analizowane orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego wydaje się sugerować, że skoro biegli psychiatrzy, psycholodzy i seksuolodzy „radzą sobie” w opiniowaniu na etapie postępowania karnego w jego fazie jurysdykcyjnej i wykonawczej, to powinni poradzić sobie także później. Wspomniane założenie jest jednak z gruntu nietrafne. Punktem wyjścia i dobitną konstatacją powinno bowiem być stwierdzenie, że sposób i zakres dokonywania wspomnianych ustaleń jest – oceniany z perspektywy dorobku współczesnej nauki psychologii sądowej i kryminologii – mało fachowy (por. Hollin, 1999; Marshall, Anderson, Fernandez, 2006; Marshall, Fernandez, Marshall, Serran, 2006; Bonta, 1996; Thornton i in., 2003; Hanson, Harris, 2000; Limandri, Sheridan, 1995; Boer i in., 1997; Han-

son, Bussiére, 1998; Hanson, Thornton, 1998; Hanson, Harris, 2000; Marlatt i in., 2012). O ile ocenom poczytalności podsądnego w czasie popełnienia czynu zabronionego trudno w zasadzie stawiać większe zarzuty, to już wszelkie wypowiedzi noszące znamiona prognoz na przyszłość są metodologicznie, a przez to i merytorycznie wątpliwe ze wskazanych wyżej względów.

## 6. Konkluzje

W kontekście przedstawionych wyżej uwag, a zatem z perspektywy kryminologicznej, problem zgodności unormowań u.p.z.p. jawi się jako problem nie tylko stricte jurydyczny czy dogmatyczny, ale także praktyczny. Od kwestii możliwości prawidłowego stosowania omawianych przepisów zależy, czy są one w ogóle zdolne do osiągnięcia założonego celu. Zgodnie bowiem z art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Z powyższego przepisu Konstytucji wynika, że ograniczenia w zakresie korzystania z wolności osobistej są dopuszczalne, jeżeli są:

- a) ustanowione w formie ustawy,
- b) ustanowione w celu konstytucyjnie legitymizowanym,
- c) przydatne do realizacji celu,
- d) konieczne dla zrealizowania celu,
- e) proporcjonalne *sensu stricto*, tzn. że rezultaty wprowadzanej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów, którymi obarcza się jednostkę.

Czy przyjęte w u.p.z.p. rozwiązania są przydatne i zdolne do osiągnięcia celu w postaci leczenia sprawcy i zabezpieczenia społeczeństwa? Kwestia ta nie daje się zamknąć wyłącznie w karby *stricte* dogmatycznych rozważań. Do oceny omawianego problemu potrzeba uwzględnienia kwestii praktycznych. Jeżeli bowiem przyjąć, że pobyt w KOZZD ma służyć „uczynieniu sprawcy bezpiecznym”, to w pierwszej kolejności niezbędne jest ustalenie, że dany sprawca jest „niebezpieczny” w rozumieniu u.p.z.p. Następnie realizacja założonego celu wymaga przyjęcia, że istnieją metody, za pomocą których można poddać danego sprawcę określonym oddziaływaniom, które pozwolą mieć nadzieję na przywrócenie jego zdolności do niezakłóconego funkcjonowania w społeczeństwie. Nadto kolejnym aspektem jest możliwość zastosowania tych metod i ich dostosowania do sytuacji i potrzeb konkretnej osoby, a nadto że istnieje możliwość monitorowania postępu (lub regresji) stanu „niebezpieczeństwa” danej osoby przez pryzmat ujed-

noliconych, możliwie zobiektywizowanych kryteriów, które opierają się na wiedzy, a nie przekonaniach osób badających.

W realiach polskiego systemu wymiaru sprawiedliwości poważne wątpliwości budzi, czy przewidziany w ustawie mechanizm umieszczania w Ośrodku jest przydatny dla realizacji wskazanych celów. Możliwość dokonywania trafnej, rzetelnej i zobiektywizowanej oceny ryzyka ponownego popełnienia przestępstwa jest bowiem w Polsce wysoce wątpliwa. Podnoszone są również uzasadnione naukowo zastrzeżenia, że przymusowa izolacja sprawców poważnych przestępstw, a przynajmniej niektórych z nich, utrudnia ich skuteczną terapię, która w stosunku do szczególnie groźnych przestępców z poważnymi zaburzeniami psychicznymi jest nawet nieosiągalna (Taylor, 2013; Harrison, 2010; de Boer, Whyte, Maden, 2008). *Przymusowa postpenalna izolacja sprawców w zakresie, w jakim nie jest przydatna dla realizacji założonych celów terapeutycznych, uniemożliwia lub znacznie utrudnia osiągnięcie celu socjalizującego, czyli readaptację przestępcy do społeczeństwa*, jak wskazał w zdaniu odrębnym do komentowanego orzeczenia sędzia Andrzej Wróbel (TK 2016).

Analiza orzecznictwa w sprawach dotyczących umieszczenia w KOZZD potwierdza wskazane wyżej wątpliwości w zakresie praktycznych aspektów opinioowania w omawianych postępowaniach. Jakkolwiek biegli nierzadko trafnie identyfikują czynniki ryzyka (zob. m.in. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Łodzi, I Wydział Cywilny, z dnia 17 grudnia 2014 r., I ACa 1314/14, Legalis), to jednak finalnie formułowane wnioski stanowią nieustrukturowaną ocenę kliniczną – opinię biegłych opartą na ich osobistej wiedzy i doświadczeniu, a nie na wynikach badań empirycznych obejmujących całą populację sprawców i pozwalających na jednoznaczną ocenę związków pomiędzy określonym czynnikiem ryzyka a poziomem recydywy. Dobitnie wskazuje na to m.in. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach, V Wydział Cywilny, z dnia 26 lutego 2016 r. sygn. akt V ACa 13/16, w którym Sąd jednoznacznie stwierdził, że biegli *jedynie wskazali stopień swojego przekonania o możliwości popełnienia przez uczestnika określonego czynu zabronionego*. Dalsze komplikacje w zakresie praktyki dokonywania oceny ryzyka ponownego popełnienia przestępstwa potęguje stanowisko, w myśl którego opinia biegłych w tym zakresie winna ulegać jeszcze uzupełnieniu przez własną ocenę sądu, a to w postaci *dokonania przez sąd szczegółowej analizy popełnionych dotychczas czynów, ich motywacji, związku ze stwierdzonymi zaburzeniami psychicznymi z uwzględnieniem dotychczasowego przebiegu życia sprawcy oraz jego aktualnej sytuacji życiowej, wyników dotychczasowego postępowania terapeutycznego, jeżeli takie było prowadzone i możliwości jego podjęcia w warunkach wolnościowych* (m.in. Postanowienie Sądu Najwyższego –

Izba Cywilna z dnia 10 stycznia 2017 r., sygn. akt V CSK 483/15, Legalis oraz Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2016 r., V CSK 455/15, OSNC 2016, nr 11, poz. 133). Dotychczasowa praktyka postępowania wskazuje zatem nie tylko na nieustrukturowany sposób dokonywania oceny przez biegłych, ale również na dokonywanie uzupełnień tej oceny (również w sposób daleki od standardów metodologicznej poprawności opisanych w niniejszej publikacji), przez sąd orzekający w sprawie.

O ile zatem w kwestiach dogmatyki prawa karnego i konstytucyjnego stanowisko Trybunału Konstytucyjnego z pewnością daje się obronić, a przedstawione argumenty są z całą pewnością ważne, to jednak pominięcie aspektu praktycznego sprawia, że swoim stanowiskiem Sąd Konstytucyjny pozostawił otwartą drogę do obowiązywania w polskim prawie kolejnego aktu normatywnego, który nijak się ma do rzeczywistych możliwości jego adekwatnej i rzetelnej realizacji, odpowiadającej standardom polityki karnej i postępowania karnego opartego na dowodach.